



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

**PRIVACIDAD Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN,
LÍNEAS JURISPRUDENCIALES 2002-2007**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ALUMNO: ANDRÉS ANTONIO BUGUEÑO SAAVEDRA
PROFESOR GUÍA: ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN

Santiago, Chile
2008

INDICE

INTRODUCCION	8
CAPÍTULO PRIMERO	
1. LA PRIVACIDAD	10
1.1. Evolución conceptual	11
1.2. Conceptos de privacidad y vida privada	14
1.3. Derecho Constitucional	17
1.4. Los Tratados Internacionales	17
1.4.1. Declaración Universal de Derechos Humanos	18
1.4.2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes Del Hombre	19
1.4.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica	19
1.5. La Constitución Política de la República de 1980	20
1.6. El Artículo 19 N° 4	21
1.7. Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y Consejo de Estado	23
1.8. Derecho Privado	27

1.9. Derecho Penal	31
1.10. Tribunal Costitucional	32
CAPÍTULO SEGUNDO	
2. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y PRIVACIDAD	34
2.1. La Información	34
2.2. Evolución Histórica	36
2.2.1. Constitución de 1818	38
2.2.2. Constitución de 1822	38
2.2.3. Constitución de 1823	39
2.2.4. Constitución y ley de 1828	40
2.2.5. Constitución de 1833	41
2.2.6. Constitución 1925	42
2.2.7. Acta Constitucional N° 3	45
2.2.8. Constitución de 1980	46
2.3. Tribunal Constitucional	49

2.4. Tratados Internacionales	51
2.4.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos	51
2.4.2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	51
2.4.3. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)	52
2.5. Derecho Constitucional	52
2.5.1. Constitución Política de 1833	53
2.5.2. Constitución Política de 1925	53
2.5.3. Constitución Política de 1980	53
2.6. Conflictos de Principios Constitucionales	55

CAPÍTULO TERCERO

3. ANÁLISIS GENERAL DE CONFLICTO DE DERECHOS Y LA PROTECCIÓN	58
3.1. Doctrina Constitucional	61
3.2. Derecho Comparado	62
3.3. Doctrina chilena.	65

3.3.1. Concepciones Constitucionales de carácter Jerarquizadas	65
3.3.2. Concepciones constitucionales de carácter razonado y parcial	68
3.4. Opinión del Tribunal Constitucional	71
3.5. El Recurso de Protección en el conflicto de principios	71

CAPÍTULO CUARTO

4. TENDENCIAS DE NUESTROS TRIBUNALES

4.1. Sentencias anteriores al periodo 2002-2007	74
4.1.1. Impunidad Diplomática	75
4.1.2. El Libro Negro de la Justicia Chilena	80
4.1.3. La Última Tentación de Cristo	81
4.2. Daños a la vida privada provocados por medios de comunicación v/s libertad de expresión	82
4.2.1 En Internet	83
4.2.2. En el teatro	89
4.2.3. En la televisión	93

4.3. Daños a la vida privada y honra de las personas	104
4.3.1. Daños a la vida privada y honra de las personas por particulares	105
4.3.2. Daños a la vida privada y honra de las personas por Organismos Públicos	114
4.4. Daños a la vida privada y honra de las personas por informes comerciales	116
CONCLUSIONES	126
BIBLIOGRAFIA	129
ANEXOS 1 Y 2	134

INTRODUCCIÓN

La presente memoria tiene como objetivo poner en conocimiento del lector, que se entiende por Privacidad e Intimidad, por Libertad de Información y Expresión; y el conflicto o colisión que se suscita entre estos dos principios fundamentales.

Además, se recopilará y analizará la jurisprudencia que ha recaído sobre aspectos que nos parecen fundamentales respecto al principio de la Vida Privada y de la Libertad de Información y Expresión, regulados en nuestra carta fundamental en el artículo 19 números 4 y 12 respectivamente.

Este análisis tiene como objetivo determinar el alcance y sentido que la jurisprudencia ha dado a estas normas constitucionales, la cual, ha sido regulada en nuestra legislación por nuevas leyes que intentan dar una visión más específica a estos temas y ver como se están aplicando en la práctica, si son recogidas o no por el órgano superior de justicia que es nuestra Excelentísima Corte Suprema, por lo que la construcción doctrinaria y jurisprudencial se hace necesaria.

Se tratará acerca del concepto de vida privada, privacidad y libertad de información, someramente de sus características que se intentan en su favor el conflicto que se da entre ambas, los recursos (acciones) jurídicas que se intentan en los tribunales, para caer de lleno en la jurisprudencia en el último lustro y las sentencias de mayor relevancia, las que para un análisis más pedagógico, serán clasificadas por materias específicas.

Además se verá cual ha sido la tendencia de nuestros tribunales en cada uno de los casos que se presentan en relación a los recursos que se aplican en ellos y como la doctrina ha desmenuzado y estudiado estas sentencias.

Por último, dentro de los anexos que se incluyen a continuación de esta memoria, tenemos que cada sentencia, se separará por cada año; ocupando un esquema analítico y

metodológico, expuesta en orden objetivo y a su vez cronológico, de acuerdo a su fecha de dictación, las que se encuentran incluidas en el anexo N° 1 de esta memoria.

Además se incluye un anexo N° 2, donde encontramos fallos del Tribunal Constitucional, que consideramos de mayor relevancia a nuestro tema en particular y que muestran el punto de vista de este organismo.

Este trabajo dista mucho de pretender ser un manual sobre el tema, más bien pretende recopilar información y ponerla a disposición del lector de manera sistematizada y didáctica, destacando la jurisprudencia seleccionada de mayor relevancia.

CAPITULO PRIMERO:

1. LA PRIVACIDAD

Cuando nos desenvolvemos en nuestra sociedad se dice que estamos interactuando con ella desde nuestra esfera o vida pública, es decir, nosotros nos relacionamos cargando o llevando a costas toda la información o datos que ellos conocen de nosotros, que son de público conocimiento y a cuyo acceso no existen restricciones al respecto.

Es la esfera de nuestras vidas que damos a conocer a la sociedad, es por ella que nos pueden conocer, distinguir o clasificar. Dicha esfera convive a diario con la libertad de expresión que, junto con ayudarnos a como obtener información, nos ayuda a reconocer cual es nuestra esfera pública en la que nos desenvolvemos a diario.

Sin embargo, en esta interacción con la sociedad existe un espacio de nuestras vidas en donde nos desligamos de ese ente colectivo. Dejamos de ser un miembro de esa sociedad y nos reservamos algo para nosotros como un ser individual propiamente tal, a lo cual denominamos privacidad o vida privada. Todo esto desencadena en la problemática de definir o delimitar entre la esfera de lo público y lo privado de cada persona que está inserta en la sociedad. Es a la cual, por cierto, le interesa saber de manera legítima sobre determinada persona en todos sus ámbitos provocando un conflicto entre la privacidad y la libertad de expresión manifestada en el acceso a la información y difusión de la información.

Extremadamente frecuente resulta encontrarse con que los autores que se han preocupado de este bien jurídico, señalen en sus textos lo dificultoso que significa arribar a un concepto que exprese de buena forma el significado de la intimidad, esta dificultad con el correr del tiempo se ha ido acrecentando, pues como suele suceder con los conceptos jurídicos complicados, cada autor intenta agregar o excluir elementos de sus definiciones, haciendo que el objeto definido sea menos o más amplio y englobe o relegue componentes de acuerdo a la concepción de su autor.

En este capítulo, no pretendemos ahondar más en la discusión, sino que nuestra intención es mostrar la evolución conceptual de este objeto jurídico y a la luz de esa evolución, analizar su tratamiento en el ámbito constitucional, en el del derecho privado y brevemente en materia penal. Creo que de esta forma resulta más útil analizar su significado precisamente teniendo como sustento la misma evolución del concepto.

1.1. Evolución Conceptual

El derecho a la intimidad se caracteriza por su enorme flexibilidad e imprecisión conceptual, característica que deriva de la evolución que ha experimentado y de la ubicación dentro de un entorno cultural determinado en el que quiera ubicarse esta significación.

Como concepto pre-jurídico es claro que la noción de intimidad es inherente a la naturaleza humana, y quizá extendiendo un poco más esta observación podría señalarse que incluso trasciende a la naturaleza humana, pues desde siempre han existido actividades que se realizan en el reino animal alejados del grupo, es así como frecuente resulta encontrar en distintas especies que las acciones reproductoras y excretoras, entre otras, preferentemente tienen lugar en privado. Sin embargo existen autores como la española Helena Béjar Merino, que señalan que la intimidad no sería un instinto, sino una necesidad socialmente creada¹, poniendo énfasis que se trataría de un concepto que encuentra sus fundamentos en ideologías de tipo individualistas.

En este punto discrepamos con ella, pues creemos que la intimidad, entendida siempre como una elaboración pre-jurídica, no tiene sus orígenes en ningún tipo de ideología, sino que se trata de un concepto cuyas raíces hay que buscarlas en la propia naturaleza humana, naturaleza que es transversal a cualquier corriente de pensamiento. Lo último, en todo caso, no significa que no concordemos en que la elaboración doctrinaria ni el surgimiento de la estructuración de este derecho hayan coincidido con etapas culturales en que el ser humano se ha visto enfrentado a concepciones que propugnan nuevas formas de convivencia, en las que destacan precisamente

¹ BÉJAR MERINO, Helena. "El ámbito íntimo, privacidad, individualismo y modernidad." Editorial Alianza. Madrid, 1.999; pág. 144.

el alejamiento del hombre respecto del grupo, el recelo a actividades en que se está en contacto con el prójimo, considerado como multitud, y que han provocado su retiro hacia un ámbito compuesto por las personas más cercanas.

No es menos cierto que el surgimiento de la metrópoli como forma de organización de las ciudades haya incidido poderosamente en que el concepto de intimidad comience a ser objeto de estudio, pues las nuevas formas de urbanización, posibilitan el anonimato y la reserva², cuestiones que en épocas anteriores no era posible dentro de una estructura en que la comunidad constituía la forma típica de organización social. En este sentido es que señala que “así como la institución de la propiedad supuso la transición de la naturaleza a la cultura, la de la esfera privada permitió la separación del hombre respecto del grupo, el paso de la comunidad a la sociedad y, en consecuencia, el reconocimiento de la individualidad.”³

Dentro de este contexto de metrópolis también tiene lugar la aparición de una nueva forma de encuentro entre los seres humanos, nos referimos a los medios masivos de comunicación social, los periódicos, revistas y más recientemente la radiofonía, televisión e Internet, que abren una instancia en que el hombre se conecta con el mundo del que se alejaba por recelo, no obstante esta conexión presenta una contrapartida, cual es, su propia exposición hacia ese mundo del que voluntariamente se retiraba.

La aparición de estas nuevas realidades sociales junto a otros fenómenos de este tipo⁴, provocó que comenzaran a elaborarse teorías respecto de la intimidad como un bien jurídico digno de protección.

En esta dirección aparece al trabajo realizado por Samuel Warren y Louis Brandeis, quienes en un artículo publicado en la Harvard Law Review, en 1890, señalaban que “la

² Sin embargo lo contradictorio de este fenómeno es que a pesar del anhelo de anonimato y de reserva a que hacemos referencia es un hecho conocido que la realidad actual, sobre todo en materias urbanísticas, dista mucho de este objetivo.

³ BÉJAR MERINO, Helena. Ob. Citada, pág. 15.

⁴ Se puede mencionar que el desarrollo de la noción de intimidad también fue influido fuertemente con la presencia de factores religiosos como la aparición del protestantismo, que al propugnar el principio del libre examen, donde el individuo se relaciona con Dios sin mediación eclesiástica alguna, favorece la idea de un individuo alejado del grupo incluso en actividades que hasta ese momento eran comunitarias y requerían la presencia de intermediarios, como era el caso de la concepción religiosa judeo-cristiana.

intensidad y la complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que pueden causar los meros daños personales.”⁵

El desarrollo de una teoría en torno al derecho a la intimidad en Europa es de más reciente data, fenómeno que puede deberse a que la tradición filosófica jurídica posterior a la Revolución Francesa tuvo como centro el estudio y desarrollo de libertades de tipo colectivo en desmedro del ámbito privado como era el caso de la intimidad que aparecía como un derecho que se alejaba de la perspectiva tradicional, y aún más se interpretaba como un “intento de comprometer y soterrar las garantías fundamentales, a causa del significado de conquista histórica colectiva atribuido a las libertades públicas después de 1879”⁶, en este sentido es que durante largo tiempo los únicos intereses que dentro de la esfera individual-privada de la persona gozarían de una tutela jurídica serían los derechos al honor y algunas categorías de violaciones de secretos.

Habría que esperar hasta después de la Segunda Guerra Mundial para comenzar a percibir una nueva orientación en los ordenamientos jurídicos que comenzarían a prestar atención a la esfera privada del ser humano, centrandose precisamente en la persona el eje sobre el que girará y se estructurarán las iniciativas constitucionales de la época.

^{5 y 6} WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis; "El Derecho a la Intimidad", Editorial Civitas, Madrid, 1995. (traducción, edición original publicada en Harvard Law Review, vol. IV, número 5, 1.890)

1. 2. Conceptos de privacidad y vida privada

Para la Real Academia de la Lengua, la palabra privacidad se encuentra ya incorporada a nuestro idioma a pesar de ser un anglicismo, y se define como “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”.⁷

También se define la palabra “privado”, que en sus diferentes acepciones significa “que se ejecute a vista de pocos, familiar o domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna” y “particular y personal de cada uno”.⁸

Tiene su origen en la palabra privatus, que viene del idioma latín y que significa privado, particular, propio, personal, individual, idioma del cual también se desprende la expresión in privatus, que significa en privado, a solas.

El término privacy, que en inglés significa “The right to be let alone” o el derecho a estar a solas, da origen al término "privacidad".

Para el autor Alan F. Westin define a la Privacidad como “El derecho de los individuos, grupos o instituciones a determinar por sí mismos, cuando, cómo y hasta qué punto se puede comunicar a terceras personas información referida a ellos”.⁹

Dentro de la doctrina chilena, don Alejandro Silva Bascuñan, sostiene que la privacidad "es el límite que tiene el individuo sobre la sociedad que le permite a éste formar, consolidar y desarrollar su propia personalidad"¹⁰.

⁷ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992, pág. 1183.

⁸ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992, pág. 1184.

⁹ F. WESTIN Alan en La privacidad en los nuevos medios electrónicos. , publicado en http://v2.vlex.com/global/redi/redi_numero.asp?numero=%2311&fecha=Junio+1999, pág. 1, visitada en junio del 2008.

¹⁰ SILVA BASCUÑAN, Alejandro "tratado De Derecho Constitucional" Tomo III, Ed. Jurídica, 1997, pág 195.

El profesor Enrique Evans de la Cuadra piensa que “el concepto de “vida privada” está directamente vinculado al de “intimidad”, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan y superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integra, todo ello sin la intervención o presencia de terceros”.¹¹

El profesor José Luis Cea Egaña la define como “intrusión maliciosa en asuntos, documentos, comunicaciones, o recintos que el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo”.¹²

Eduardo Novoa Monreal considera que la vida privada “está constituida por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor a su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento”.¹³

Para Humberto Nogueira Alcalá el concepto esta relacionado con intimidad al decirnos:

“La vida privada en un círculo o ámbito más profundo lleva al concepto de intimidad. La intimidad es el ámbito reservado del individuo que no desea ser develado al conocimiento y acción de los demás, el cual aparece como necesario para mantener un mínimo de calidad de vida humana. El derecho a la intimidad es la facultad de la persona para evitar las injerencias de terceros en el ámbito de su privacidad, salvo la autorización de tal develamiento de la intimidad

¹¹ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, "Los Derechos Constitucionales", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, pág. 211 y ss.

¹² CEA EGAÑA, José Luis, Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, 1999, pág. 93.

¹³ NOVOA MONREAL, Eduardo, Derecho a la vida privada y Libertad de Información, Siglo XXI Editores SA de CV, México D.F., cuarta edición, 1989, pág 49.

por el propio afectado. La intimidad de la persona es una zona intrínsecamente lícita, que merece respeto y protección a nivel constitucional.

El derecho a la vida privada comprende el derecho de la intimidad que tiene un carácter más estricto y una dimensión individual que abarca como aspectos básicos la concepción religiosa e ideológica, la vida sexual, el estado de la salud, la intimidad corporal o pudor, entre otros".¹⁴

Por último, tenemos que los tribunales superiores de justicia, también se han pronunciado en relación a este tema, y así, vemos una sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago que definió los términos de vida privada, vida pública y honra:

"Por "vida Privada" se entiende aquella zona que el titular del derecho no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento; mientras que por "vida pública" se comprende aquella que llevan los hombres públicos y de la que conocen los terceros, aún sin su consentimiento, siempre que sea de real trascendencia. por su parte el termino "honra" tiene dos acepciones: a) subjetivo: es el aprecio que cada uno siente por si mismo, y b) objetivo: que es la reputación o buena fama que los terceros tiene de uno, amparando la constitución este segundo aspecto, pues el primero queda en el fuero interno del sujeto, en cambio, el objetivo forma parte de la convivencia social y esta es la que regula el derecho, toda vez que constituya la proyección de la dignidad del ser humano".¹⁵

La Excelentísima Corte Suprema no ha dejado de dar su opinión, adoptando la definición que da respecto al tema la autora Gómez Pavón, para decirnos:

"Que etimológicamente intimidad proviene del latín intimus que significa lo más recóndito, interior, secreto, profundo, interno. Aquella parte personalísima o reservada de una persona o cosa. Por su parte la expresión privacidad, deriva del latín privatus, sinónimo de

¹⁴ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. El Derecho de Declaración, Aclaración o de Rectificación en el Ordenamiento Jurídico Nacional. *Ius et Praxis*, 2001, vol.7, no.2, p.327-356. ISSN 0718-0012.

¹⁵ Considerando 7º de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el día 31 de mayo de 1993, rol nº 983-93, pág 132.

particular, propio, individual y personal. En general son numerosas las definiciones que se han formulado respecto de aquello en que consiste el derecho a la intimidad, las que en su mayoría lo conciben como un poder de exclusión, como una manifestación de la libertad en el sentido negativo, como el derecho a ser dejado en paz, solo y tranquilo. En la actualidad, se impone una concepción respecto de la intimidad, que pone el énfasis en su carácter de derecho humano y libertad fundamental que arranca de la dignidad de la persona. En tal sentido, se le ha definido como "aquel ámbito de libertad necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, que debe quedar preservado de injerencias ilegítimas y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos y para la participación del individuo en sociedad" (Pilar Gómez Pavón, "La intimidad como objeto de protección penal, Editorial Akal S.A. Madrid, 1989, páginas 35 y siguientes)".¹⁶

Concluyendo, la Revista de Derecho y Jurisprudencia de Chile, en su Tomo XC, número 2 del año 1993 en su sección quinta, define a la vida privada como "aquella zona que el titular del derecho no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento".

1.3. Derecho Constitucional

Como una nota característica de esta nueva orientación constitucional a la que hacíamos referencia, está la propia estructuración de las constituciones modernas que parten hablando de la persona, que se convierte en el eje fundamental de las nuevas regulaciones, pasando a ser ahora el Estado un instrumento a su servicio. Fruto de esto mismo es que las constituciones ya "han dejado de ser principalmente una regulación de los poderes del Estado y de sus mutuas relaciones, controles y contrapesos, para poner el acento en los derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos"¹⁷

1.4. Los Tratados Internacionales

¹⁶ Considerando 10º de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el día 5 de enero de 2006, rol 5234-2005.

¹⁷ HERRERO TEJEDOR, Fernando. La intimidad como derecho fundamental. Editorial Colex – Diputación Provincial de Castellón. Madrid, 1.998. Pág. 15.

Dentro de esta perspectiva es que siendo consecuentes con lo que ya analizamos cuando decíamos que la intimidad encuentra su origen en la mismísima dignidad de la persona humana, se puede afirmar ahora que nuestra constitución al señalar en su artículo primero que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, nos entrega una orientación de lo que será dentro del concierto constitucional el valor que se le otorga a este derecho, orientación que se reafirma con el inciso segundo del artículo 5° al señalar que:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Sobre esto último es importante tener presente que la última frase del precepto citado le confiere a las normas de los tratados internacionales que versen sobre materia de derechos humanos una jerarquía constitucional, o como también se ha llamado de “Constitución Material”.

En este sentido es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que tales instrumentos internacionales: “no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.”¹⁸

Varios son los instrumentos internacionales que recogen la protección a la intimidad, entre ellos están:

¹⁸ VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 1.999. Tomo I, pág. 124.

1.4.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

En su artículo 12 señala:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

1.4.2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Este tratado fruto de la IX Conferencia Internacional Americana contiene dos disposiciones al respecto:

“Artículo 5: Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.”

“Artículo 9: Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio”.

1.4.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.

El artículo 11 de esta convención contempla la Protección de la Honra y de la Dignidad, y específicamente en el número 2 de dicho artículo se dispone que:

“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”

Como puede apreciarse la protección de la vida privada de las personas y de algunas de sus manifestaciones concretas como son la inviolabilidad de la correspondencia y la domiciliaria, han sido acogidas en estos instrumentos, sirviendo de base y modelo para los

ordenamientos constitucionales que han recogido estos preceptos dentro de su articulado, adecuándolos formal y conceptualmente a las realidades nacionales.

1.5. La Constitución Política de la República de 1980

La protección de la vida privada en nuestra actual carta fundamental se encuentra conjuntamente tratada con la protección a la honra, situación no del todo feliz, pues dicho tratamiento ayuda a oscurecer aún más el concepto de intimidad al vincularlo con otros bienes jurídicos de distinta naturaleza.

Las garantías en cuestión comenzaron a ser elaboradas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución en la sesión n° 128, celebrada el 10 de Junio de 1.975, en tal ocasión se tuvieron a la vista las disposiciones sobre el particular contempladas en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁹, en la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre²⁰, en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania²¹, en la Constitución Política de Colombia²², en la Constitución Política de la República de Costa Rica²³, en la Constitución de la República de Venezuela²⁴ y en la Constitución Política del Perú²⁵.

¹⁹ Ver el art. 12 transcrito de esta Convención.

²⁰ Ver la transcripción de los artículos 5, 9 y 10.

²¹ “Artículo 10: “Son inviolables el secreto de la correspondencia, así como el de las comunicaciones postales y el de las telecomunicaciones”.

²² “Artículo 38: La correspondencia confiada a los telégrafos y correos es inviolable. Las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden del funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

Para la tasación de impuestos y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos. Podrá gravarse, pero nunca prohibirse en tiempo de paz, la circulación de impresos por los correos.”

²³ “Artículo 23: El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley.”

“Artículo 24: Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas u orales de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley fijará los casos en que los tribunales de justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente la ley fijará los casos en que los funcionarios competentes podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos, como medida indispensable para fines fiscales.

La correspondencia que fuere sustraída, de cualquier clase que sea, no producirá efecto legal.”

²⁴ “Artículo 62: El hogar doméstico es inviolable. No podrá ser allanado sino para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los Tribunales.

Las visitas sanitarias que hayan de practicarse de conformidad con la ley sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios que las ordenen o hayan de practicarlas.”

“Artículo 63: La correspondencia en todas sus formas es inviolable. Las cartas, telegramas, papeles

A continuación revisaremos los aspectos más llamativos del trabajo realizado por el constituyente.

1.6. El Artículo 19 N° 4

4°.” El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia.”

Desde el inicio del análisis de la garantía en cuestión se intentó unificar en un solo precepto la protección de la intimidad, el honor, la inviolabilidad del hogar y la correspondencia²⁶; de acuerdo a lo expresado por Alejandro Silva Bascuñán el fundamento de tal decisión se encontraba en la proximidad de estas instituciones, más si se piensa en la evolución de la inviolabilidad del domicilio desde una perspectiva propietarista hasta una concepción más ligada a la libertad personal, en tal sentido señaló que:

“La unión de estas dos instituciones se ha hecho mucho más clara en las constituciones modernas, en las cuales se ha tendido a considerar que una de las primeras expresiones de la libertad individual es la libertad de su intimidad; o sea, la posibilidad de ser respetado en sus actividades básicas y donde está incubando su acción exterior o desarrollando sus actividades más personales e íntimas.”²⁷

privados y cualquier otro medio de correspondencia no podrán ser ocupados sino por la autoridad judicial, con el cumplimiento de las formalidades legales guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado que no tenga relación con el correspondiente proceso. Los libros, comprobantes y documentos de contabilidad sólo estarán sujetos a la inspección o fiscalización de las autoridades competentes, de conformidad con la ley.”

²⁵ “Artículo 61: El domicilio es inviolable. No se puede ingresar en él sin que se manifieste previamente mandamiento escrito y motivado del juez o de la autoridad competente.”

“Artículo 66: La correspondencia es inviolable. Las cartas y los papeles privados no pueden ser ocupados, interceptados ni registrados, sino por la autoridad judicial, en los casos y en la forma establecidos por la ley.

No producen efecto legal las cartas y los papeles privados violados o sustraídos.”

²⁶ “El respeto a la intimidad y al honor de la persona y de su familia, y la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia, cualquiera que sea el medio que en ésta se emplee.

“El hogar sólo puede allanarse o la correspondencia abrirse, interceptarse o registrarse en virtud de orden de autoridad competente, fundada en un motivo especial determinado por la ley.” Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 128, pág.25.

²⁷ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 129, pág. 3.

Más adelante se acordaría separar las disposiciones, protegiendo por una parte la inviolabilidad del hogar y la correspondencia, que representan protecciones de orden material; y por otra la vida privada misma, señalándose que tiene un significado mucho más etéreo y espiritual, vinculada a la manera como el hombre vive y como mira sus relaciones con las personas queridas, con su familia, y como ve su propia honra.

Si bien el hecho de haber separado ambas disposiciones significó un avance de orden metodológico, creemos que no fue suficiente, pues resulta altamente distorsionante que en una misma disposición se vincule instituciones de naturaleza diversa como la intimidad y la honra, pues si bien pueden llegar a tener alguna vinculación tienen ámbitos de protección muy distintos, es así como en el caso de la honra lo central es la estima de la persona que puede verse afectada por juicios adversos a ella, en la intimidad es indiferente el tipo de juicio que se haga, es decir basta una intromisión a la esfera protegida para que el derecho se haya visto vulnerado, siendo indiferente que el juicio que se haga con la información obtenida sea adversa al afectado. Quizá el origen de la confusión en esta materia puede deberse al hecho de que frecuentemente las agresiones a la honra de la persona pueden derivar de injerencias en su vida privada.

Al respecto Ruiz Miguel ejemplifica señalando que “Esto sucede cuando el hecho que redunde en perjuicio de la reputación del sujeto, pertenece al ámbito de su intimidad (p. ej., una enfermedad que provoque impotencia). Sin embargo, es perfectamente posible encontrar supuestos en que la lesión del honor se lleva a cabo sin afectar a la intimidad del sujeto, bien con pie en hechos reales (p.ej., llamar “enano” a alguien con intención insultante), bien fundándose en una mentira (p.ej., acusar a alguien de corrupto o ladrón).”²⁸

No obstante lo señalado, creemos que el objeto que se intentó resguardar con la referencia a la vida privada desdibuja el contenido de la intimidad, pues la primera dice relación con situaciones que pueden encontrarse más próximas al honor que a la intimidad. Lamentablemente este error vuelve a repetirse con la ley N° 19.423, de 20 de Noviembre de 1.995, que incorporó los artículos 161-A y 161-B al Código Penal, pues el párrafo 5° con el que

²⁸ RUIZ MIGUEL, Carlos; "La configuración constitucional del derecho a la intimidad" (edición corregida y actualizada), Tecnos, Madrid, 1995., pág. 114.

fue designado tal modificación lleva por título: De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y *pública* de la persona y su familia.

Para finalizar este apartado es importante mencionar que la garantía a que hemos hecho mención, esto es, la del número 4 del artículo 19, goza del resguardo constitucional otorgado por la acción de protección, tratada en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, de manera que en caso de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, que provoquen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio esta garantía, se podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, con el objeto de que se adopten de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

1.7. Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y Consejo de Estado

Para comenzar hablar de este tema, debemos referirnos a las Actas Constitucionales, específicamente a la N° 3.²⁹

Las Actas Constitucionales son decretos leyes dictados por la Junta de Gobierno del año 73, en el ejercicio de su Potestad Constituyente, que tratan materias determinadas, con un carácter más orgánico y que presentan la particularidad de modificar expresamente el texto vigente de la Carta del año 1925, ya sea derogando capítulos completos de la Constitución o creando una nueva institución.

Aquella Acta N° 3 nos dice que "las garantías del respeto y protección de la vida privada y de la honra y la inviolabilidad del hogar, las comunicaciones y los documentos privados," figuraban como un solo precepto, específicamente en el N° 10 del A° 1.

En el proyecto que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución envió al gobierno el 18 de agosto de 1978, la normativa era la misma sin el inciso final que nos acaba de ocupar.³⁰

²⁹ Actas Constitucionales número III sobre los derechos y deberes constitucionales (Decreto ley N° 1.552 de 13 de Septiembre de 1976).

Se inicia el estudio del proyecto para una nueva Constitución, a cargo de una Comisión, la que comenzó a reunirse el 24 de Septiembre de 1973.

La Comisión Constituyente, denominada también Comisión Ortúzar, se crea por el D.S. N° 1.064 de 25 de noviembre 1973, con el objeto que “estudie, elabore y proponga un anteproyecto de nueva Constitución Política del Estado y sus leyes complementarias”. A partir de la Sesión N° 246 de fecha 21 septiembre de 1976 se denominó Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política del Estado.

Esta Comisión, en principio, integrada por los señores Sergio Diez Urzúa, Jaime Guzmán Errázuriz, Enrique Ortúzar Escobar y Jorge Ovalle Quiroz; actuó como secretario el señor Rafael Eyzaguirre E. Fue elegido Presidente de la misma, el señor Ortúzar.

Posteriormente, se incorporaron a ella los catedráticos don Enrique Evans de la Cuadra, Alejandro Silva Bascuñan y Gustavo Lorca Rojas.

El objetivo de esta Comisión era estudiar, elaborar y proponer un anteproyecto de la Nueva Constitución.

La Comisión de Estudio para una Nueva Constitución (CENC), se preocupó por consagrar normativamente un orden político de carácter liberal, dando preeminencia al individuo por sobre el estado. Por último, el proyecto sufrió modificaciones en manos de la Junta de Gobierno.

En las Sesiones N° 128, 129 Y 130 tocó el tema de la privacidad. Como es normal, solo protegió la vida privada, dando nacimiento a un debate por tratar de explicar el alcance de vida privada, privacidad e intimidad.

³⁰ La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución celebró 417 sesiones y el Consejo de Estado otras 57 antes de entregar el proyecto definitivo.

En la sesión 129, celebrada el 12 de junio de 1975, don Jaime Guzmán manifestaría que “La intimidad es todavía una zona más profunda y sensible que la privacidad. Es algo todavía más sutil y, por lo tanto, de menor alcance en su extensión”.

Entre las palabras privacidad e intimidad hay una diferencia de fondo en cuanto la primera representaría el género y la segunda la especie.

El señor Ovalle, por su parte, manifestaría que “Es más conveniente la expresión “vida privada” en vez de la palabra “privacidad”, porque el concepto de vida privada está más desarrollado en el lenguaje común. Ya hay una especie de reconocimiento en la colectividad de que lo que se respeta es la vida privada. No es la vida hacia el exterior; es la vida interna, dentro del hogar; y la privacidad es un término menos usado, menos conocido.

En cambio, la forma “vida privada” constituye una referencia más permanente”.³¹

A las palabras de Ovalle, el profesor Guzmán dijo que “Tocante a la expresión “vida privada” y al término “privacidad”, manifiesta que se inclina por este último porque designa un valor, mientras que aquella expresión designa solamente una realidad de hecho. La persona tiene derecho a la vida privada, pero también tiene derecho a que esa vida privada permanezca como tal. Y ése es el valor que se ha llamado “privacidad”, el cual va más allá del hecho de la vida privada. (...)Decir “protección a la vida privada” podría prestarse a dudas respecto de si lo que se está protegiendo es el derecho a que una persona tenga vida privada. Queda más claro y es más fuerte decir “privacidad”, porque significa que esa vida privada debe permanecer como tal”.

Don Alejandro Silva Bascuñán señaló al respecto: “Para completar la explicación de la sustancia de este precepto, desea poner de relieve su trascendencia en este momento que vive el mundo. Por un lado el proceso de socialización ha producido una interpenetración enorme entre la persona y la sociedad, y ya no puede concebirse el desarrollo de la persona humana en forma aislada o individual.

³¹ Comisión de Estudios de la Nueva Constitución sesión N° 129 del 12 de Junio de 1975.

Por otra parte, la sociedad influye enormemente y determina en muchos aspectos al individuo; todo lo cual hace que sea muy importante que ese proceso de penetración de la sociedad sobre el hombre tenga un límite que le permita a este formar, consolidar y desarrollar su propia personalidad. Y es en este sentido en que le atribuye trascendencia a la aprobación de este precepto, porque frente a una sociedad que de tal manera abrumba al hombre dentro de la riqueza de los medios que tiene para influir sobre él, es terriblemente dañino que la sociedad se masifique totalmente en un proceso en el cual los valores superiores no sean puestos de relieve.

¿Y de donde va a surgir la posibilidad de que se coloquen en términos verdaderamente de influencia los valores superiores del individuo? En la misma proporción en que se le reserve al hombre un santuario de intimidad en el cual pueda formar, producir, consolidar y desarrollar esos valores que después va a expresar en la sociedad. Si no se le deja al individuo ninguna intimidad, entonces la sociedad se va a masificar en una serie de individuos sin ninguna posibilidad de aportar algo de progreso, algo de perfeccionamiento a la sociedad entera”.³²

Pero el Consejo de Estado fue el que le agregó la "vida Pública" con lo que se pierde el fundamento o idea central que se tenía en un principio.

Hoy en día este concepto de “Vida Pública” fue suprimido, como posteriormente se explicará y fundamentará en esta memoria.

En el informe que el Consejo de Estado envió al gobierno el 1º de Julio de 1980 se expresa:

"De aquí que el precepto ya citado establezca cuando se impute un hecho a un acto falso y que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia...". Sin embargo en el proyecto que el consejo envió simultáneamente, la "y" aparece reemplazada por una "o", con lo cual la imputación de un hecho o acto falso quedó consagrada como una figura delictiva. El mismo Consejo dividió en dos preceptos el derecho a la privacidad y a la honra, por una parte, y la inviolabilidad del hogar, comunicaciones y documentos, por otra.³³

³² Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 129 del 12 de Junio de 1975.

³³ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. "Los Derechos Constitucionales" pág 78, tomo III, tercera edición, año 2004.

1.8. Derecho Privado

La intimidad constituye uno de los derechos que se estudian dentro de los Derechos de la Personalidad, materia que ha sido profusamente tratada por los civilistas, quienes han delimitado sus principales características:

Son generales;

Son absolutos;

Son extrapatrimoniales;

Son esenciales;

Son indisponibles;

Son imprescriptibles;³⁴

Sin embargo a pesar del acuerdo que existe en torno a que la intimidad constituye uno de estos derechos de la personalidad, no son muchos los Códigos Civiles en los que se encuentran disposiciones sobre el tema, ejemplo de esta ausencia de normas sobre el particular es el propio Código Civil chileno.

No obstante lo anterior, a pesar de la ausencia de normas específicas en el Código Civil, el derecho a la intimidad no se encuentra desamparado en el ámbito civil. Es así como es posible encontrar dos formas en que se le entrega adecuado resguardo. La primera es la constituida por las normas y principios de carácter general que rigen la responsabilidad extracontractual y la otra es aquella que rige la forma contractual.

En el año 1999 ingresó a nuestro Congreso Nacional, “El proyecto de ley de protección civil del honor y de la intimidad de las personas” impulsado por don Juan Bustos Ramírez.³⁵ el que decía:

³⁴ ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U. Manuel; VODANOVIC H., Antonio; Derecho Civil, Parte Preliminar y General, editorial jurídica conosur, pag 311, tomo II, año 1995

³⁵ N° Boletín: 2370-07, Título: “Protección civil del honor y la intimidad de las personas”. Martes 20 de Julio, 1999. Proyecto de ley Cámara de Diputados. Etapa: Archivado

“Aunque los derechos al honor y a la intimidad se configuran como auténticos derechos humanos, que tienen un reconocimiento normativo internacional e interno, carecen de una protección de carácter civil efectiva. Esta situación obliga a las personas afectadas por intromisiones ilegítimas a su honor e intimidad, acudir a la vía penal. Las normas penales que protegen estos derechos, contenidas fundamentalmente en el Código Penal y en la ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad, no aseguran a los afectados el cese inmediato de la injerencia en los derechos fundamentales que nos ocupan, ni tampoco una justa y pronta indemnización civil por el daño sufrido.

La ausencia de normas civiles que protejan efectivamente los derechos al honor y a la intimidad conllevan que el órgano colegislador chileno infrinja el mandato constitucional del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política que, como hemos tenido la oportunidad de señalar, obliga a los poderes del Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Esta disposición constitucional no sólo obliga a los órganos estatales a abstraerse de conductas que violen los derechos fundamentales, sino que, además, impone mandatos de carácter positivo, entre los que se encuentra el deber de dictar cuerpos legales que desarrollen normativamente tales derechos”.

Este proyecto, ya en su primer artículo contenía una modificación de suma importancia:

“Artículo 1°.- Los derechos constitucionales al honor y a la intimidad, prescritos en los números 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución Política, serán protegidos civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido por la presente ley”..

Con esto, se quiere dar un orden civil de las sanciones e intromisiones ilegítimas definiéndose derechamente en este ámbito.

Posteriormente, en el año 2004, se le pidió al profesor Carlos Peña que realizara un análisis jurídico para el proyecto de ley sobre protección a la intimidad y honor de las

personas³⁶, con el cual se busca despenalizar dicha infracción y trasladar su sanción a la esfera civil, esfera en la que dicho proyecto busca reparar indemnizatoriamente tanto el daño pecuniario como el daño moral, que sufre una persona producto de que alguien invade su esfera íntima, pero ya no se hablaría de un daño sino de una intromisión ilegítima.

Respecto de la protección civil de dichos bienes jurídicos el Sr. Carlos Peña realiza un informe solicitado por el Poder Legislativo sobre dicho proyecto de ley en el cual avoca su estudio a la reparación de los daños morales desde la perspectiva civilista, la cual está orientada a la aplicación de indemnizaciones, dejando en claro que no se está despenalizando las infracciones cometidas en contra de la privacidad o intimidad, solamente se le está dando una alternativa que al parecer podría resultar más atractiva, como lo es la indemnización, para quien haya sido objeto de una intromisión ilegítima.

Destaca también que el proyecto para calcular los daños morales utilizará dentro de sus variables el beneficio que le haya reportado a quien comete la infracción a la privacidad, además que si se tiene como regla general la existencia de una intromisión ilegítima, lo que se deberá probar civilmente en materia de responsabilidad es la ilicitud y no el daño.

Respecto a esta la idea de trasladar el sistema de protección a la privacidad, y sus violaciones a un carácter esencialmente indemnizatorio pecuniariamente, se podría argumentar en contra de quienes postulan este carácter indemnizatorio, si las leyes que regulan la materia y que persisten en nuestra legislación no son derogadas la supuesta radicación de la protección a la vida privada en materia civil, es algo que en la práctica no va a ocurrir, ya que por el contrario sólo va a servir para que la libertad de expresión se vea más atenuada en desmedro de quienes tienen poder en nuestra sociedad, a los cuales se les estaría entregando una nueva herramienta de protección frente a los entes que cumplen una labor social de fiscalización de aquellos que gozan de cierta protección en desmedro de los demás ciudadanos, ellos son los medios de comunicación, a los cuales con este tipo de decisiones no se les está haciendo precisamente un grueso favor al fijar pecuniariamente la violación a la intimidad y vida privada mientras sigan

³⁶ Cuadernos de análisis jurídico. Colección derecho privado / Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho. (Santiago de Chile). 1 (2004), p. 75-104.

vigentes las sanciones penales que pueden ser aplicadas en su contra, es decir, se le están poniendo trabas en su labor fiscalizadora e informativa.

Por ultimo el profesor Peña opina que: “Existen razones de amplio alcance para desalentar el uso de la vía constitucional en materia de privacidad. La amplia utilización del recurso de protección en Chile con fines de protección de la privacidad, no sólo debe estimarse defectuoso desde el punto de vista del diseño institucional si no que, además, ha conducido a que en la práctica jurisprudencial, las Cortes de Apelaciones, cuando conocen de recursos de protección donde está involucrada la privacidad y ella entra en conflicto con la libertad de expresión o de información, suelen, de manera abstracta, conceder ventajas a la privacidad lesionando con ello la libertad de expresión. Este proyecto de ley, en cambio, crea un conjunto de reglas que encaminan la deliberación judicial hacia una protección más bien equilibrada de la privacidad, puesto que el principio que subyace a la indicación, es que el juez deberá conceder una amplia protección a la privacidad si en el caso de que se trate no está comprometido el interés público, pero conforme el interés público comprometido sea más intenso, el umbral de protección deberá rebajarse. Se trata de un proyecto de ley que si se juzga a la luz del derecho comparado es bastante prudente y moderado. No sigue la línea del derecho americano que rebaja el umbral de protección cuando se trata de figuras públicas, pero introduce el concepto de interés público a fin de que los jueces, luego del debate jurisdiccional del caso, puedan moderar la protección dependiendo del interés público comprometido”³⁷.

El 16 y 17 de agosto de 2005, el Congreso Nacional aprobó las últimas modificaciones a la Constitución, en el marco del paquete de reformas acordadas entre las distintas corrientes partidarias representadas en él, y en acuerdo con el Gobierno.

Estas se introdujeron vía vetos presidenciales, para reponer disposiciones que afectaban, principalmente, temas relativos a la libertad de expresión e información, base del periodismo libre, y en un ámbito complementario: el del control ético de las profesiones en Chile, por parte de los Colegios Profesionales y de los organismos de la Justicia.

³⁷Valparaíso, 9 de diciembre 2003, Segundo informe de la comisión de constitución, legislación y justicia recaído en el proyecto de ley de protección del honor y la intimidad de las persona. boletín n° 2370-07-1

En la actualidad, el proyecto de ley Boletín N° 2370-07, titulado "Protección civil del honor y la intimidad de las personas" que Ingresó con fecha Martes 20 de Julio de 1999 se encuentra sin urgencia y está archivada desde el 19 de Julio de 2007 luego de cumplir el Segundo trámite constitucional en el Senado.

1.9. Derecho Penal.

La protección a determinados aspectos de la intimidad que ofrece nuestro ordenamiento jurídico penal no es reciente, es así como encontramos ya en el Código Penal se habla de la protección otorgada a la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio. Sin embargo así como destaca por su valor la antigua protección penal otorgada, también destaca como principal característica, la falta de sistematización con que se abordado este bien jurídico en el Código Penal.

La falta de sistematización a que hacemos referencia es tan patente que las disposiciones que abordan este tema se encuentran dispersas a lo largo del Libro II, en distintos Títulos, ayudando muy poco a la claridad y precisión de los bienes jurídicos protegidos.

La causa de este tratamiento tan disperso se puede encontrar en la falta de una adecuación normativa por parte del legislador, pues como ya señalábamos anteriormente estas normas desde la antigua fecha en que fueron promulgadas no han sido objeto de revisiones. Sin embargo y a pesar de ser tan evidente el defecto a que hacemos referencia, en la oportunidad que se presentó para que de una vez por todas se tratara en forma coordinada y sistemática la protección de la intimidad al interior de nuestro ordenamiento jurídico penal, la cuestión fue abordada, es así como con la promulgación de la ley N° 19.423 poco se avanzó en este sentido.

En mayo del 2007, a propuesta de un grupo de parlamentarios, se intentó modificar nuevamente los artículos 161-A y 161-B del código penal subiendo las penas y aumentando las multas relativas a la intimidad y protección de esta, las cuales en definitiva, no se concretaron.

Importante es saber la opinión a este tema del destacado jurista y profesor de Derecho Penal de nuestra escuela, don Mario Garrido Montt.³⁸

Aquí el autor desde una mirada distinta, o sea desde el punto de vista penal, lleva el tema de la privacidad y honor al de injuria y de la calumnia.

Configura al "honor como una noción amplia, comprensiva del conjunto de derechos fundamentales que constituyen la dignidad".

Garrido Montt no tarda en identificar al honor con sus dos aspectos: autoestima (honor interno) y reputación (honor externo). Respecto del primero (honor interno) no tiene problemas en asumir que se trata de la representación interna (psicológica) de su propia dignidad. Pero "La deshonra se mide por lo que socialmente se tiene por valioso o desvalioso", es decir, recurre a los tradicionales criterios fácticos.³⁹

Por otro lado, el honor externo "normalmente corresponde a la concreción material del honor subjetivo", "es la opinión que los demás tienen sobre una persona", un bien jurídico que sólo se protege parcialmente, como si fuera uno distinto del honor interno.

Sostiene por otro lado, para que exista calumnia se requiere que exista la individualización precisa y completa del hecho atribuido, debiéndose indicar "la naturaleza del delito, la época en que ocurrió, la persona de la víctima y las circunstancias en que fue cometido",⁴⁰

1.10. Tribunal Constitucional

A su vez, fundamental es destacar la función de nuestro Tribunal Constitucional, que en un fallo reciente, durante el desarrollo de este trabajo, dictó sentencia, en donde se refiere a esta

³⁸ GARRIDO MONTT, Mario, Los delitos contra el honor, Gibbs Ed., Santiago de Chile, 1963.

³⁹ NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. propuesta para una construcción jurídica del honor como método de reducción de las hipótesis de conflicto con la libertad de comunicación (Primera Parte). Ius et Praxis, 2002, vol.8, no.2, p.217-259.

⁴⁰ GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal, tomos I y III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.

materia de nuestra memoria de manera extensa y precisa.⁴¹ En él, un abogado demanda a sus socios de su estudio jurídico, por haberlo excluido de él, lo cual afectó gravemente su honor, su intimidad y sus derechos como profesional en las relaciones con sus clientes. Por lo cual, exige que se condene solidariamente a los demandados al pago de una indemnización pecuniaria y reparación extrapatrimonial de los perjuicios ocasionados en su contra por los delitos o, en subsidio, cuasidelitos civiles que señala. El afectado formula requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2.331 del Código Civil, en la causa sobre juicio ordinario de responsabilidad civil.

En esta sentencia se analiza detalladamente el derecho a la honra y al honor protegido en la Constitución Política de la República, y como puede ser valorado por el legislador desde un punto de vista pecuniario, y a su vez ver si esta regulación le cabe hacer al constituyente.

En este fallo se ve fundamentos que son un atisbo de la idea de nuestro Tribunal en relación a estas materias, el que expondremos a continuación:

“TRIGESIMOSEXTO: Que, como se ha explicado en esta sentencia, el derecho a la honra, por su esencia espiritual y moral como emanación de la dignidad de la persona humana carente de materialidad, no posee en sí mismo valor económico o patrimonial, por lo que el resultado dañino de los atentados en su contra se traducirá, ordinariamente, en sufrimientos o mortificaciones de igual carácter, esto es, en daño moral, aunque eventualmente, en ciertos casos, pueda adquirir algún efecto económico susceptible de ser calificado de daño patrimonial”.

⁴¹ Tribunal Constitucional, Santiago, 10 de Junio 2008, ROL N° 943, “Valdés con Jaime Irarrázabal Covarrubias y otros”. ver Anexo N°2.

CAPÍTULO SEGUNDO:

2. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y PRIVACIDAD

En este capítulo se pretende desarrollar brevemente el tema de la Información y la Libertad de Expresión, explicando el concepto y diferencias que cada una de ellas tiene, tratando de no desviarnos del tema principal de nuestra memoria que es la Privacidad y las líneas jurisprudenciales en nuestro Ordenamiento Jurídico, además, se tocará su evolución histórica y jurídica, para caer de lleno en su injerencia en la intimidad y el conflicto de principios constitucionales que se provoca.

2.1. La Información

Para comenzar, tenemos que ver, que entendemos por Información. En sentido general, "la información es un conjunto organizado de datos procesados, que constituyen un mensaje sobre un determinado ente o fenómeno. De esta manera, si por ejemplo organizamos datos sobre un país, tales como: número de habitantes, densidad de población, nombre del presidente, etc. y escribimos por ejemplo, el capítulo de un libro, podemos decir que ese capítulo constituye información sobre ese país. Cuando tenemos que resolver un determinado problema o tenemos que tomar una decisión, empleamos diversas fuentes de información (como podría ser el capítulo mencionado de este libro imaginario), y construimos lo que en general se denomina conocimiento o información organizada que permite la resolución de problemas o la toma de decisiones.⁴²

Según otro punto de vista, la información es un fenómeno que proporciona significado o sentido a las cosas, e indica mediante códigos y conjuntos de datos, los modelos del pensamiento humano. La información por tanto, procesa y genera el conocimiento humano. Aunque muchos seres vivos se comunican transmitiendo información para su supervivencia, la diferencia de los seres humanos radica en su capacidad de generar y perfeccionar tanto códigos como símbolos

⁴² DESANTES GUANTER, José María 'Los mensajes informativos' pág 122 a 136, Editorial Abaco, Madrid.1994.

con significados que conformaron lenguajes comunes útiles para la convivencia en sociedad, a partir del establecimiento de sistemas de señales y lenguajes para la comunicación.⁴³

Los datos se perciben mediante los sentidos, éstos los integran y generan la información necesaria para producir el conocimiento que es el que finalmente permite tomar decisiones para realizar las acciones cotidianas que aseguran la existencia social. La sabiduría consiste en juzgar correctamente cuando, cómo, donde y con qué objetivo emplear el conocimiento adquirido.

El ser humano ha logrado simbolizar los datos en forma representativa (lenguaje) para posibilitar el conocimiento de algo concreto y creó las formas de almacenar y utilizar el conocimiento representado.

Existe una relación indisoluble entre los datos, la información, el conocimiento, el pensamiento y el lenguaje, por lo que una mejor comprensión de los conceptos sobre información redundará en un aumento del conocimiento, ampliando así las posibilidades del pensamiento humano, que también emplea el lenguaje -oral, escrito, gesticular, etc.-, y un sistema de señales y símbolos interrelacionados".⁴⁴

Una vez entendido el concepto de Información, debemos relacionarlo con los principios jurídicos que la envuelven. Para ello, debemos citar dos conceptos fundamentales en esta materia que son: La libertad de Información y la Libertad de Expresión.

La libertad de información es, "El derecho a recibir información y la potestad que tiene todo el mundo para poder difundir información" ó "La difusión erga omnes de un hecho real y de todas las circunstancias que lo rodean, sin censura previa".

La libertad de expresión, por su parte, "Es el derecho a manifestar opiniones". Esta libertad de expresión tiene dos niveles cualitativamente diferentes:

⁴³ DESANTES GUANTER, José María 'Los mensajes informativos' pág 122 a 136, Editorial Abaco, Madrid.1994.

⁴⁴ ídem.

a) La función de informar sobre un hecho real, que sea de interés público y que transmita un mensaje veraz. Aunque cumpla los otros dos requisitos, si el propio mensaje no es veraz, es imposible que sea informativo.

b) La función de opinar es tan importante como la libertad de información, porque de nada valdría ésta si luego no hay una opinión al respecto de la misma. Opinar es emitir juicios de valor individuales y subjetivos. La libertad de opinar es muy importante para el mantenimiento de la democracia, ya que sin ella no se podrían llevar a cabo dignamente los derechos humanos.

En ocasiones se hace complicado distinguir ambas libertades, puesto que el objeto es el mismo: comunicar "algo"; y es precisamente ese "algo" lo que las distingue. El derecho a expresarse libremente es uno de los más fundamentales, ya que es esencial para luchar por el respeto y promoción de todos los demás derechos humanos. Por tanto, la Libertad de expresión se refiere a materias opinables, mientras que la libertad de información son hechos noticiables. El mayor contenido institucional que tendría el derecho a la información también es una característica que las distingue, si bien es cierto que las dos son indispensables para la formación de una opinión pública libre"⁴⁵.

2.2 Evolución Histórica

Desde los albores de la República, nuestro país se ha preocupado de este principio, entregando una serie de leyes que como podremos ver, han evolucionado conforme lo ha hecho nuestra sociedad.

Para esta parte observaremos los trabajos de Luis Valencia Avaría⁴⁶ y de Miguel González Pino⁴⁷, quienes hacen un acabado trabajo de investigación.

⁴⁵ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. (2004), "Los límites a los derechos fundamentales", Madrid: Dykinson.

⁴⁶ VALENCIA AVARIA, Luis: *Anales de la República*. Tomos I y II actualizados. Santiago, Editorial Andrés Bello, 1986. Pág.315 y sgtes.

⁴⁷ GONZÁLEZ PINO, Miguel (2001), "Las libertades de opinión e información en la Constitución de 1980 y sus antecedentes históricos", artículo, En "20 años de la Constitución chilena, 1981 - 2001", Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, Chile, pág 269-286.

Los textos constitucionales han reflejado desde muy temprano la preocupación de los legisladores por la libertad de imprenta. ya el reglamento constitucional provisional del 26 de octubre de 1812 se refirió a ella, señalando en su Artículo 23:

"La imprenta gozará de una libertad legal; y para que esta no degenerare en licencia nociva a la religión, costumbres y honor de los ciudadanos y del país, se prescribirá reglas por el gobiernos y el senado".

La primera "ley de prensa" chilena, fue en realidad un decreto, del 23 de Junio de 1813.

Esta decía en su preámbulo:

"Después que en las naciones cultas y en todos tiempos se han hablado tanto sobre las utilidades de la libertad de imprenta:

Cuando todos conocen que esta es la barrera más fuerte contra los ataques de la tiranía y que jamás ha existido un Estado libre sin que todos sus habitantes tengan un derecho de manifestar públicamente sus opiniones.

Cuando hemos visto que déspotas han mirado siempre como medio más seguro de afianzar la tiranía, prohibir a todo ciudadano la libre comunicación de sus ideas y obligarles a pensar conforme a los caprichos y vicios de su gobierno,

Y finalmente cuando todos íntimamente conocen que tan natural como el pensar le es al hombre el comunicar sus discursos, sería presunción querer decir algo de nuevo sobre las ventajas de este precioso derecho tan propio de los hombres libres, y que el gobierno quiere devolverles, convencidos de que es el único medio de conservar la libertad, formar, y dirigir la opinión pública y difundir las luces"

2.2.1. Constitución de 1818

Las primeras constituciones que se refieren a la libertad de imprenta son:

1.- Constitución de 1818; que restablece la garantía constitucional de la libertad de imprenta, en los siguientes términos:

“Título I: De los Derechos y Deberes del Hombre en Sociedad.

Capítulo I: De los derechos del hombre en sociedad

Artículo 11: Todo hombre tiene libertad para publicar sus ideas y examinar los objetos que están a su alcance, con tal que no ofenda a los derechos particulares de los individuos de la sociedad, a la tranquilidad pública y Constitución del Estado, conservación de la religión cristiana, pureza de su moral y sagrados dogmas; y de su consecuencia, se debe permitir la libertad de imprenta, conforme al reglamento que para ello formará el Senado o Congreso”.

Aunque la Constitución señalada prescribe que se debe dictar un reglamento respecto de esta libertad concedida, nuevamente salió a la luz el mismo decreto de 1813.

Fue repuesto el 13 de junio de 1819 por el Director Supremo Don Bernardo O’Higgins, quien le agregó un epígrafe que señala:

El Director Supremo del Estado de Chile, de acuerdo con el excelentísimo Senado, ha tenido a bien anunciar que para lo sucesivo se ponga en observancia el decreto de 23 de junio de 1813 sobre la Libertad de Imprenta que es como sigue (...).

2.2.2. Constitución de 1822

La Constitución de 1822 consagra en forma indirecta la Libertad de Imprenta, así como otras libertades y derechos, al señalar las facultades que corresponden al Congreso.

Es así como en el Capítulo IV del Título 4, sobre las facultades del Congreso, señala:

“Artículo 47: corresponde al Congreso:

23. Proteger la Libertad de la Imprenta”

En el Capítulo IV, de la Administración de Justicia y de las garantías individuales, se establece:

Artículo 223: sobre la libre manifestación de los pensamientos no se darán leyes por ahora; pero quedan prohibidas la calumnia, las injurias y las excitaciones a los crímenes.

Artículo 225: es libre la circulación de impresos en cualquier idioma; pero no podrán introducirse obras obscenas, inmorales e incendiarias.

Artículo 226: siempre que alguno sea reconvenido por impresos que contengan una o más proposiciones de las prohibidas en el artículo 223, se les citará y prevendrá, que en el término perentorio de doce horas nombre veinte literatos para que juzguen de la causa. De estos se sacarán siete a la suerte, y serán los jueces.

2.2.3. Constitución de 1823

La Constitución dictada el 29 de diciembre de 1823 pareció que de hecho ponía fin a la larga historia de la ley de 1813.

Su título XXIII contiene una detallada descripción del uso de la imprenta, como dice su título, y establece como regla general la siguiente:

Artículo 262: La imprenta será libre, protegida y premiada en cuanto contribuya a formar la moral y buenas costumbres; al examen y descubrimiento útiles de cuantos objetos pueden estar al alcance humano; a manifestar de un modo fundado las virtudes cívicas y defectos de los funcionarios en ejercicio; y a los placeres honestos y decorosos”.

Su vigencia se mantuvo hasta la dictación de la ley de abuso sobre libertad de Imprenta, del 11 de diciembre de 1828.

2.2.4. Constitución y ley de 1828.

En la Constitución de 1828, el énfasis se pone en la libertad de opinión. Así, el artículo 4º dispone que:

"Nadie será perseguido ni molestado por sus opiniones privadas".

Luego el artículo 10 del capítulo III sobre derechos individuales *"asegura a todo hombre... la facultad de publicar sus opiniones"*.

En el artículo 18 se explicita este derecho señalando:

"Artículo 18: Todo hombre puede publicar por la imprenta sus pensamientos y opiniones. Los abusos cometidos por este medio, serán juzgados en virtud de una ley particular y calificados por una ley de jurados".

Poco tiempo después, el 11 de diciembre de 1828, se dicta la ley sobre "abusos sobre libertad de Imprenta", que viene a complementar el texto constitucional, estableciendo la forma en que se hará efectiva la responsabilidad de quienes emitan opiniones a través de impresos y de quienes publiquen dichos impresos.

En esta ley se obligaba a todo aquel que quisiera establecerse con una imprenta dar aviso previo al gobernador quien posteriormente daba aviso al municipio correspondiente.

Se estableció un régimen de sanciones pecuniarias, como multas que incluso podían cambiarse por prisión. Se sancionaba lo Blasfemo (contrario al dogma de la religión Católica Apostólica y Romana), Inmoral (que ofenda las buenas costumbres), sedicioso (todo aquello que incite a la sedición, a la desobediencia de las leyes y de las autoridades constituidas y al trastorno del orden público) e Injurioso (lo contrario al honor y buena opinión de cualquier persona).

2.2.5. Constitución de 1833

Esta carta fundamental introduce en el capítulo V sobre el "derecho Público de Chile", una carta de derechos, entre los cuales se contempla la libertad de opinión y de publicarlas a través de la imprenta, en los siguientes términos:

"Art 12. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

Nº7 La libertad de publicar sus opiniones por la imprenta, sin censura previa, y en el derecho de no poder ser condenado por el abuso de esa libertad, sino en virtud de un juicio que califique previa mente el abuso por jurados, y se siga y se sentencie la causa con arreglo a la ley".

La ley de 1828 continuó vigente bajo el imperio de esta Constitución, hasta que fue derogada por la Ley sobre Abuso de la Libertad de Imprenta, de septiembre de 1946.

Ley sobre abuso de la Libertad de Imprenta (16 de Diciembre de 1846).

Aquí, se castigaba a quienes llamaran a la rebelión y a la sedición, a la desobediencia de las leyes etc.

Era muy parecida a la ley anterior, pero con modificaciones como un régimen particularizado de injurias, distinguiendo diversos casos y protegiendo específicamente a ciertas personas como a funcionarios públicos, salvo que se probaran las verdades de sus imputaciones.

Ley sobre Abuso de la Libertad de Imprenta (17 de Junio de 1872).

El 17 de Julio de 1872 se promulgó una nueva ley sobre Abusos de la Libertad de Imprenta, más liberal que la anterior, la cual acompañó a la Constitución de 1833 casi hasta su reemplazo por la de 1925.

Esta nueva ley tuvo como constitutivo de abuso de la libertad de imprenta:

- i) los ultrajes hechos a la moral pública o a la religión del Estado;
- ii) los escritos que desacrediten a un funcionario público, o la confianza que de él se tenga por la sociedad.
- iii) aquellos en que se tienda al mismo fin respecto a las personas particulares.

Una reforma constitucional de 1874, aprobada por el Congreso Nacional, le otorgó a esta misma institución la facultad de *"dictar leyes excepcionales y de duración transitoria que no podrá exceder de un año, para restringir la libertad personal y la libertad de imprenta...."*, en el caso de una *"...necesidad imperiosa de la defensa del Estado..."* (Artículo 36, N° 6 reformado).

2.2.6. Constitución 1925

Promulgada bajo el gobierno de Arturo Alessandri Palma, la definición de la libertad de prensa es mucho más amplia en esta constitución que en las anteriores. En ella surge el concepto de "prensa", ya que la imprenta comenzaba a coexistir con otros medios de comunicación. Así se aprecia en el N° 3 del Artículo 10, correspondiente al capítulo III sobre las "Garantías constitucionales".

"Art. 10. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

...N°3. La libertad de emitir, sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa o en cualquiera otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad en la forma y casos determinados por la ley".

Antes de dictarse la Constitución, en marzo de 1925 se promulgó el Decreto Ley n° 425, "sobre abusos de Publicidad", que fue en la práctica el texto reglamentario de la norma constitucional.

En este caso, el Decreto Ley duró más allá del gobierno de facto que la generó. En su artículo 1° consagraba, de modo amplio, el derecho a publicar opiniones por la imprenta y a

difundir la palabra oral o escrita "por cualquier medio" sin sujeción a ninguna censura previa. El abuso del derecho consagrado solo podía castigarse en los casos y formas señalados por la ley.

No obstante, en el artículo 3º se establecía la carga para el impresor de entregar al acusador público de punto en que su taller estuviere ubicado, ejemplares de lo por él publicado.

Se establecían también, cargas para el "Director Responsable" del medio, se regulaba el derecho a la rectificación o a la réplica cuando el órgano, al publicar la rectificación, agregaba comentarios. Luego se incluía un catálogo delictual, como la provocación a delitos, como robos homicidios, incendio, etc. todas estas figuras eran sancionadas incluso cuando tenían lugar más allá de la imprenta como, por ejemplo, cuando la inducción o apología se hacía por medio de conferencias, charlas y reuniones.

Este texto legal fue modificado por la ley Nº 15.476, de enero de 1964, y nuevamente modificado y refundido en la ley Nº 15.576. Debido a su carácter restringido y fuertemente sancionatorio, este fue reemplazado por una nueva "Ley sobre Abuso de Publicidad", la Nº 16.643.

Ley 16.643 del 4 de septiembre de 1967 (sucesora del Decreto Ley Nº 425).

En su artículo 1º repetía el principio general de inexistencia de censura previa. Castigaba la difusión de noticias falsas o no autorizadas, la inducción a través de los medios de comunicación social de delitos como robo, homicidio, incendio. Sancionaba incluso la apología a estos delitos.

En su artículo 29 se encontraba la llamada "responsabilidad en cascada" donde se sancionaba a quien fuere el máximo responsable del medio de difusión, y en su defecto a quien lo sucediera en el cargo como editores impresores, empresarios o propietarios.

Otras modificaciones importantes fueron introducidas por las leyes Nº 16.899, de 1968.

Ley Nº 17.398, del 9 de enero de 1971 ó "Estatutos de Garantías".

El numero 3 del Artículo 10 de la constitución fue reformado y adicionado por la ley N° 17.398, conocida como "Estatuto de Garantías", del 9 de enero de 1971, haciendo explícita la existencia de otros medios de comunicación, que se desarrollaron en el presente siglo con el avance de la tecnología, como la radio y la televisión. A esto se agrega la protección a la difusión de las ideas políticas, producto de la situación institucional del momento.

De esta manera, el texto constitucional quedó como sigue:

"Art. 10. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

Nº3 La libertad de emitir, sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa, la radio, la televisión o en cualquier otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad, en la forma y casos determinados por la ley. No podrá ser constitutivo de delito o abuso sustentar y difundir cualquier idea política.

Toda persona natural o jurídica ofendida o aludida por alguna información, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el órgano de publicidad en que esa información hubiese sido emitida.

Todas las corrientes de opinión tendrán derecho a utilizar, en las condiciones de igualdad que determine la ley, los medios de difusión y comunicación social de propiedad o uso de particulares.

Toda persona natural o jurídica, especialmente las universidades y los partidos políticos, tendrán el derecho de organizar, fundar y mantener diarios, revistas, periódicos y estaciones transmisoras de radio, en las condiciones que establezca la ley. Sólo por ley podrá modificarse el régimen de propiedad y de funcionamiento de esos medios de comunicación. La expropiación de los mismos podrá únicamente realizarse por ley aprobada, en cada Cámara, con el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

La importación y comercialización de libros, impresos y revistas serán libres, sin perjuicio de las reglamentaciones y gravámenes que la ley imponga. Se prohíbe discriminar arbitrariamente entre las empresas propietarias de editoriales, diarios, periódicos, revistas, radiodifusoras y estaciones de televisión en lo relativo a venta o suministro en cualquiera forma de papel, tinta, maquinaria u otros elementos de trabajo, o respecto de las autorizaciones o permisos que fueren necesarios para efectuar tales adquisiciones, dentro o fuera del país.

Sólo el Estado y las Universidades tendrán el derecho de establecer y mantener estaciones de televisión, cumpliendo con los requisitos que la ley señale.

Queda garantizada la circulación, remisión y transmisión, por cualquier medio, de escritos, impresos y noticias, que no se opongan a la moral y a las buenas costumbres. Sólo en virtud de una ley, dictada en los casos previstos en el artículo 44º, N° 12, podrá restringirse el ejercicio de esta libertad”.

En la práctica, la vigencia de esta norma constitucional fue suspendida a partir del bando N° 1 de la junta militar de gobierno, del 11 de septiembre de 1973, que dispuso la suspensión de actividades informativas de los medios adictos a la Unidad Popular, y el Decreto Ley N° 3 del 18 de septiembre de 1973, que dispuso el estado de sitio. Sin embargo, sólo se derogó formalmente mediante el Acta Constitucional N° 3 de 1976.

2.2.7. Acta Constitucional N° 3

Esta norma, promulgada por Decreto Ley N° 1552, de septiembre de 1976, establece los derechos y deberes constitucionales, y en la práctica, al menos en lo que se refiere a los derechos que nos ocupan, no tuvo vigencia práctica. Sin embargo es importante tenerla en cuenta, por cuanto contiene en su artículo primero N° 12, el antecedente directo del texto constitucional. En él se contemplan varias de las normas que se incorporaron en la Constitución de 1980, así como algunas disposiciones que contienen garantías que luego no fueron consideradas en dicha Constitución.

Entre sus normas, el inciso 3º se disponía:

"Asimismo, esta acta constitucional asegura el derecho de recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva sobre el acontecer nacional e internacional, sin otras limitaciones que las expresadas en el inciso primero de este número"

Mantiene en sus dos últimos incisos, la protección a la propiedad y funcionamiento de los medios de comunicación social, que solo puede modificarse por ley, y la necesidad de una ley especial para expropiar un medio, previo pago de indemnización.

2.2.8. Constitución de 1980

En esta materia no ahondaremos por ahora en profundidad, ya que este tema será tratado en su extensión posteriormente en nuestro trabajo.

Lo que si veremos será las leyes relacionadas al tema, que se dictaron desde su promulgación, destacando brevemente las de mayor relevancia.

Así, tenemos los casos de las leyes N° 18.313 de 1984, N° 19.048 de 1991, y por la Ley sobre "Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo" N° 19.733 del 4 de junio de 2001.

Ley sobre "Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo" N° 19.733 (4 de junio de 2001).

Esta es la actual ley de prensa, la que trae un cambio en la filosofía del sistema, pues aquí ya no se esta hablando de "Abusos" sino de "Libertades" de opinión e información y ejercicio del periodismo.

Se puede observar que esta ley entre sus artículos 29 a 34 establece una serie de ilícitos que son sancionados por medio de multas.

Se prohíbe en ellos las publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o celebridades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad.

Por otra parte prohíbe la difusión de noticias e informaciones relacionadas con procesos o gestiones judiciales, estableciéndose a su vez sanciones cuando estos son realizados por medios de comunicación social.

También hace mención al caso de la identidad de menores involucrados en delitos y toda otra forma de identificarlos, rigiendo esta disposición además respecto de las víctimas de algunos delitos, a menos que ellas consientan expresamente en su publicidad.

El Artículo 29 de la ley nos habla de la injuria y la calumnia, manteniendo la forma en que se trata jurídicamente, ósea, cuando se hace a través de órganos de prensa, remitiéndose a los artículos 413, 418 inc 1 y 419 del Código Penal.

Siguiendo con esta materia, el Artículo 30 de esta ley trata de la tipificación y sanciones que se entenderán quebrantadas por el abuso de la misma.

"Artículo 30:

Al inculpado de haber causado injuria a través de un medio de comunicación social, no le será admitida prueba de verdad acerca de sus expresiones, sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurrieren a lo menos una de las siguientes circunstancias:

a) Que la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real;

b) Que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio.

En estos casos, si se probare la verdad de la imputación, el juez procederá a sobre seer definitivamente o absolver al querellado, según correspondiere.

Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes:

a) Los referentes al desempeño de funciones públicas;

b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real;

c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;

d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social;

e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y

f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito.

El objetivo fundamental que se persiguió, fue actualizar, mejorar y derogar una serie de normas que restringían fuertemente el ejercicio de las libertades de expresión y de información, actualizando la legislación a la luz de los pactos y tratados internacionales que ha suscrito nuestro país en el campo del derecho internacional.

2.3. Tribunal Constitucional

Fue incluso materia de pronunciamiento del Tribunal Constitucional el que dictó un fallo, con fecha Treinta de Octubre de mil novecientos noventa y cinco, dedujo un requerimiento de constitucionalidad por parte de un grupo de diputados, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 82, N° 2°, de la Constitución Política de la República, para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1°, inciso tercero; artículo 9°, inciso primero; artículo 20, inciso segundo, y artículo 43, inciso segundo, del proyecto de ley sobre "Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo".⁴⁸

La sentencia del Tribunal Constitucional en sus consideraciones más importantes nos dice:

“III. Sobre el derecho de las personas a estar debidamente informadas sobre las expresiones culturales, sociales o políticas existentes en la sociedad.

En subsidio de lo anterior, se hace cargo de las normas presuntamente violatorias de la Constitución contenidas en el proyecto de ley mencionado. Respecto del inciso tercero, del artículo 1°, señala que carece de toda lógica y se desconocen los esenciales principios de interpretación de la Carta Fundamental cuando se exige un texto constitucional expreso que consagre el derecho a la información, citando al efecto variadas referencias tanto de la doctrina constitucional como de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución. Agrega que el texto expreso que los requirentes exigen no fue necesario, puesto que el derecho a ser informado se encuentra inserto en el de informar como un presupuesto esencial e indisoluble.

Ratifica lo anterior enumerando opiniones de autores y tratados internacionales vigentes.

Expone que también hay una razón de contexto que emana del artículo 1° de la Constitución, que señala como deber del Estado promover el bien común, la realización de la

⁴⁸ Tribunal Constitucional, Santiago, 30 de octubre 1995, ROL N° 226, "libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo". ver Anexo N° 2.

persona humana y la participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, por lo que ninguna de esas altas aspiraciones podría llevarse a cabo sin el derecho pleno a una debida información.

Concluye indicando que no se ha vulnerado ningún precepto constitucional al aprobarse por la mayoría de la Cámara de Diputados, el artículo 1º, inciso tercero, que estableció el derecho de las personas a ser debidamente informadas.”

Lo que nos dice de la importancia que tiene el recibir información en forma libre y oportuna sin limitaciones y sin que sea necesario incorporarlo expresamente en la Constitución pues se da por descontado al ser esencial e indisoluble.

Termina diciendo esta sentencia:

35) Que, si no ha habido alusión a una persona y, por tanto, agravio alguno cometido por un medio de comunicación, viola su libertad de informar la imposición que este proyecto le hace de publicar lo que un tercero determine por sí y ante sí; y la coarta de modo directo y grave cercenando severamente la facultad que sus titulares poseen para disponer de tal libertad.

No debe olvidarse que, a este respecto, la libertad de expresión, opinión, o información, supone la libre elección -sin interferencias de nadie- de las noticias u opiniones que se difundan, en cuanto los titulares de los medios de comunicación consideran que son de importancia, trascendencia o relevancia, en concordancia con sus principios o línea editorial. Interferir en ello es precisamente vulnerar esta libertad y el pluralismo de medios que se persigue. Al pretenderse legislar, otorgando poder jurídico para exigir la correspondiente publicación a cualquier persona que se estimase omitida en un hecho que ella considera de importancia o trascendencia social, no sólo se viola este N° 12, inciso primero, del artículo 19, sino que se excede la competencia legislativa ya que el ejercicio de ésta no puede vulnerar los derechos de las personas, puesto que también es aquí aplicable, tanto el artículo 1º, inciso cuarto, y el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, como sus artículos 6º y 7º”.

2.4. Tratados Internacionales

Rescatando lo que afirmábamos en el primer capítulo sobre la importancia del derecho a la Intimidad y a la Vida Privada en el mundo, encontramos que los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, recogen el principio fundamental de la Libertad de Información.

Se sigue reconociendo una importancia fundamental a nivel de los derechos humanos, protegiéndolos en su esencia de ataques injustificados e injuriosos, respetando siempre la libertad de información sin censura previa.

Dentro de los tratados más importantes que Existen, nuestro país se ha comprometido con todos estos, mostrando al mundo una imagen de nación moderna y en la que los derechos fundamentales son una cuestión de fondo.

2.4.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 19:

"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

2.4.2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

El Artículo 4 nos dice que:

"Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio".

2.4.3. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Aquí, aparece específicamente en los n°s 1,2 y 3 del Artículo 13:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

2.5. Derecho Constitucional

Esta materia también fue objeto de Interés y estudio en el Derecho Público nacional.

En este caso, observaremos las constituciones de 1833, 1925 y la de 1980, donde específicamente se hable de este principio fundamental que nos tiene en comento, pues como vimos anteriormente en la evolución histórica, el tema ya se desarrolló un poco más extensamente.

2.5.1. Constitución Política de 1833.

La constitución de 1833 trataba el tema, teniendo como punto fundamental la no censura previa.

Esta decía:

Artículo 12.- La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

7. "La libertad de publicar sus opiniones por la imprenta, sin censura previa, y el derecho de no poder ser condenado por el abuso de esta libertad, sino en virtud de un juicio en que se califique previamente el abuso por jurados, y se siga y sentencie la causa con arreglo a la ley".

2.5.2. Constitución Política de 1925

A su vez, la constitución de 1925 tenía como eje central, el responder por los delitos que la ley establece, como respuesta a lo que libremente se informara. Esta Constitución señalaba:

Artículo 10.- La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

3." La libertad de emitir, sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa o en cualquiera otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad en la forma y casos determinados por la ley".

2.5.3. Constitución Política de 1980

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

12."La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan

en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado;

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social;

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida;

Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley;

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión;

Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo;

La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica".

Es decir, con la simple lectura de la Carta Fundamental también garantiza la libertad de expresión.

Este precepto hace alusión a dos dimensiones; en primer término, al derecho a informar y, por otra parte, al derecho a recibir información. Aunque este último no se encuentra expresamente consagrado en su artículo 19 N° 12, con ocasión del debate parlamentario en torno a la ley que regula el ejercicio de la libertad de expresión y del periodismo (Ley 19.733), el Tribunal Constitucional estimó que este derecho “forma parte natural y se encuentra implícito en

la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades sino tienen destinatarios finales".⁴⁹

El Tribunal Constitucional Chileno, en sentencia Rol N° 226 de 30 de Octubre de 1995, considerando 25°, determina:

"La doctrina como nuestra Constitución Política, reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.

"Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional".⁵⁰

Nuestra Constitución, da una visión moderna sobre esta materia, integrando los principios que la legislación comparada da al respecto.

Podemos observar, que nuestro país no tiene ni ha tenido nunca un régimen de libertad absoluta en materia de prensa como lo es en otros países como los Estados Unidos o Argentina.

2.6. Conflictos de Principios Constitucionales

En Chile rige en materia de Libertad de Información y Opinión, un sistema de responsabilidad reglada, además no se puede censurar previamente, sin perjuicio de responder por los delitos en que se incurra por el hecho de ejercer esta libertad (A° 19 n° 12 C.P.R.).

En esta materia se encuentran a la Información como una medalla de dos caras, según se la mire desde la perspectiva de quienes se desempeñan en la tarea de informar, o desde el punto de vista de quienes la reciben. Pero en el último tiempo se ha dado un problema que va

⁴⁹ Tribunal Constitucional, Santiago, 30 de octubre 1995, ROL N° 226, "libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo". ver Anexo n°2.

⁵⁰ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. El Derecho A La Propia Imagen Como Derecho Fundamental Implícito: Fundamentación Y Caracterización. Ius et Praxis, 2007, vol.13, no.2, p.245 y ss.

creciendo entre quienes ejercen la actividad informativa y aquellas personas que aparecen mencionada con motivo de ella, y son los que ven o sienten afectado su honor o intimidad.

El problema se presenta cuando "existen intereses constitucionalmente reconocidos, por ende equiparados jerárquicamente, como lo son la Privacidad y la Información, lo que hace ineludible la necesidad de elaborar criterios delimitadores para precisar cuándo uno debe primar sobre el otro. En rigor, se trata de precisar situaciones en las que la Información y la Libertad de Expresión, como interés constitucionalmente protegido, cede ante el Honor y la Intimidad y viceversa.

La información, como regla general, tiene como límite el honor y la esfera íntima de las personas, en otros términos, la libertad para informar no puede pasar por sobre la honra y la intimidad de las personas".⁵¹

El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen se reconocen como Derechos Fundamentales y como fundamento del orden y de la paz social. Se trata de derechos inalienables, irrenunciables e imprescriptibles, un valor, por lo que en caso de colisión con el derecho a la libertad de expresión y de información, prevalecerán los primeros por tratarse de Derechos Fundamentales.

En Derecho comparado, esto no siempre es así, pues existe un método en el que entran a sopesar cual de estos principios tiene mayor fundamento y validez para cada ocasión.

Es lo que en inglés se conoce como "Balancing Test", que representa una técnica, un procedimiento, un mecanismo para resolver el conflicto entre intereses que, en un principio, son iguales; poseen una misma jerarquía dentro del elenco de los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico (cabe hacer presente, que este método no se aplica en nuestro país).

Se trata de una manera de resolver los problemas que se dan entre casos de tensión entre dos valores, en un sistema que carece de conceptos legislativamente establecidos, encontrando

⁵¹ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. "Los límites a los derechos fundamentales" Madrid, editorial Dykinson, 2005, pág 231.

un equilibrio entre ellos, a través de la solución que entregan los tribunales de justicia, y que se resume a un sistema que tienen como solución de los conflictos por medio de materia penal y materia constitucional donde se cumplen:

-Interés público (relevancia pública de la información) y la calidad de las personas involucradas. (Tanto para el derecho a la intimidad y a la honra).

- La veracidad de la información. (Solo respecto al derecho a la honra).

En Chile los límites se encuentran más o menos claros, pues ellos están legal y constitucionalmente determinados y son absolutos.

Se establecieron en relación a la publicación y transmisión, ciertas materias prohibidas; además, se señalaron ciertos hechos como dentro de la esfera de lo privado, y se han mantenido los regímenes relacionados a las sanciones penales y los atentados contra el honor.

Como conclusión final de este capítulo debemos decir que en nuestros tribunales ha primado como regla general el derecho al honor y la privacidad por sobre la libertad de Expresión e Información con contadas excepciones; hecho que quedará demostrado próximamente en el análisis de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia.

CAPÍTULO TERCERO:

3. ANÁLISIS GENERAL DE CONFLICTO DE DERECHOS Y LA PROTECCIÓN

Comenzando este capítulo, trataremos el conflicto de recursos, pero mejor dicho, deberíamos hablar de "colisión de derechos fundamentales" o sea, la confrontación que se da a nivel doctrinal y jurisprudencial entre derechos y garantías constitucionales que supuestamente tienen un mismo valor jurídico.

Con esta colisión, llega a plantearse esta confrontación, los motivos que la inducen, los mecanismos de solución y las diferentes teorías que existen al respecto a nivel nacional e internacional que luego trataremos.

Debemos decir que el problema que existía hasta hace unos años en relación a la Vida Pública y Privada fue solucionado, con la reforma constitucional del Artículo 19 n° 4, eliminándose de ella lo referente al tema público, en la Ley N° 20.050 Art. 1°N° 10 letra b) publicado en el Diario Oficial el 26 de Agosto del 2005, pero no es malo dar a conocer ver el motivo que se tuvo para sacarla de nuestra Carta Magna.

La I. Corte de Apelaciones de Santiago, en interesante sentencia de 31 de mayo de 1993, definió dentro de varios conceptos, el de Vida Pública, en los siguientes términos: "Por vida pública se comprende aquella que llevan los hombres públicos y de la que conocen los terceros, aún sin su consentimiento, siempre que sea de real trascendencia....." ⁵²

En cuanto a la vida pública, la información sobre ella siempre es lícita, porque las personas están sometidas a la libre crítica en ese ámbito en virtud de un interés superior, dadas las consecuencias que el hecho ignorado puede generar en la actividad pública del sujeto.

La regulación del derecho a la vida privada fue exageradamente conciso en la Carta Fundamental, la cual también ampara la "vida pública", término novedoso incorporado por

⁵² I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 983-93 de 31 de mayo de 1993, citado en Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, pág. 83, Universidad de Chile del profesor José Luis Cea E.

nuestro constituyente, pero que deja dudas sobre su significado. No existe una protección semejante a dicho ámbito en el derecho comparado.

Cea Egaña sostiene que la protección de la “vida pública” posee contornos brumosos. Intenta por otra parte encontrarle una aplicabilidad a la protección de la “vida pública”, para lo cual distingue dos ámbitos en la protección de la vida privada. Uno negativo que impediría conocer lo íntimo y un aspecto positivo consistente en el poder de determinación sobre la información que se dan en el tráfico social como las actividades económicas, laborales, sociales que no ocurren en el seno de la familia u hogar, los cuales quedarían tutelados por este derecho a la vida pública, dada la difícil protección que podría brindarle desde la vida privada.⁵³

Finalmente los argumentos esgrimidos para eliminarlo definitivamente de la Constitución fueron los que a continuación extractaremos de la comisión del Senado y de la Cámara de Diputados en el año 2005:

"Durante el curso de esta reforma constitucional, siempre existió acuerdo en orden a eliminar la difamación. Pero la derogación de la "vida pública" solo resultó un aspecto que se agregó hacia el final de la tramitación de la presente reforma, pero sin articularla en una norma específica y sin indicación alguna.

Asimismo, también se hizo presente la necesidad de proteger de mejor manera la privacidad y honra de las personas. No obstante, las dudas subsisten acerca de cuál es el camino adecuado para propiciar una garantía que permita una mejor protección de estos derechos. Por lo mismo, se incorpora en el veto una expresión clara de los acuerdos básicos.

A tales fines se propone sustituir íntegramente el número 4 del Artículo 19 por el texto en definitiva aprobado, para garantizar plenamente la protección de la vida privada y la honra de las personas y su familia, eliminándose de ese modo la noción de "protección de vida pública" por no resultar claro sus alcances ni interpretación, no tener parangón en el derecho constitucional comparado ni en el derecho internacional de los derechos humanos y no ser una

⁵³ CEA EGAÑA, José Luis, Curso de Derecho Constitucional, Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile, 2003, pág 201 y ss.

norma que manifieste alguna utilidad. Con ello se ratifica la difamación de la Constitución y del ordenamiento jurídico en general.

Asimismo, el veto deja expresa constancia que pese a que no existe ninguna remisión legal para la protección del respeto a la vida privada y honra de las personas y su familia, es indudable que en el marco constitucional el legislador tiene plenas atribuciones para identificar el mejor modo o camino para profundizar la protección de un derecho tan significativo, particularmente en su relación con las libertades de expresión e información. Se añade que ese será el camino para verificar la mejor protección de esos derechos, en donde la Constitución salvaguarda el contenido esencial de los mismos y deberá ser la ley la que articule la protección de otros elementos del respeto a la vida privada y del derecho a la honra de la persona y de su familia".⁵⁴

Por lo que el problema de diferenciar esto, en la actualidad ya no existe en nuestra legislación, esto no implica que en nuestra memoria dada la importancia que tuvo este tema, no sea abordado en el capítulo IV dentro de nuestros lineamientos jurisprudenciales, dado que se han recolectado sentencias de los últimos cinco años.

Hecha esta aclaración, nos enfocamos ahora directamente al conflicto de derechos que entre los principios que en comentario nos trae a esta memoria.

Ya en los capítulos anteriores nos hemos referido en que consiste cada uno de ellos, con cada una de sus características y ubicación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tratados internacionales y relaciones con otras áreas del derecho, por lo que pasaremos directamente a explicar la fuente de estos principios tratando al conflicto propiamente tal y sus mecanismos de solución.

⁵⁴ PFEFFER URQUIZA, Emilio "Reformas Constitucionales 2005: antecedentes, debates, informes" Editorial Jurídica de Chile, 2005, 1ª edición, pág 70 y ss.

3.1. Doctrina Constitucional

La Doctrina Constitucional⁵⁵ es una materia nutrida y compleja, ya que en ella existe entre los autores, un intento de sistematización, donde encontramos muchas obras que tocan este conflicto.

Los constitucionalistas han desarrollado el tema desde el siglo XIX, por lo que podemos encontrar tres etapas que se generaron en el tiempo, dando a nuestro país una tradición liberal y democrática en esta materia.

Primera etapa:

En una primera etapa de nuestra historia, se buscaba una argumentación centrada en los derechos de libertad de culto y conciencia frente a las ideas de la iglesia católica, la que hasta hace algunos pocos años (1999 nueva ley de culto) aún nos traía problemas y era tema de debate.

Segunda etapa:

La segunda etapa (casi paralela a la anterior en el tiempo) se centraba por esclarecer el tema del sufragio universal, el fraude electoral y por impulsar la aplicación de los derechos civiles y políticos, así como también tratar de dar solución al conflicto que se suscitaban entre los derechos clásico frente a las necesidades económicas o sociales, los problemas con la propiedad privada, intervenciones económicas, agrarias, industriales etc., y tuvo su mayor auge durante la vigencia de la constitución de 1925.

Tercera etapa:

Por último, debemos hablar de la tercera etapa que es la más actual, y se ha desarrollado en los últimos 30 años y que nos atañe directamente, pues tiene relación directamente con

⁵⁵ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, "Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile" En Revista de Derecho Público N°63, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 2001.pág 179-199.

nuestro tema, pues toca lo referente al Derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al honor y a la vida privada, sin descuidar el problema que se da entre el derecho a la vida y a la autonomía personal.

Con esta etapa, se desarrollan las distintas vertientes o puntos de vista de como tenemos que tomar este conflicto de principios constitucionales.

A nivel nacional y de derecho comparado brotan distintas posturas que tratan de explicar como debe resolverse este conflicto entre la vida privada y la libertad de expresión; trataremos de exponer brevemente, pues, consideramos importante saber que es lo que se está discutiendo actualmente a nivel doctrinario.

3.2. Derecho Comparado

En esta materia, veremos sucintamente el caso de juristas españoles, franceses y alemanes (en este orden) que tratan de explicar doctrinalmente que entienden por los derechos fundamentales y su confrontación de conceptos e ideas sobre esta materia; así como cuál es la categoría a la que pertenecen y como debe solucionarse cada caso de colisión de principios constitucionales.

Los derechos fundamentales son " Los derechos garantizados por la Constitución" ó como dice Luigi Ferrajoli, derechos fundamentales son "Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica..."⁵⁶

Para el profesor español, Antonio Pereira, estos derechos constitucionales "son de un valor absoluto relacionados con el derecho natural". ⁵⁷

⁵⁶ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, "Los Derechos Constitucionales", tomo III, 3ª edición, año 2004, pág 213-231.

Por su parte el destacado jurista del mismo país, Gregorio Peces Barba, nos entrega en esta materia una delimitación de los términos vecinos a los derechos fundamentales, tales como derechos subjetivos, libertades públicas, derechos humanos, derechos morales, derechos naturales, etc.

Nos dice que “el derecho natural es una doctrina jurídica política que entiende que hay ciertos derechos que son anteriores al poder y al llamado derecho positivo, que se entienden por si mismos por la propia naturaleza del ser humano y que le ponen limites a la autoridad”⁵⁸.

Para él, los derechos fundamentales serían “un consenso moral y en la cual entran toda clase de derechos, sean de autonomía, participación u otros; entiende que son una fusión del derecho y la moral”.⁵⁹

Otro punto de vista es el que plantea el profesor Pedro Cruz Villalón, el que dice que "los derechos fundamentales no se justifican en principios iusnaturalistas, sino que son parte del derecho positivo en la medida que se produce su consagración constitucional"⁶⁰

Acá, sería el legislador el encargado de solucionar los conflictos (aún de manera arbitraria) entre derechos fundamentales, quedando estos reducidos a simples especificaciones del principio de legalidad.

Para el catedrático Louis Favoreau su definición y noción de los derechos fundamentales está dada por un conjunto de características que son:

⁵⁷ PEREIRA MENEAUT, Antonio, "teoría constitucional", editorial jurídica Conosur, santiago 1993, pág 383.

⁵⁸ PECES BARBA, Gregorio, "curso de derechos fundamentales teoría general" Universidad Carlos II boletín Oficial del estado Madrid, año 1999.pag 59-95

⁵⁹ PECES BARBA, Gregorio, "curso de derechos fundamentales teoría general" Universidad Carlos II boletín Oficial del estado Madrid, año 1999.pag 59-95

⁶⁰ CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", revista española de Derecho Constitucional, año 1998,año 9, num. 25,47-48,

"1.- Todas las libertades, constitucionales o internacionales son fundamentales, ya que protegidas constitucionalmente no se puede distinguir un menor o mayor grado en cuanto a su carácter fundamental. lo que nos dice es que una vez que este derecho alcanza esta calidad se hace inatacable por los órganos estatales.

2.- No existe jerarquía entre derechos fundamentales, aunque algunos tengan una mayor protección que otros. Ante un conflicto se hará una ponderación de los derechos resolviendo la jurisprudencia cada caso en particular.

3.- El paso de la legalidad a la constitucionalidad como centro del sistema jurídico también afecta los derechos fundamentales por que se ha evolucionado desde un concepto de libertades públicas o clásicas.

Además, señala que los derechos fundamentales están condicionados a lo que el mismo denominó "la colisión de Derechos Fundamentales" que sirve para explicarnos el caso en que dos sujetos de derecho poseen derechos incompatibles, donde por ejemplo uno invoca el derecho al respeto y protección de su Vida Privada y el otro, el derecho a la Libertad de Expresión."⁶¹

Para el filósofo y jurista alemán Robert Alexy, el tema es complejo, pues su teoría se inspira en el derecho positivo alemán, pero como teoría de los derechos fundamentales. Distingue entre principios, valores, reglas y normas constitucionales, explicándonos en este sentido que los derechos fundamentales: "ordenan que algo sea realizado en la medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes".⁶²

Rechaza toda jerarquía de ordinal o cardinal entre valores o principios de derecho fundamental.

⁶¹ FAVOREAU, Luis, "et al Droit Constitutionnel". Editorial Dalloz, año 1998, pág 775 y ss.

⁶²ALEXY, Robert, "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp.152-157.

Por último; desarrolla este tema de la colisión de principios con mucho ingenio y nos dice: “bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de precedencia puede ser solucionada de manera inversa”⁶³

3.3. Doctrina chilena

En este punto, seguiremos las pautas del profesor de nuestra facultad, don Pablo Ruiz-Tagle Vial⁶⁴, quien desarrolla la evolución y la postura de los constitucionalistas chilenos de los últimos tiempos en este tema, sin por eso dejar de dar su opinión personal acerca del tema.

Para él, la doctrina se divide en 2 puntos de vista diametralmente diferentes:

Por un lado están las concepciones constitucionales de carácter “jerarquizadas”; y por el otro lado, tenemos las concepciones constitucionales de carácter “razonado y parcial”.

Ahora pasaremos a explicar en forma breve y resumida en que consiste cada una de ellas.

3.3.1. Concepciones Constitucionales de carácter Jerarquizadas

"Para este grupo de concepciones constitucionales acerca de la dogmática de los derechos, lo principal es el juicio del individuo que no reconoce un criterio uniforme comunicable conforme al cual tomar sus decisiones morales. Se trata de un derecho constitucional que se concibe como encerrado en sí mismo o como inspirado en consideraciones extra constitucionales que no se hacen del todo explícitas. Por otra parte, es intuitiva, es decir, no responde a un criterio de derecho positivo, sino que emana de una intuición; es lo opuesto a lo públicamente razonado. Esta visión posee también la característica de responder a un criterio total porque supone que todos los conflictos se deben solucionar de una misma manera, y que

⁶³ ALEXY, Robert, Op.cit., pág. 81 y ss.

⁶⁴ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo,"Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile" En Revista de Derecho Público N°63, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 2001.pág 179-199.

todos los órganos deben resolver estos conflictos del mismo modo sin discriminar entre diversos tipos de procedimientos."

Estos autores, al referirse originalmente a la Constitución de 1925, explican cómo nuestra carta fundamental anterior siguió la doctrina y tendencia del constitucionalismo clásico en cuanto a los derechos y deberes de los individuos.

También reconocen diferencias en cuanto a los derechos constitucionales que tienen limitación constitucional de aquellos derechos cuya limitación es de orden legal o los que se limitan según la Constitución de acuerdo al orden público o las buenas costumbres.

Por último, sostienen la importancia de los recursos jurídicos respecto de estos derechos y los clasifica en libertades e igualdades, admitiendo que existen derechos como el de asociación que son por naturaleza de carácter social.

Con influencia del profesor Silva Bascañán, el profesor Enrique Evans de la Cuadra dice en su obra textualmente: "Para esta clasificación, en que prescindimos de aspectos formales, similitudes gramaticales o raigambres históricas, hemos intentado agrupar los derechos buscando, en lo fundamental, el bien jurídico protegido en cada conjunto de garantías y teniendo presente que es la persona del hombre el fundamento último de los derechos humanos."⁶⁵

Ruiz-Tagle nos dice que "El carácter intuitivo y total de la concepción del profesor Evans se refiere más bien a su clasificación basada en la noción de bien jurídico, en su renuncia a explicar la justificación histórica de esta clasificación y también en la aplicación homogénea de la misma a todo tipo de procedimientos constitucionales."⁶⁶

⁶⁵ EVANS DE LA CUADRA, Enrique."Los Derechos Constitucionales" tomo III, tercera edición, año 2004, Pág. 213-231.

⁶⁶ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo,"Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile" En Revista de Derecho Público N° 63, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 2001.Pág. 179-199.

Por último, al analizar la opinión del profesor José Luis Cea Egaña la que alcanza la formulación más comprensiva de las doctrinas que hemos caracterizado como intuitivas y totales o jerarquizadas nos dice:

“Prácticamente y también en el plano de los principios, tiene que ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales, comenzando con el presupuesto de todos, o sea, la dignidad para proseguir con la vida e integridad personal... Planteamos aquí la tesis según la cual debe buscarse la conciliación entre esos derechos asumiendo, como regla general que la colisión entre ellos es sólo aparente y resoluble. Pero si en definitiva y después de aquel esfuerzo, no es posible conjugarlos por entero, entonces tiene que admitirse la idea de jerarquía o gradación, de primacía o preponderancia de unos sobre otros de esos derechos.

Así y consecuentemente, comiéndase por el derecho a la vida y a la integridad personal; continuando con la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo con la libertad de información y el derecho de reunión; para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se halla la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de bienes y el dominio ya adquirido o propiedad en sus diversas especies”.⁶⁷

Aquí, encontramos la tesis dogmática intuitiva y total en su máxima expresión que incluye la idea de jerarquía de derechos que según el profesor Cea se expresa en el texto positivo de la Constitución vigente: “En la enumeración del artículo 19 de la Carta Política no se hallan los derechos dispuestos al azar, sino que siguiendo un orden determinado, es decir la secuencia jerárquica ya enunciada. Y lo mismo cabe decir del orden con que aparecen asegurados en los Pactos Internacionales respectivos. En la Constitución de Chile esa secuencia consta en la historia fidedigna.”⁶⁸

⁶⁷ CEA, José Luis. "El sistema constitucional de Chile", síntesis crítica Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, año 1999, pág 171-175.

⁶⁸ CEA, José Luis. "El sistema constitucional de Chile" síntesis crítica Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile, año 1999, pág 171-175.

Lo del profesor Cea, también ha sido compartido por otros destacados profesores de derecho constitucional.⁶⁹

Importante es destacar que esta fue la doctrina que ocupó nuestra excelentísima Corte Suprema para argumentar el fallo del caso “Impunidad Diplomática” del año 1993 que veremos posteriormente en esta memoria.

3.3.2. Concepciones constitucionales de carácter razonado y parcial

Nuevamente siguiendo a Ruiz-Tagle, este grupo de doctrinas constitucionales supone un rechazo del método intuitivo y de la adopción de jerarquías injustificadas respecto de los derechos.

Dice Ruiz-Tagle: "Por ejemplo si admite algún grado de preeminencia entre derechos constitucionales, se exige que éstos se justifiquen desde un punto de vista histórico o político o se sometan por lo menos a las exigencias formales expuestas por Rawls, que requiere se construya una sociedad bien ordenada en la cual los derechos fundamentales están disponibles para todos los ciudadanos de igual forma y que deben ser lo más extensivos posible, ocupando la libertad y la igualdad un lugar preponderante. También supone que la inclusión de elementos morales, religiosos, políticos o económicos etc., en los cuales se fundamenta la argumentación jurídica deben mencionarse en forma expresa. Propone además siempre soluciones parciales y diferenciadas para los distintos casos y presta especial atención al tipo de procedimiento o sede en la cual se discute la cuestión constitucional, reemplazando la idea de jerarquía por las de balance, delimitación y ponderación de los derechos.

Simplificando estas nociones podemos decir en breve que ellas se definen del modo siguiente: el balance busca reconocer los costos y beneficios sociales que pueden reconocerse en los conflictos entre derechos fundamentales. Por su parte el reconocer respecto de alguno de estos derechos y otorgarle a alguno de ellos una posición preferida es también una técnica razonada y parcial.

⁶⁹ VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio Y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Derecho Constitucional”, Editorial Jurídica de Chile, 1997, tomo II, pág. 155.

Esta posición preferida será otorgada por ejemplo al derecho de propiedad o la libertad de expresión de acuerdo a la posición a la que se adhiera, pero siempre en el contexto de un caso y evitando toda generalización de carácter total o la construcción de una jerarquía. Por su parte la delimitación busca fijar los límites de los contornos externos de los derechos sin afectar el núcleo de los mismos o su esencia. Finalmente, la ponderación significa atribuir un peso a un elemento o a un conjunto con el fin de obtener una proporción media.

Por consiguiente, esta visión razonada y parcial no sólo acepta el balance, la delimitación, la posición preferida o la ponderación del derecho fundamental, sino que busca hacerse cargo también de los efectos que producen las decisiones constitucionales."⁷⁰

A su vez, el mismo profesor, agrega jurisprudencia en favor de esta tendencia, poniéndonos como ejemplo dos casos en este sentido, que si bien son de un periodo anterior al de nuestro trabajo, sirven para aclarar las ideas. El primer caso nos dice:

"Nuestra jurisprudencia ha aceptado esta visión en diferentes oportunidades, como por ejemplo en un caso de recurso de protección donde se discutía si la publicación de una gigantografía con un cheque que se suponía pagaba un tratamiento de liposucción y que contenía el nombre de la señorita B.U.C. constituía respecto de ella una agresión y un atentado a su honra y vida privada.

La Corte en este caso razonó acerca de las circunstancias del mismo y concluyó:

“SEXTO: Que de este modo, de autos no ha quedado demostrado que existiera la debida relación causal entre los actos que se reputan ilegales o arbitrarios y las empresas recurridas de quienes es evidente suponer que ignoraban si los datos que se señalaban en el facsímil del cheque correspondían a una persona física que existía en realidad, puesto que pagaron sobre la base de un trabajo sobre cheque ficticio y porque además, la inclusión del nombre de B.U.C. era irrelevante para el éxito de la campaña publicitaria.

⁷⁰ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo,"Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile" En Revista de Derecho Público N°63, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 2001.pág 179-199.

SEPTIMO: Que por último, los efectos de los actos reprochados han concluido en cuanto al daño que pueda afectar a la recurrente, ya que su nombre y el número de su cuenta corriente, fueron cambiados...ya que los recurridos dieron instrucciones para hacer de inmediato las correcciones de esa propaganda.”

En este ejemplo de jurisprudencia se puede ver lo que corresponde hacer en un caso relacionado con derechos fundamentales, donde la asignación de responsabilidades debe considerar las circunstancias de hecho, las relaciones causales entre las acciones y las consecuencias producidas y no puede resolverse con la simple adopción irreflexiva de una supuesta jerarquía. En fin, un fallo razonado que en forma parcial y considerada responde la cuestión constitucional sometida a su conocimiento.

En una línea de jurisprudencia que también es razonada y parcial y que se vincula con el anterior por la noción de vinculación directa de la Constitución puede citarse el caso de una inspectora del trabajo que demandó de perjuicios a Televisión Nacional de Chile porque fue implicada en un delito en un reportaje de televisión.

El fallo de primera instancia resolvió:

“DECIMO PRIMERO: Que en la especie existe una aparente colisión de derechos entre la libertad de informar, consagrada en el número 12 del artículo 19, y el derecho a la honra consagrado en el artículo 19 No. 4 de la Constitución Política de la República de Chile. Colisión de derechos que nuestro ordenamiento jurídico ha salvado de forma expresa mediante la reforma que la Ley 19.048 introdujo al artículo 22 de la Ley 16.643, estableciendo que no se considerarán como hechos relativos a la vida privada de una persona, entre otros, los siguientes: los referentes al desempeño de funciones públicas, situación de autos, y los consistentes en la ejecución de delitos de acción pública.” Esta resolución muestra que no basta con la consideración de una jerarquía para resolver un conflicto entre derechos

constitucionales, que es necesario también conocer la legislación y las opciones que se han tomado en ésta para resolver estos casos".⁷¹

3.4. Opinión del Tribunal Constitucional.

Por último, nuestro Tribunal Constitucional nos dice que en Chile:

*“La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella”.*⁷²

Esa anulación o privación de eficacia es precisamente el efecto que se produce con las concepciones que se basan en la intuición y/o que establecen órdenes rígidos o jerarquías que se suponen de aplicación total o absoluta para la resolución de todos los conflictos entre derechos.

Finalmente debemos decir que nuestra labor en esta memoria, consiste en expresar cada idea y doctrina, siendo el intérprete libre de preferir la que encuentre de mayor solidez o consistencia jurídica.

3.5. El Recurso de Protección en el conflicto de principios

Un tema no menor en nuestro trabajo es el que se refiere a esta acción constitucional. Importante es señalar que el respeto y protección de la Vida Privada y la Libertad de Información y Opinión es una novedad en nuestra Constitución tratada así de directamente.

Como sabemos, nuestra carta magna tiene una acción constitucional llamada "Recurso de Protección", que se encarga de tutelar los derechos y libertades que enumera el Artículo 19, y dentro de ellos los citados N° 4 de la vida privada y la honra, y el N° 12 de la libertad de opinión y de información, que dice:

⁷¹ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *Op.cit.*, pág 179-199.

⁷² Fallo del Tribunal Constitucional en Rol No.33 publicado el 3 de Octubre de 1985.ver anexo n°2

Artículo 20 Constitución Política de Chile:

"El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1, 2, 3 inciso cuarto, 4, 5, 6, 9 inciso final, 11, 12, 13, 15, 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19, 21, 22, 23, 24, y 25 podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

Para solucionar conflictos que se presentan a las Cortes tenemos esta Acción, la que es aplicada indistintamente a priori, sin ningún tipo de filtro, más que los básicos, requeridos por la ley y el Autoacordado de la Corte Suprema, como ver si lo que se está reclamando se solicitó por los medios y con los requisitos procesales, en tiempo y forma etc.; sin ver si afecta a una garantía constitucional del mismo Artículo 19, que vaya en favor de otra o en contra de ella aunque sea de la misma jerarquía.

En efecto, vemos que el gran problema que existe en esta materia es la falta de equilibrio que tiene nuestro sistema en este tema, por lo que el problema del derecho a la Vida Privada y el derecho a la Libertad de Expresión muchas veces se ven perjudicados uno en desmedro del otro por falta de una revisión anterior (como una revisión hecha por tribunales ordinarios de justicia) por parte de nuestras Cortes superiores. Es por ello, que no hay un análisis acucioso ni elaborado tan profundamente por los tribunales llamados a resolver las Acciones de Protección en estos casos.

Importante es decir, que dada las materias que se tocan (Derechos y Garantías fundamentales), las resoluciones que se dictan dan pie para que algunas veces no tengamos un análisis tan completo, por la inmediatez de la solución que se requiere.

Es por ello que esta falta de rigidez jurídica ha hecho que nuestros tribunales no tengan una forma o método de solucionar los conflictos entre el Derecho a la Vida Privada y la Libertad de Información uniforme, sólo se ven las responsabilidades civiles y penales a nivel Legal, pero a nivel constitucional, no aparece la formula que existe en otros países como es el "Balancing Test" ya comentado en el capítulo anterior.

CAPÍTULO CUARTO:

4. TENDENCIAS DE NUESTROS TRIBUNALES

En este último capítulo, nos abocaremos a analizar como ha sido la forma y tendencias que han tenido nuestros tribunales superiores de justicia al fallar los principios constitucionales que hemos tratado a lo largo de esta memoria, citando las sentencias que encontramos en su total extensión y reproducción en el anexo N° 1 de esta memoria.

Podemos ver que a través de nuestra exposición, se han exhibido distintas posturas doctrinales que a la hora de ser aplicadas por los tribunales son, más o menos acogidas.

Decimos más o menos, por que las sentencias que revisamos, no cumplen muchas veces en su totalidad con las ideas doctrinarias antes vistas.

En la recopilación de estos últimos cinco años, podremos observar como ha sido la tendencia referente al tema. Es más, con esto trataremos de ver la forma de sistematización que tienen los tribunales a la hora de fallar, con las sentencias que especialmente hemos seleccionado por encontrar más representativas y presentar los mayores problemas en estos temas.

Por otra parte, hay una disparidad de criterios en cuanto a la aplicación de las normas. Por ello, separaremos por temas cada sentencia, ya que esto que decimos, se da en ciertas materias.

La rigurosidad exigida no es en un ánimo de un alineamiento ideológico-jurídico de nuestra parte, sino, como veremos, demuestra que un día se puede fallar de una forma y el otro, de una manera distinta; entendiéndolo como la libertad e independencia que tienen todos los Tribunales de Justicia.

Importante es decir que en este capítulo, se hará referencia a distintas sentencias, las que serán nombradas por el nombre de las partes que intervienen y de las que se resumirá brevemente en que consiste la causa en cuestión, presentando por último, cuáles fueron los

argumentos más importantes que se tomaron en consideración por nuestros tribunales de Justicia.

4.1. Sentencias anteriores al periodo 2002-2007

Durante los años que se discutió la ley, hubo un conjunto de sentencias judiciales emitidas por los Tribunales de Justicia contrarias a las libertades de expresión, de opinión y de información, y por ende relacionadas con la privacidad y vida privada, que provocaron una fuerte discusión pública.

Solo nos referiremos a ellas sucintamente dada su trascendencia, ya que en estricto rigor, son anteriores al periodo de nuestra memoria, pero dada su importancia, consideramos necesaria su incorporación.

4.1.1. Impunidad Diplomática

Tomando los casos más importantes del período anterior al de nuestra memoria, tenemos el caso del periodista Francisco Martorell que escribió un libro titulado “Impunidad Diplomática”, que narra hechos relacionados a actividades del embajador de la República Argentina en Chile y de las causas de su salida en el cargo.

El libro trataba sobre conductas ilícitas e inmorales de personas ligadas al ámbito político, empresarial y del espectáculo. Uno de los personajes nombrados presenta una acción constitucional ante los tribunales de justicia que deciden prohibir la circulación del libro. La justicia chilena fundamenta la decisión en que el contenido del libro incide sobre la vida privada y afecta la honra del afectado, derechos que de acuerdo a la interpretación judicial chilena posee mayor jerarquía dentro de su ordenamiento jurídico.

Nuestra Corte Suprema dice en la sentencia en cuestión⁷³ en su parte considerativa :

⁷³ Recurso de Protección “Luksic Craig, Andrónico con Martorell Francisco/Editorial Planeta Chilena Sociedad Anónima”, rol 983-93, Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el día 15 de junio de 1993. Revista Fallos del Mes N° 415, págs. 351 y sgtes.

“7º) Que entre los derechos reconocidos por la Constitución en su artículo 19, como aquellos que emanan de la naturaleza humana, se encuentra el derecho a la intimidad (número 4), el cual involucra los derechos propios de la personalidad o del patrimonio moral de la persona: respeto y protección a la vida pública y privada por un lado, y a la honra de la persona y de su familia por otro. Al respecto es menester precisar que por vida privada se entiende aquella zona que el titular del derecho no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento; mientras que por vida pública se comprende aquella que llevan los hombres públicos y de la que conocen los terceros, aun sin su consentimiento, siempre que sean de real trascendencia, Por su parte, el término honra tiene dos acepciones: a) subjetivo es el aprecio que cada uno siente por sí mismo, y b) objetivo que es la reputación a buena fama que los terceros tienen de uno, amparando la Constitución este segundo aspecto, pues el primero queda en el fuero interno del sujeto, en cambio, el objetivo forma parte de la convivencia social y ésta es la que regula el derecho, toda vez que constituye la proyección de la dignidad del ser humano.

En contraposición, la Carta Fundamental asegura, asimismo, en su artículo 19 N° 12 la libertad de opinión e información; entendiéndose por opinión el juicio pronunciado sobre un asunto determinado, respecto del cual se tiene un conocimiento entre la ciencia y la ignorancia, mientras que por información, se concibe el caudal de diversos conocimientos que incluyen tanto la narración objetiva de los hechos como las imágenes, descripciones, signos, símbolos y comentarios subjetivos.

Esta libertad la consagra el constituyente sin censura previa, la cual en su sentido técnico y estricto consiste en el procedimiento impeditivo que forma parte de una política de Estado no democrático, practicada por agentes administrativos que operan como vigilantes, respecto de ideas -no sobre conductas- religiosas, políticas o morales, que se reputan peligrosas, impidiendo que lleguen al público por estimarse contrarias a los intereses de los gobernantes, o para el control que éstos ejercen sobre la sociedad.

Así las cosas, la censura previa en los términos expuestos es inaceptable y contraria al régimen democrático, lo que no significa que en determinados casos o circunstancias,

ciertamente excepcionales y amparando el bien común -al que se refiere el artículo 1º de la Constitución- ésta sea permitida, como ocurre por ejemplo en el propio artículo 19 N° 12 inciso final al referirse al sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica, como tampoco tiene que ver con la intervención judicial que emana de la acción cautelar prevista en la Constitución y que tiene por objeto asegurar la debida protección del afectado en sus legítimos derechos privados, perturbados o amenazados por una conducta arbitraria o ilegal, o ambas, máxime si por el término protección, a que se refiere el inciso primero del número 4 del artículo 19 de la Constitución Política, deben entenderse las medidas de cuidado que son encargadas al legislador y que pueden ser impuestas, de ser necesario, por la fuerza.

Ahora bien, es preciso destacar que los derechos referidos no son absolutos, éstos llevan implícito un deber, correspondiendo al ser humano usarlos para su propio desarrollo personal y para el progreso social, pero en caso alguno para atropellar los derechos y libertades de otras personas, lo que importa que el titular de cada derecho deba ejercer el suyo de una manera legítima, aceptando que su vigencia está limitada por la de otro u otros derechos. Es así como es posible que hechos de la vida privada de un hombre público sean difundidos por los medios de comunicación social, pero sólo aquellos que puedan incidir en su vida pública, ya que la sociedad tiene derecho a conocerlos cuando puedan afectar el desempeño de su cargo, lo que no es compatible con que bajo ese pretexto, especialmente a través de los medios de comunicación, se pueda llegar a injuriar, calumniar o difamar, conductas estas que no pueden ser amparadas por el derecho, por apartarse inequívocamente de lo legítimo, lícito y normal, limitaciones que el propio constituyente tomó en consideración al momento de discutirse en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución los derechos aquí analizados en sus sesiones números 129 y 227 a 231 entre otras, en términos tales de dejar absolutamente claro que la vida privada constituía un límite al derecho de la información, dado el perjuicio ilegítimo que podía producirse a la honra y a la intimidad de la persona y de su familia, sin que ella significara perjudicar el derecho de información en su esencia, ni tampoco imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio en los términos que previene el ya mencionado artículo en su número 26.

8º) Que en la especie, el libro Impunidad Diplomática se refiere en su mayor parte a

hechos que caen en el ámbito de la vida privada e íntima de las personas, y por ende no es lícito a su autor divulgarlos a terceros, por encontrarse el ejercicio de su libertad de expresión restringida por un derecho de mayor jerarquía, como es el consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental; que a mayor abundamiento, no puede hablarse en este caso de una libertad de informar y a ser informado, toda vez que lo íntimo no es susceptible de ser expuesto a la sociedad sin el consentimiento del afectado; hacerlo así, además de ser ilícito, constituye un simple afán de morbosidad contrario al bien común. ya que ésta lesiona en su esencia la dignidad e integridad síquica de la persona, valores ambos asegurados por nuestra Constitución (artículo 19 N°s. 1 y 26), conducta que por consiguiente no puede ser amparada ni protegida por la Ley Fundamental.

Nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y en seguida, en el número 4 la honra, en circunstancia que la libertad de información está contemplada en el número 12.

En términos generales la doctrina coincide que en la especie hay un ilícito grave, con matices que van desde decir que existe un abuso de un derecho contemplado en la Constitución, hasta la atribución de un derecho que en realidad no existe.

Por otra parte, es necesario aclarar que, contrariamente a lo afirmado por el recurrido en cuanto a que el libro no constituye un medio de comunicación social, por no estar contemplado dentro del artículo 19 N° 12, en primer lugar ello no es efectivo porque dicha enumeración no es taxativa sino que a modo de ejemplo (sic), lo que corrobora el artículo 16 de la Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad que mencionan entre los medios de comunicación social los impresos, es decir, los libros. En el artículo 43 de dicha ley, al hablar sobre la prescripción se indica expresamente que los delitos cometidos a través de un libro prescriben en un año.

9º) Que lo concluido en los considerandos anteriores es plenamente coherente con lo

dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, siendo suficiente para esta magistratura citar al efecto los artículos 17 y 19 números 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales al tratar estos derechos confieren manifiestamente mayor jerarquía a la privacidad y a la honra que a la libertad de expresión e información. Desde luego permiten la restricción previa, siempre que esté expresamente fijada en la ley y sea necesaria para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y también a la moral pública, lo que es plenamente aplicable al caso de autos.

Todavía más, el artículo 4° de este Pacto permite en circunstancias excepcionales, que el mismo contempla, suspender o restringir el derecho a la libertad de expresión e información, pero no ocurre lo mismo con la privacidad y la honra, las que deben ser respetadas en toda situación.

También cabe mencionar los artículos 11 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que aun cuando contemplan el derecho a la libertad de expresión en forma amplísima, pues no permiten ninguna forma de censura previa, ésta debe interpretarse en los términos señalados en el considerando 7°, teniendo presente que en la especie no se trata de medidas restrictivas dispuestas por el Poder Ejecutivo, que podrían calificarse de políticas, sino de medidas judiciales contempladas en la ley y que corresponden a rol tutelar que es inherente a los Tribunales de Justicia.

En consecuencia, no sólo la Constitución Política asigna indiscutiblemente mayor valor a la honra, sino que un instrumento internacional de carácter universal como es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos coincide con ella”.

En estos considerandos la Corte Suprema nos deja en claro cuales fueron sus argumentos para votar así, dando una supremacía al principio de la Vida Privada por sobre la Libertad de Informar, garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales.

4.1.2. El Libro Negro de la Justicia Chilena

Un caso muy parecido fue el que ocurrió con la publicación de “El Libro Negro de la Justicia Chilena”⁷⁴ escrito la periodista Alejandra Matus, en abril de 1999. Cuando el ex Presidente de la Corte Suprema, Servando Jordán, ordenó la detención de la periodista, por el contenido presuntamente difamatorio de su obra, El libro negro de la justicia chilena. El día de la publicación del libro, ordenó la incautación de todas las copias de conformidad con el artículo 16 de la entonces vigente Ley de Seguridad del Estado, que sancionaba la difamación, injuria y calumnia dirigida a altas autoridades del Estado, que permitía a los jueces ordenar la confiscación de todos los ejemplares de una publicación “en casos graves”.

Meses después, en junio de 1999, dos altos ejecutivos de la editorial involucrada fueron detenidos durante una noche y acusados de desacato a la autoridad, de acuerdo con la disposición legal que establece una cadena de responsabilidad que se extiende a los editores y, eventualmente, a los impresores de un documento “ofensivo”. En lo que respecta a Alejandra Matus, tuvo que abandonar el país por más de dos años para no ser privada de su libertad.

La censura de este libro produjo gran interés en la opinión pública y en la clase política que no había ocurrido en los casos anteriores. Este caso fue el detonante para la reforma de la Ley de Seguridad del Estado en varios aspectos, incluyendo la derogación de dos artículos de ella que habían sido históricamente empleados por los tribunales para censurar publicaciones. A raíz de esta reforma la censura de “El Libro Negro de la Justicia Chilena” fue levantada⁷⁵.

Sin embargo, y a pesar de haber sido solicitada inmediatamente después de la reforma de la Ley de Seguridad interior del Estado, esta decisión tomó varios meses, para lo cual el tribunal se fundó en que se encontraba determinando acaso existirían otros delitos cometidos

⁷⁴ La señora Alejandra Matus Acuña fue citada por el juez instructor a declarar como inculpada en la causa el 6 de mayo de 1999 (el requerimiento fue presentado el 13 de abril de 1999), y al constatarse que se encontraba fuera del país, se ordenó su citación por aviso publicado en el diario El Mercurio, bajo apercibimiento de rebeldía si no comparecía en el plazo indicado por la ley (48 horas). El 8 de mayo fue publicado el aviso y el 14 del mismo mes se declaró judicialmente la rebeldía de Alejandra Matus, por no haber concurrido a declarar ante el juez instructor.

.www.cidh.org/annualrep/2000sp/capituloiii/admisible/chile12.142.htm.

⁷⁵ Los artículos 16 y 30 de la Ley de Seguridad del Estado, fueron derogados en 2001 y 2002, respectivamente.

además por el cual originalmente la autora había sido perseguida. Esto demostró que el tribunal no consideraba que su facultad de prohibir libros hubiera desaparecido junto con la reforma de la Ley de Seguridad interior del Estado.

4.1.3. La Última Tentación de Cristo

El tercer caso fue motivado por la recalificación que el Consejo Calificador Cinematográfico hizo de la película "La Última Tentación de Cristo"⁷⁶ que autorizó su exhibición para mayores de 18 años, luego de que dicho organismo en el año 1988 la prohibiera. Un conjunto de abogados deducen una acción constitucional recurriendo lo resuelto por el Consejo, argumentando una lesión a su honor como seguidores de Jesucristo dado el carácter distorsionador que la película tenía. Los Tribunales Superiores de Justicia acogieron el año 1997, la tesis de los recurrentes.

Estos tres casos fueron recurridos a los órganos interamericanos que conforman el Sistema de Promoción y Protección de los derechos humanos de nuestro continente. El caso Martorell ya fue informado por la Comisión, en el caso Matus, se declaró su admisibilidad y la continuación con el análisis del fondo del caso, y en el caso la Última Tentación de Cristo, el Estado chileno obtuvo una sentencia desfavorable por la Corte Interamericana de Justicia".⁷⁷

"Estos casos que deberían haber provocado una fuerte reacción en el sistema político, que se mostró crítico de las resoluciones judiciales produjo un efecto contrario, al demorarse aún más la aprobación del cuerpo legal.

La nueva ley tiene un mejor título que sus antecedentes, "sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo", en contraste con las antiguas leyes reguladoras de la prensa, siempre enfatizando los límites y sanciones en su ejercicio al denominarse "leyes sobre abusos a la libertad de imprenta" o bien "de abusos de publicidad" esta última derogada con la nueva ley.

⁷⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile de 20 de enero de 1997 y su confirmación por la Corte Suprema de Chile de 17 de junio del mismo año.

⁷⁷ Anguita R. Pedro. Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981-2004): un intento de sistematización.

Esta eliminó del sistema jurídico penal disposiciones que en los últimos años venían siendo denunciadas como atentatorias en contra de la libertad de prensa.

4.2. Daños a la vida privada provocados por medios de comunicación v/s libertad de expresión

En este punto veremos como ha sido la tendencia y resolución de nuestros tribunales cuando existen casos de daños a la vida privada y libertad de expresión por publicidad, y con publicidad, o sea, cuando están en conflicto el Artículos 19 en sus numerales 4 y 12, en causas donde están involucrado temas relacionados con el teatro, televisión, Internet, etc.

Tenemos que tener presente la incorporación de nueva legislación desarrollada para estos temas.

A partir de la década pasada y principios de esta, surgen nuevas leyes que intentan entregar una visión moderna y específica como la Ley 18.838 de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, la Ley N° 19.628 Ley sobre Protección de la Vida Privada de 1999 y la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, vistas en capítulos anteriores.

Con ellas, se le dan a estos temas una dinámica y especialidad muy importante, pues son la forma en que se desarrollarán estos principios a nivel legal, todo esto bajo la supremacía constitucional ya tratada a lo largo de esta tesis.

Se agregan nuevas aristas al mundo del derecho, que van incorporando a su vez interpretaciones, conflictos, ideas, etc.

4.2.1 En Internet

Una primera aproximación a este tema lo tenemos con la causa "**Ustovic Kaflik, Izet y otra con Sáez Infante, Eugenio y Otros**"⁷⁸, donde la protección a la vida privada estaba íntimamente ligada también a la propiedad privada; esto es así por que, incluía a su vez a la imagen propia dentro de este concepto.

Esta causa trataba del acoso sufrido por una joven universitaria por parte de un estudiante de esa misma universidad.

Se señala que la recurrente por varios meses sufrió este problema, por quien aparentemente tenía intenciones sentimentales hacia ella, quien nunca le correspondió.

Las intenciones hacia ella iban desde cartas, flores, llamadas telefónicas, molestias en los pasillos de la universidad, mensajes en su celular, seguimientos a su domicilio y amenazas de todo orden.

Además, en el recurso se planteaba que esta situación además de causarle las evidentes molestias, ha producido un gran ambiente de tensión, no solo hacia ella sino que también a su familia.

En medio de todo esto y en una fecha de la que no es posible saber con certeza, el recurrido, obtuvo una fotografía de la recurrente, registrada dentro del archivo computacional de la facultad a la que pertenece la joven estudiante.

Posterior a ello se procedió a enviar esta fotografía a la página web llamada "xuxetumadre.cl", anexando un amplio texto con descalificaciones, expresiones ofensivas,

Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco con fecha 06 de diciembre 2001, confirmada por la Corte Suprema, rol 127-02 el 30 de enero de 2002, ver anexo N°1.

groseras, injuriosas, atacando la integridad física y psíquica de la recurrente, aspectos de su personalidad, principios de vida y honra, etc.

Por otro lado en el diario de circulación universitaria en la comuna, La Aldea, edición N° 28 de abril de 2001, se invita a su página 5 a visitar la página web aludida, de modo que con ello se agrava la posibilidad que mucha gente de Temuco la visite, difundiendo a cada vez mayor número de personas en detrimento de la honra de la recurrente.

El recurrido, niega terminantemente que haya acosado a la recurrente constantemente y menos en forma inadecuada, niega además que haya hecho pinturas o rayados en casetas, y haya utilizado el uso de apodos o nickname que sean similares o idénticos al nombre o apellidos de los recurrentes; niega que haya obtenido desde el sistema informático de la universidad, mediante diskette o similares la fotografía de la Srta. Ustovic; niega que el haya sido quien envió la fotografía y mensaje anexo de la Srta. Ustovic a la página web en cuestión, sostiene que no tiene relación alguna con el diario La Aldea; señala por último que la probanza rendida por la recurrente carece de valor probatorio, siendo vaga e imprecisa.

La Corte de Apelaciones de Temuco (confirmado por la Corte Suprema) nos dice:

"CUARTO. Que no puede caber duda alguna que con aquella difusión de la imagen de la recurrente y el mensaje anexo, se ha atentado contra la integridad psíquica de la recurrente; al respeto y protección a su vida privada y pública, y a su honra y de su familia; además, al derecho de propiedad, toda vez que su imagen forma parte de su personalidad y que le es propia, no siendo dable difundir una imagen sin el consentimiento o al menos conocimiento de la persona de que se trate.

QUINTO. Que la señalada conducta de haber difundido la imagen y mensaje anexo, como lo sostiene la recurrente, es arbitrario e ilegal. Es ilegal porque se ha quebrantado con ello normas legales que resguardan la honra, fama e integridad de las personas, y la privacidad de la vida familiar y pública de toda persona. Como si ello fuere poco, resulta que la conducta de difusión ya anotada es además arbitraria, supuesto que obedece al solo arbitrio o capricho

de quien ha posibilitado dicha difusión, sin que hubiere contado con la autorización de los recurrentes y ni siquiera el conocimiento previo de éstos para aquella conducta....."

SÉPTIMO. Que con todo, esta Corte estima que en el caso propuesto no hay impedimento alguno para acoger el presente recurso de protección y adoptar las medidas tendientes al restablecimiento del imperio del derecho, aun cuando no se haya determinado la persona que haya hecho el envío de la imagen de la recurrente y mensaje anexo, máxime si el propio artículo 20 de la Constitución implícitamente así lo permite, toda vez que sólo en su inciso segundo y relativo a la garantía constitucional del artículo 19 N° 8, caso el cual no es la situación propuesta en el presente recurso, exige que tratándose de personas naturales los actos arbitrarios o ilegales sean cometidos por "personas determinadas".

La Corte de Apelaciones acogió el recurso de protección deducido por doña Katia Ustovic Farmer y don Izet Ustovic Kaflik, sólo en cuanto deberá don Christian Uvilla S. o don Raúl Ubilla Peñaloza, y NIC Chile, a través de su administradora el Departamento de Ciencias de la Computación de la Universidad de Chile, proceder a eliminar de la página web "xuxetumadre", la difusión de la imagen y mensaje anexo de Katia Ustovic Farmer, pero no lo hizo en contra del principal recurrido Sáez Infante, lo que si fue corregido posteriormente por la Excelentísima Corte Suprema:

" 1°) Que del documento acompañado a esta instancia, a fs. 117, se comprueba que el recurrido Eugenio Sáez Infante reconoció ser el autor de las múltiples groserías y actitudes ofensivas hacia los recurrentes, especialmente dirigidas en contra de doña Katia Semsá Ustovic Farmer, enviando a la página web de internet denominada "xuxetumadre.cl" una fotografía de ésta acompañada de un sinnúmero de expresiones soeces".

Ingresar a una página web de internet imágenes de una persona, sin la autorización de ella, y agravado por expresiones injuriosas y vulgares, es una conducta ilegal y arbitraria que vulnera el derecho a la honra que a los recurrentes les reconoce y asegura el Artículo 19 N° 4 de la Constitución (Corte Suprema).

Siguiendo esta línea, en la causa **"Valdivieso Fuentealba, María del Rosario con Televisión Nacional de Chile"**⁷⁹, en donde la línea de fundamentación es muy similar.

Esta causa nos dice que se recurre de protección en razón de que en la pagina web de este canal de televisión se encuentra un "link" o vínculo, que permite acceder a las promoción de los distintos programas que difunden. Uno de ellos corresponde al programa "Enlaces" el que a su vez tiene distintos lazos para las varias secciones del mismo.

Señala la recurrente que en una de las secciones llamadas "¿cuál es tu veneno?" contenía varias fotografías, una de ellas le pertenece. De esta manera su rostro quedaba directamente asociado al contenido del reportaje, cual era el del consumo de una droga llamada "Éxtasis" con lo que queda ella expuesta ante todo el mundo como una drogadicta, que no lo es, y como una niña símbolo del consumo de esa droga en Chile, no obstante no haber autorizado nunca que se colocara su fotografía en tal reportaje.

Estima que tal acción de Televisión Nacional de Chile constituye una vulneración de las garantías constitucionales del artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, esto es el respeto y la protección de la vida privada y pública de las personas y a la honra de las personas.

La recurrida, Televisión Nacional de Chile, señala en primer término que el acto arbitrario e ilegal que a ella se le imputa, no es de su responsabilidad, puesto que cada capítulo del programa "Enlaces" es íntegramente producido por una empresa externa que no depende de esa estación televisiva, la que también entrega el material relativo a esos capítulos que posteriormente son exhibidos en la página Web del canal nacional.

Se agrega que la circunstancia de la toma como la entrega de la fotografía en cuestión que se presenta en la mencionada página está a cargo se una empresa externa. Pone de manifiesto que no hubo de parte de Televisión Nacional de Chile participación alguna en los hechos que sirven de fundamento al recurso.

⁷⁹ Sentencia confirmada por la Corte Suprema, rol 665-03 el 29 de febrero de 2003, ver anexo N°1.

También se señala que en cuanto tuvo conocimiento de la interposición del recurso, procedió a eliminar de su página Web cada una de las fotografías en al que supuestamente aparece la imagen de la recurrente.

Finaliza exponiendo que dado a que lo que la recurrente solicita es que de inmediato dejen de exhibirse las fotografías suyas en la página Web, y que tal acto ya lo ha realizado, no hay medida que adoptar en el presente recurso, por lo que este debe ser rechazado.

La sentencia en su parte considerativa nos dice:

4°. Que, no es posible aceptar la explicación que entrega la recurrida Televisión Nacional de Chile en orden a que como el programa y la promoción del mismo está entregado a una empresa externa, ellos no han cometido ninguna de las acciones que se le imputan por la recurrente. Ello por cuanto no es aceptable desligarse de la responsabilidad que le cabe a un canal de televisión abierta en el contenido y promoción de los programas que transmite o que dice transmitirá. Entre otras cosas ello es así por cuanto todos los canales de televisión están sujetos a un marco regulatorio legal, y si bien en Chile hay libertad de expresión, no por ello está permitido exhibir cualquier contenido y en cualquier horario.

Tales normas regulatorias se aplican tanto para las producciones propias de los canales como aquellas encargadas a empresas externas, puesto que en definitiva es el canal de televisión quien las transmite, y es él el responsable de los contenidos de los mismos.

Además cabe señalar que tal promoción se difundía por al página Web de Televisión Nacional de Chile y no por la de la empresa que dice produce el programa.

5°. Que también el recurrido ha señalado que en cuanto se enteró de lo expuesto en el recurso, inmediatamente retiró la foto cuestionada de la promoción que se hacía del programa " Enlaces" que aparecía en la página Web del canal.

Tal circunstancia aparece demostrada con el certificado de fs.82 extendido por un notario público suplente, y que hace referencia a la página cuestionada del día 18 de diciembre de 2002, en la que certifica que la imagen ya fue retirada.

6°. Que la gravedad que encierra el hecho de que un medio de comunicación social utilice en la promoción de su programación imágenes de una joven captadas sin su consentimiento y las asocie al consumo de una droga que con fuerza penetra en la juventud, no puede ser soslayado por la estación televisiva recurrida afirmando, simplemente, que ya se instruyó la eliminación de tales imágenes de la página Web y que por lo tanto no existe medida alguna de protección que se pueda disponer.

En esta causa del año 2003, la doctrina opinó que la exhibición de una fotografía de la recurrente en la página Web de televisión Nacional de Chile referente a un reportaje que se difundirá sobre consumo de drogas, sin que exista consentimiento alguno e su parte para que sea difundida, constituye un acto ilegal y arbitrario.

Un acto como el referido asume tal carácter de irracionalidad desde que al utilizar sin el consentimiento de la afectada su imagen, vinculándola al consumo de droga, como la llamada "éxtasis" compromete gravemente el respeto y protección a su vida privada, su reputación y su derecho a la propia imagen, circunstancia que no podía menos que ser previstas por la empresa recurrida.

No es jurídicamente aceptable la alegación del canal recurrido en cuanto a que el programa y promoción del mismo ha sido entregado a una empresa externa, por cuanto es dicho Canal quien lo transmite y él es responsable de sus contenidos, tanto más que es en su propia página Web que se ha difundido tal promoción.

La libertad de expresión de que se goza en Chile, no permite a un Canal de Televisión exhibir cualquier contenido y en cualquier horario ya que en tal actividad esta sujeto tanto a la Constitución, que reconoce y asegura derechos esenciales de las personas inherentes a su naturaleza humana, como al ordenamiento legal que regula dicha actividad.

El recurso solicitaba que se retirara la imagen de la recurrente y que se adoptaran las medidas para hacer cesar la difusión de la imagen, esta se llevó a cabo, por lo que no había medidas urgentes que tomar por lo que se procede a rechazar el recurso; pero aún así, la protección a este principio se da en esta causa de manera permanente.

4.2.2. En el teatro

Aquí podríamos decir que comienza a manifestarse ya el conflicto de derechos, pero esto comienza a tener un cambio o giro a partir de sentencias del 2004 en adelante, en forma más constante y explícita.

Los tribunales comienzan a darle una mayor valoración al principio de la Libertad de Información y Opinión.

Si bien este principio era reconocido individualmente cada vez que era solicitado, el problema se presentaba cuando se topaba con la privacidad y la vida privada.

Como dijimos, la tendencia de los tribunales comenzó a cambiar lentamente y vemos en sentencias como la que trataremos a continuación, la forma en que se manifiesta lo dicho.

En la causa "**Undurraga Abott, Claudio y otros con Infante, Manuela, Universidad de Chile y otros**"⁸⁰, que trataba de una obra teatral donde se alegaba que aquella, denostaba el buen nombre y el honor del héroe de la patria, Arturo Prat Chacón.

El día 16 de octubre del 2002, se publicó en el Diario el Mercurio la información de que en la Sala Sergio Aguirre, propiedad del Departamento de Artes de la Representación de la Universidad de Chile y a partir desde el día 17 de octubre de 2002, se exhibe la obra Prat, de autoría de doña Manuela Infante, bajo la dirección de doña María José Parga y con el patrocinio

⁸⁰ Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Confirmada por la Corte Suprema, Rol 1961-2003, el 16 de Julio de 2003, ver anexo nº1.

de la Universidad indicada, a través del también indicado Departamento dirigido por don José Pineda Devia.

En ella aparece un joven llamado Prat al mando de un barco, que estaría caracterizado como un hijo sobreprotegido por su madre, que acaricia y se deja acariciar por otro hombre ebrio. A su vez, se presenta en la pieza a un adolescente ficticio, en trance de muerte, lleno de dudas y mostrando conflictos existenciales, y que para analizar su situación, se llena de incoherencias sin referirse al personaje histórico.

A esto, ciudadanos y familiares directos del héroe, interpusieron un recurso de protección destinado a impedir la presentación de esta, por considerar la obra ofensiva contra Prat.

Además de lo anterior, debe agregarse la incoherencia de la trama, lo ininteligible de los parlamentos y lo ramplón del tratamiento del tema en general, convierten a la pieza teatral en algo intrascendente y de escasa proyección en el plano de difusión, siendo inexplicable su financiamiento con fondos públicos⁸¹.

Los recurridos alegan que en la obra teatral de que se trata, si bien es cierto toma el apellido de una persona constituida en héroe nacional, el protagonista que en ella figura resulta en definitiva tan desfigurado, ubicado en un contexto tan ajeno al de la epopeya naval, y rodeado de personajes tan diferentes de los reales compañeros de su gesta, que no es posible identificarlo a él con personas determinadas, ni tan siquiera aquella con quien los recurrentes relacionan, y menos confundir los acontecimientos allí narrados con los actos heroicos que realizara el Capitán Prat.

Que corresponde, en consecuencia, considerar la obra en cuestión como una ficción atemporal o un desvarío lúdico, y tal como está presentada, no puede llegar a afectar el honor del

⁸¹ El tema incluso llegó a parlamentarios de bancadas de Gobierno y de Oposición que solicitaron a la Ministra de Educación suspender el estreno de la obra por ofender el sentimiento patrio y el nombre de un héroe tan importante en nuestra historia.

héroe nacional ni de los familiares de Arturo Prat Chacón, y por ende la garantía constitucional del número 4 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Agregan los recurridos que han ejercido el derecho constitucional de libertad de expresión de sus opiniones y de crear y difundir el arte, que a su vez tiene como contrapunto el derecho del público al conocimiento.

Asociado a la polémica generada en torno a esta obra, que había contado con un financiamiento estatal de dos millones de pesos, renunció la coordinadora del Fondo de la Artes y la Cultura (FONDART), dependiente del Ministerio de Educación, Nivia Palma.

Esto nos demuestran también como los tribunales han acogido los puntos de vista de la Libertad de Expresión y de Opinión con fundamentos del siguiente índole:

"9º) Que, sin embargo y como se manifestó precedentemente en el motivo segundo de la presente resolución, resulta indispensable para que proceda esta acción cautelar, que exista un acto o una omisión, que tenga el carácter de arbitrario o ilegales, y que menoscaben, priven o afecten a un derecho constitucionalmente consagrado e igualmente protegido;

10º) Que aparece de los antecedentes y en especial del texto que rola en autos a fojas 138, el cual no ha sido tachado de incompleto, que en la obra teatral de que se trata, si bien es cierto toma el apellido de una persona constituida en héroe nacional, el protagonista que en ella figura resulta en definitiva tan desfigurado, ubicado en un contexto tan ajeno al de la epopeya naval, y rodeado de personajes tan diferentes de los reales compañeros de su gesta, que no es posible identificarlo a él con personas determinadas, ni tan siquiera aquella con quien los recurrentes relacionan, y menos confundir los acontecimientos allí narrados con los actos heroicos que realizara el Capitán Prat;

11º) Que a lo anterior debe agregarse que la incoherencia de la trama, lo ininteligible de los parlamentos y lo ramplón del tratamiento del tema en general, convierten a la pieza teatral en algo intrascendente y de escasa proyección en el plano de difusión, siendo inexplicable su financiamiento con fondos públicos;

12º) Que corresponde, en consecuencia, considerar la obra en cuestión como una ficción atemporal o un desvarío lúdico, y tal como está presentada, no puede llegar a afectar el honor del héroe nacional ni de los familiares de Arturo Prat Chacón, y por ende la garantía constitucional del número 4 del artículo 19 de la Carta Fundamental;...."

La Doctrina en esta causa opinó que el derecho al honor es un atributo de la personalidad de la mayor importancia y de carácter especialísimo, por lo que debe gozar de preeminencia sobre otros derechos.

Si bien la obra teatral que se impugna como acto ilegal y arbitrario toma el apellido de una persona constituida en héroe nacional, su protagonista aparece tan desfigurado, en un contexto tan ajeno a la epopeya naval y rodeado de personajes tan diferentes de los reales compañeros de la gesta heroica, que no es posible identificarlo con personas determinadas como los recurrentes señalan y menos confundir los hechos allí narrados con los actos que realizara el Capitán Prat.

Considerada la obra en cuestión como una obra a temporal o un desvarío lúdico dada su intrascendencia en cuanto a pieza teatral, lo que hace inexplicable su financiamiento con fondos públicos, no alcanza a afectar el honor del héroe nacional ni de sus familiares y, por ende, tampoco la garantía constitucional que se dice consultada.

Los argumentos que se recogen en estas causas van por el camino correcto del derecho moderno, ya que no fue acogido el recurso y se hace necesario una consolidación interna en nuestra jurisprudencia.

4.2.3. En la televisión

En una de las sentencias en comento, cuyas partes son "**Andrés Manuel Torres Hevia contra Televisión Nacional de Chile**"⁸², observamos como influye la presentación de historias personales por medio de la televisión.

En esta sentencia, la protección a este principio llega a ser de censura previa, siendo una suerte de censura judicial, tema que fue subsanado por el tribunal y que pasaremos a explicar.

El caso comienza con la sinopsis emitida por Televisión Nacional De Chile sobre uno de los capítulos de su programa Enigma. El programa titulado "Fiesta Mortal", que trataría del asesinato del abogado Patricio Torres en extrañas circunstancias, (que incluía información recogida de la investigación judicial), fue asesinado durante una fiesta que se llevaba a cabo en su oficina en compañía de prostitutas donde además, una vez consumada su muerte, se trató de eliminar toda huella incendiando su oficina lugar del crimen.

En el capítulo en cuestión, las hermanas Imil Toledo, aparecen inculpadas por los delitos. La causa penal por los hechos delictivos dictó sentencia condenatoria en contra de una de las acusadas, la que apeló dicha resolución. La otra hermana se encontraba prófuga con orden de detención pendiente al momento de la presentación del recurso.

Los recurrentes expresan que el canal no tenía el permiso de la familia para transmitir por televisión la vida de su padre y cónyuge fallecido, lo cual constituye un acto ilegal y arbitrario que amenaza el derecho reconocido en el N° 4 del Art. 19 de la Carta Fundamental, por causar a su juicio un inmenso daño y descrédito, razón por la cual solicita al tribunal que ordene la prohibición de difundir el programa al canal de televisión.

Como vimos, familiares del abogado (su esposa e hijas), interpusieron un recurso de protección antes de la difusión del capítulo por televisión, con el objeto de impedir que éste fuera puesto al aire. En este caso la parte recurrente alega la vulneración del derecho a la honra.

⁸² Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 30 de septiembre de 2003. Confirmada por la Corte Suprema. Rol 4743-03, del 27 de Octubre 2003, ver anexo n°1

El recurso, contemplaba una orden de no innovar en la que se realizaba tal petición.

La acción de protección fue presentada un día antes de la emisión del programa y, en ese mismo momento, la Corte ordenó a Televisión Nacional, la prohibición de emitir el anunciado capítulo.

La Corte de Apelaciones de Santiago prohibió provisoriamente, como toda cautelar, la emisión del programa, (23 de julio de 2003).

La recurrida (TVN), agrega que los hechos que se difundirían en el programa eran de público conocimiento, y que no existe una norma que exija una autorización por parte de la familia previa como requisito para su emisión. La acción por tanto deducida constituiría una especie de censura previa no autorizada por la ley, lo que afectaría la garantía constitucional del N° 12 del Art. 19 de la Carta Fundamental. La productora de televisión Nuevo Espacio (también recurrida), creadora del programa Enigma, rechaza la imputación de ilegalidad o arbitrariedad, requisito que tiene que tener todo recurso de protección, afirmando que en caso de acogerse el recurso de protección se estaría frente a una censura previa prohibida tanto por la Constitución como por los tratados internacionales que Chile ha suscrito como la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto, la determinación de los límites de la libertad de expresión y de los derechos cuya vulneración alegaba la parte recurrente, es una de las materias que más controversia suscita a nivel legislativo y judicial.

La corte acogió la orden de no innovar, prohibiendo la emisión del programa. Sostiene, que las partes han expuesto que la existencia de una colisión de derechos, por un lado el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, y por el otro la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa. Frente a esta colisión, cada una de las partes han sostenido que tienen mayor jerarquía o preeminencia y debe, en consecuencia predominar su postura sobre el otro.

La Corte, estima que para una adecuada resolución del caso, debe tener en cuenta cuales son los límites y el contenido de cada uno de los derechos en presunta pugna, para posteriormente aplicar en cada caso la solución. Por esto que debe tener presente, el derecho al honor (Art. 19 N° 4); el derecho a emitir opinión (Art. 19 N° 12); el derecho a informar y a ser informado (Art. 19 N° 12); el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas (Art. 19 N° 25) y el derecho a la intimidad, reserva o secreto (Art. 19 N° 4) todos estos recogidos en nuestra Carta Magna.

El tribunal, no considera la libertad de expresión y la libertad de difusión, por estimarla una expresión genérica y muy amplia, que incluye distintos derechos específicos, como el emitir opinión, a informar y a la creación intelectual y artística, pero que también puede aplicarse en su opinión a la inviolabilidad de la correspondencia, a la manifestación de todas las creencias religiosas y al ejercicio libre de todos los cultos, a la libertad de enseñanza, e incluso, a los derechos de reunión y de petición.

La Corte de Apelaciones fundamenta su postura manifestando:

" 4°. Que el derecho al honor está en íntima relación con el concepto de verdad. Tanto es así que el art. 19 N° 4 de nuestra Carta Fundamental distingue en su inciso 2° si el hecho o el acto que produjo el descrédito o deshonra del afectado era verdadero o falso, admitiendo la excepción de verdad por parte de presunto violador, si este fuere un medio de comunicación social. Una persona puede tener a honor algún rasgo de su personalidad que desee conservar o resaltar porque lo estima valioso, de manera que si se desvirtúa ese rasgo con falsedades, puede sentir afectado ese honor. En cambio, si se dice de alguna persona la verdad de lo que realmente es, no es posible que ella sienta afectado su honor, sin perjuicio que la ley pueda entregarle acciones penales en caso de injuria.

5°. Que los derechos a emitir opinión y a informar, especialmente el segundo, contenidos ambos en el art. 19 N° 12 de la Constitución, también están en íntima relación con el concepto de verdad. En efecto, se informan los hechos realmente ocurridos, los dichos reales de una persona, para que quien no los presenció o escuchó tenga conocimiento de los mismos, quede informado. No se informan falsedades o mentiras: decirlas es precisamente desinformar.

Las creaciones del espíritu, en cambio, no están ligadas al concepto de verdad. En ellas, la imaginación y la irrealidad son admitidas libremente. Por estas razones, tales creaciones del espíritu no se informan: simplemente se difunden, en el entendido que no tienen por qué reflejar realidad alguna. Y por esta misma razón, tales creaciones no se encuentran amparadas por el art. 19 N° 12 de la Constitución ,sino por el art. 19 N° 25, aplicándose a ambos derechos, sin embargo, la prohibición de censura contenida en las leyes patrias y en diversos instrumentos internacionales.

6°. *“Que por medio del derecho a la intimidad, reserva o secreto, contenido en el Artículo 19 N° 4 de la Constitución, reconoce la existencia de una esfera privada en cada ser humano, constituida a menudo por sucesos de su vida afectiva por defectos físicos o psíquicos, esfera relacionada con el pudor o con la utilización del tiempo del ocio, ámbitos en los cuales los individuos esperan encontrar respeto y comprensión, algún grado de serenidad y paz emocional. La existencia de una esfera privada implica el reconocimiento de actos públicos, que pueden y deben ser conocidos por la ciudadanía toda, como son los actos de gobierno, las deliberaciones y acuerdos parlamentarios, las leyes que se hayan promulgado, las sentencias judiciales que se hayan dictado y algunos delitos de interés social. En virtud de estas consideraciones, parece incontestable que un robo con homicidio seguido de un delito de incendio, que son los hechos que el programa de televisión denominado Enigma pensaba transmitir, no quedan amparados por el derecho a la intimidad ,reserva o secreto referido en este Considerando, y caen en la esfera pública”.*

8°. *“Como consecuencia del razonamiento anterior, forzoso es concluir que no estando afectado el honor del abogado fallecido don Patricio Orlando Torres Reyes ni el de su cónyuge e hijos, por no apartarse la cinta de video de la verdad que emana del respectivo expediente criminal no existe en el caso sub-lite pugna o colisión alguna de derechos fundamentales que esta Corte deba resolver. Tampoco es posible imputar ilegalidad o arbitrariedad a los recurridos, los que, al reproducir con exactitud los hechos, han utilizado debidamente la facultad de informar que les garantiza el art. 19 N° 12 de la Constitución Política de la República”.*

Así, se argumentó que no existía afectación al derecho al honor y que, además, en caso de ser así, esas responsabilidades, en consonancia con la Constitución y los tratados internacionales, debían perseguirse en un juicio posterior, con las acciones idóneas. La admisión de una orden de no innovar, en que se prohibía la emisión del programa, sin que existiera sentencia alguna en que conste la afectación del derecho a la honra, constituye una censura previa, proscrita tanto por la constitución, como por las normas internacionales.

La Corte de Apelaciones (30 de septiembre de 2003) falló el recurso a favor de los recurridos -Televisión Nacional y la Productora Nuevo Espacio de Chile-, señalando que, no se afectaba el honor de los recurrentes, puesto que el capítulo de la serie se había elaborado siguiendo, al pie de la letra, el expediente en que consta la causa judicial que, luego del homicidio, se inició. Además, sostuvo que se trataban de hechos de pública relevancia y conocidos por todas las personas, dada la difusión del homicidio en su oportunidad.

La sentencia fue confirmada por la corte Suprema, el 27 de octubre de 2003.

Si bien, posteriormente la corte corrigió esto, no podemos obviar como fue la actuación de la misma en este sentido; demostrando la fuerza e importancia que tiene, vulnerando principios del derecho nacional e internacional en pos de defender un principio al que se le daba una mayor jerarquía.

Otra sentencia de gran connotación pública fue la causa "**Álvarez, Alejandro Guillier s/ Apelación de Recurso de Amparo**"⁸³ 06 de enero de 2004, Rol 5604-03 llamada popularmente "Chilevisión con Juez Calvo", una de las de mayor importancia que tiene nuestra memoria, dada la materia, las partes e interés nacional que involucró y el debate doctrinario que surgió a raíz de ella en su época. A su vez, se puede ver el desarrollo que va teniendo en el tiempo esta causa y como va evolucionando paso a paso, pues tenemos la suerte de tenerla de principio a fin ya que se dictó sentencia el 9 de Agosto del 2007 (en el anexo aparecerán juntas ambas sentencias correlativamente).

⁸³ Sentencia, Apelación recurso de amparo, rechazado, rol 5604-03, dictada el 06 de enero de 2003, ver anexo N°1.

En esta causa se acusa a los periodistas de Chilevisión de ingresar una cámara de grabación oculta de una conversación con el ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Daniel Calvo.

Los hechos son que el ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago Daniel Calvo se le designa como ministro en visita para que investigue una supuesta red de pedofilia vinculadas a ciertas personas ligadas al poder político y empresarial.

El día 4 de noviembre del 2003, tres personas entran al Palacio de los Tribunales de Justicia, y suben a la oficina a esperar la llegada del ministro Daniel Calvo.

Cerca de las 3 de la tarde ingresa al edificio el ministro Calvo, quien se dirigió a su oficina. Una de las personas se había anunciado previamente como estudiante de periodismo, ingresa al despacho del juez, el que luego de conversar con aquel en la antesala de su privado, se retira dejando abierta la puerta de esa oficina, circunstancia que aprovechó Sebastián Rodríguez (quien ya tenía funcionando la cámara oculta que portaba en la mochila), para ingresar a esa dependencia. El ministro lo ve y lo hace pasar a su despacho. Ambos sostienen una conversación que es grabada íntegramente por Rodríguez, luego de la cual se retira de la oficina y del Palacio de los Tribunales. Al día siguiente Alejandro Guillier director de prensa del canal de televisión Chilevisión se entrevista con el magistrado y le informa que el canal tiene la grabación de la conversación que sostuvo el día anterior con Rodríguez, la cual sería difundida ese mismo día. Un par de horas después el ministro Calvo convoca a una conferencia de prensa en la cual admite sentirse incapacitado para continuar con la investigación del caso Spiniak, denuncia que es objeto de una extorsión encubierta y reconoce haber asistido a un establecimiento-sauna. Alrededor de las 13.30 de ese mismo día, Chilevisión exhibe parte de la entrevista entre Rodríguez y Calvo. El contenido de lo divulgado recaía especialmente en la impugnación de Rodríguez al juez, que le reprochaba su falta de idoneidad y competencia para investigar el caso de pedofilia.

La Corte Suprema se reúne el día 7 de noviembre y adopta varias decisiones:

Remueve al ministro Calvo en la causa de delitos sexuales contra menores de edad (red de pedofilia) proceso Rol N° 23812003 - 10 del 33er Juzgado del Crimen de Santiago designando en su reemplazo a Sergio Muñoz.

Nombra a la ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago a Gabriela Pérez Paredes, para investigar la posible “comisión de delitos por los hechos aludidos por el ministro de esta misma Corte, don Daniel Calvo Flores, en relación a unas grabaciones de audio y filmaciones de las que se hizo objeto y a las posibles presiones que pudieran haberse efectuado a su respuesta”.

Remite la presentación del ministro Calvo efectuada ante la Corte Suprema, y la declaración pública efectuada por este a la Comisión de Control Ético Funcionario de dicho tribunal.

Por último envía los antecedentes al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo de Ética de los Medios de Comunicación y al Colegio de Periodistas para que dentro del campo de sus competencias emitan una sentencia o dictamen sobre la actuación de los periodistas y canal de televisión Chilevisión en la grabación y posterior difusión de la conversación del ministro Calvo.

Los veredictos de las instituciones a las cuales la Corte Suprema remite los antecedentes son las siguientes:

"1. El Consejo Nacional de Televisión condena a Chilevisión al pago de una multa de 80 UTM. Desestima la defensa del canal que justifica la emisión de las imágenes debido a que la versión pública que dio de los hechos el magistrado fue “ambigua, imprecisa, y gravemente inductiva a error” lo cual habría hecho “absolutamente necesaria” la difusión en pantalla de una conversación entre el ministro y el denunciante...”. El Consejo estima en cambio (1°) “Que la transmisión de la conversación y el video no constituye un aporte informativo para conocer algunos aspectos de la vida del juez obre los cuales él mismo había entregado antecedentes con anterioridad”. (2°) “Que para complementar la declaración del magistrado, no era necesario mostrarlo en una actitud humillante, sino entregar la información relevante de manera apropiada;” (3°). “Que por el solo hecho de serlo, toda persona tiene derecho a que se respete de

manera íntegra su intimidad y dignidad, independientemente de los ilícitos que se le imputen, de sus debilidades o de los cargos que ocupe”. Aunque el organismo reconoce en toda su dimensión la libertad de expresión y la investigación periodística, afirma que tiene el mandato de la ley para velar siempre (4º) “... por la observancia de las normas éticas y legales de respeto a la dignidad de las personas, bien jurídico reconocido por la Constitución Política de la República”. En definitiva el Consejo decide aplicar la multa al Chilevisión “ ... por haber lesionado la dignidad del Ministro de la Corte (...), al dar a conocer en forma humillante, a través de Chilevisión, determinados aspectos de su vida privada. Acta de la Sesión Ordinaria del Consejo Nacional Televisión 1 de diciembre del 2003”⁸⁴

En primera instancia fueron condenados Sebastián Andrés Rodríguez Vásquez, Alejandro René Eleodoro Guillier Álvarez, Juan Patricio Caldichoury Ríos, Fernando Emilio Reyes Amín y Raúl Gustavo Rodolfo Poblete Barrios, a penas de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 UTM a cada uno, como coautores del delito que describe y sanciona el artículo 161 A inciso 1º del Código Penal, con más las accesorias legales correspondientes y al pago proporcional de las costas de la causa.

Se condenó, asimismo, a don Sebastián Andrés Rodríguez Vásquez, a la pena de tres años y un día de reclusión menor en su grado máximo, accesorias correspondientes y al pago de una multa equivalente a cien UTM, como autor del delito contemplado en el artículo 161 B) del Código Penal.

Se absolvió allí a Jaime Augusto De Aguirre Hoffa de la acusación de ser autor del delito contemplado en el artículo 161 A) inciso 1º del código citado; y al antes nombrado Alejandro René Eleodoro Guillier Álvarez de la acusación de ser autor del delito descrito en el artículo 161 A inciso segundo del texto legal mencionado.

A Guillier Álvarez, Caldichoury Ríos, Reyes Amín y Poblete Barrios, por reunirse las exigencias establecidas en el artículo 4º de la Ley 18.216, se les concedió el beneficio de la remisión condicional de la pena, quedando sujetos al control y vigilancia de la autoridad

⁸⁴ Acta de la Sesión Ordinaria del Consejo Nacional Televisión 1 de diciembre 2003, en: <http://cntv.nivel5.cl/medios/Consejo/Actas/DICIEMBRE012003.pdf>.

administrativa correspondiente, durante el término de un año, debiendo cumplir las demás exigencias establecidas en el artículo 5° del texto legal citado. No se le concedieron beneficios a don Sebastián Rodríguez Vásquez, por lo que deberá cumplir efectivamente las penas impuestas.

Apelada que fue dicha decisión por parte de las defensas de Guillier, Reyes, Poblete, Caldichoury y Rodríguez, la Corte de Apelaciones de Santiago, la confirmó, en lo apelado, y la aprobó, en lo consultado.

En contra de esta última resolución se interpusieron tres recursos de casación en el fondo, ellos por parte de las defensas de Guillier, Caldichoury y de Reyes y Poblete.

Los recursos de casación en el fondo y en la forma de Sebastián Rodríguez Vásquez fueron declarados inadmisibles, por extemporáneos, mediante resolución de la Corte de Apelaciones.

Por último, vemos como finalmente nuestra Excelentísima Corte Suprema, da en su sentencia absolutoria (recientemente el 9 de agosto del 2007)⁸⁵ un punto de vista totalmente diferente al que hubiese aplicado años anteriores.

La Corte Suprema argumento en este sentido:

"4°.- Que además de lo anterior, en su declaración indagatoria y ante las preguntas de la señora Ministro en Visita, expone que no tenía conocimiento de cómo se ingresaría a Sebastián al Palacio de los Tribunales. Tampoco sabía que uno de los periodistas se había hecho pasar por estudiante para conseguir audiencia con el Ministro. Igualmente dice que no tuvo conocimiento acerca de que se le dijera al Juez Calvo, en algunas de las conversaciones telefónicas, que existía un video con su ingreso y salida del sauna y que sólo examinó el material que salió al aire. Manifiesta que no escuchó las grabaciones originales ni vio el video completo que se grabó en el despacho del Ministro. Que no sabía el lugar en que se iba a

⁸⁵ Sentencia Absolutoria, casación de oficio dictada por la Corte Suprema, rol 3005-2006 del 9 de agosto de 2007, ver anexo N°1.

efectuar la grabación y que tampoco les indicó lugares específicos en donde debían efectuar la filmación.

5°.- Que, como puede verse, el encausado de que se trata, en relación a la participación que se le atribuye en la acusación fiscal de autos, niega su participación y ello es concordante con los dichos de sus co-acusados en cuanto a que en su carácter de Director del Departamento de Prensa del canal televisivo sólo conoció de los antecedentes previos a la grabación misma, la que si bien aceptó que se llevara a cabo, su consentimiento no alcanza de modo alguno a la forma ilegítima en que ésta realmente se produjo.

6°.- Que, en efecto, el verbo rector del delito investigado lo constituye la grabación o filmación de conversaciones e imágenes de hechos y circunstancias de carácter privado y son exigencias del tipo penal el que tal actuación se realice o produzca en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público y, para el caso de autos, es claro, como ya se dijo, que Guillier Álvarez no participó de una manera inmediata y directa en el hecho mismo de la filmación, ni tampoco en la gestación, organización o elaboración del plan que, de modo ilícito, se llevó a cabo.

La circunstancia de que hubiera aceptado comprobar la seriedad y certeza de la denuncia que Rodríguez hiciera a los periodistas de Chilevisión en cuanto a la conducta privada del Juez; y que posteriormente, al estimar incompletas e insuficientes las grabaciones telefónicas de lo conversado por Rodríguez con Calvo, haya autorizado la realización de una cámara oculta, representa una actuación técnico-profesional propia de su cargo y no puede significar que deba responder por una estrategia ilícita determinada, elaborada y ejecutada por otros, también personas que se supone conocen su oficio -con los extremos y restricciones inherentes al mismo-, pues bien pudo tratarse de una autorización para filmar con cámara oculta en un lugar público o de libre acceso a él, lo que nada tiene de ilegal.

7°.- Que, de este modo, no puede concluirse, como lo hace el fallo en revisión, una autoría inmediata y directa en el delito materia de este sumario, agregando para ello la sola afirmación de que el autorizar la realización de una cámara oculta lo fue "sin poner límite alguno a la forma como se practicaría ni a los subterfugios a que se echaría mano para lograr

grabar una conversación personal entre Sebastián Rodríguez y Daniel Calvo?"; desde que se trata de actuaciones concebidas y realizadas por otras personas, también adultas y con conocimientos y experiencia en la actividad periodística".

En la sentencia se absuelve a los acusados de casi la totalidad de los delitos que se les acusan, pues en relación a la directiva de Chilevisión no pudo comprobarse que estaban en conocimiento de la introducción de una cámara filmadora; ya que a estos, solo se les informaba esporádicamente.

Quedando solo don Sebastián Rodríguez Vásquez, condenado a la pena de quinientos cuarenta y un días de reclusión menor en su grado medio, más la multa y accesorias, como autor del delito previsto y sancionado en el artículo 161-A del Código Penal, norma que analizamos anteriormente en nuestro trabajo.

La doctrina opinó que la circunstancia de que el recurrente hubiera aceptado comprobar la seriedad y certeza de la denuncia que se hiciera a los periodistas del canal de televisión y que posteriormente, al estimar incompletas e insuficientes las grabaciones telefónicas existentes, haya autorizado la realización de una cámara oculta, -en el caso se realizó la grabación de una conversación de índole personal en el despacho privado de un Ministro de Corte, con el objeto de registrar los dichos de éste en cuanto a hechos de su conducta privada-, debe entenderse como una actuación técnico-profesional propia de su cargo y no puede significar que deba responder por una estrategia ilícita determinada, elaborada y ejecutada por otros.

No puede concluirse, como lo hace el fallo en revisión, una autoría inmediata y directa en el delito materia de este sumario, agregando para ello la sola afirmación de que el autorizar la realización de una cámara oculta lo fue sin poner límite alguno a la forma como se practicaría ni a los subterfugios a que se echaría mano para lograr grabar una conversación personal, desde que se trata de actuaciones concebidas y realizadas por otras personas, también adultas y con conocimientos y experiencia en la actividad periodística.

Toda vez que en autos sólo se encuentra acreditado que se les informaba de los avances generales, en las reuniones correspondientes y en las que eventualmente se definían los pasos a

seguir, pero nunca se estableció ni probó que tanto el Director Ejecutivo como el Director del Departamento de Prensa hayan dado su consentimiento para que la cámara oculta se realizara tal como sucedió en los hechos, el tribunal no puede llegar al convencimiento que la ley exige para poder dictar una sentencia condenatoria en contra del Directivo, motivo por el cual se deberá dictar sentencia absolutoria en su favor por no haberse establecido suficientemente su participación culpable en el delito investigado.

Aquí, a pesar de que la causa es en gran parte de índole penal, no es menos cierto que el tema central de ella tenía mucho que ver con lo que nos compete en el ámbito constitucional, pues trataba directamente con los principios constitucionales recogidos en el Artículo 19 de nuestra carta fundamental, que son el N° 4 y el N° 12.

4.3. Daños a la vida privada y honra de las personas

En las sentencias que han dictado nuestras Cortes, el tema referente al artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental, que consagra el derecho a la honra, se da en causas donde se trata de cautelar el buen nombre de la persona, por tratarse de un valor íntimamente ligado a la personalidad humana, el cual merece ser protegido como bien jurídico específico.

Ahora tocaremos este punto en causas donde la privacidad no está relacionada con el artículo 19 N° 12, sino que se encuentra más bien solo, o en algunos casos, relacionado a otro tipo de materias como otros derechos del artículo 19 de la Constitución, o a materias de índole laboral o comercial etc., sin tocar el aquellos casos que digan relación con materias económicas y datos personales y comerciales, que serán tratados posteriormente.

A su vez, separaremos nuevamente los casos en aquellos en que intervienen solamente particulares y aquellos en que están involucrados Organismos Públicos.

4.3.1. Daños a la vida privada y honra de las personas por particulares.

La primera causa que tocaremos en este punto es "**Sindicato Nacional Interempresa Trabajadores Metalúrgicos y Otros con electroerosión Japax Chile S.A.**"⁸⁶

Podemos decir que uno de los aspectos menos abordados (y que esta en una etapa de crecimiento) en nuestro país vinculados a la vida privada, se refiere a la videovigilancia, ósea, la colocación de cámaras grabadoras de imágenes y también de conversaciones, en lugares tanto públicos como privados.

Se presenta un recurso de protección por El Sindicato Interempresa en contra de Electroerosión Japax Chile S.A. por actos que estiman que vulneran el derecho a la vida privada que consagra el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental. Los recurrentes fundan su recurso en ciertos hechos como la instalación de cámaras de vídeo en la empresa, que incluso presentaban un alto grado de sofisticación, que permite seguir a los trabajadores en sus labores de producción.

Se ponía de relieve que la empresa estaba ejerciendo sus derechos en forma abusiva, toda vez que al establecer estos controles no se perseguía una finalidad legítima, ya que en esta materia ha actuado de manera discriminatoria debido a que ha dirigido esta fiscalización exclusivamente a los trabajadores sindicalizados.

En apoyo de la acción que se dedujo, se invocó la doctrina sustentada por la Dirección del Trabajo en relación con el uso de los controles audiovisuales, y que se contiene en el dictamen N° 23281130 de 19 de julio de 2002, en el que se analiza cuáles son los límites infranqueables que presenta el derecho fundamental a la vida privada y honra de los trabajadores frente a los poderes empresariales.

Por otra parte la recurrida alegó que las máquinas filmadoras se encontraban colocadas en las áreas de producción, esto es, en lugares abiertos con visión absoluta por parte de los

⁸⁶ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 15 de abril 2003, confirmada con declaración por la Corte Suprema el 12 de mayo de 2003, ver anexo N°1.

demás trabajadores, supervisores e incluso clientes, por lo cual no se podía estimar que la empresa atentaba en contra de la intimidad de las personas, su vida privada y honra.

Además, las cámaras de vídeo no tenían sistema de sonido, es decir, se podía ver, pero no escuchar. Explica también que la instalación de las máquinas filmadoras obedeció a necesidades técnicas, las cuales se encuentran avaladas por peritos de la Asociación Chilena de Seguridad, toda vez que la empresa recurrida utiliza equipos de electroerosión de avanzada tecnología, los que requieren que exista una supervisión directa o indirecta, de manera constante durante la operación, o en su defecto monitoreo o algún otro sistema que sirva para vigilar a distancia el equipo. Agregó que el riesgo de incendio es constante y la complejidad de los equipos hacía necesario una vigilancia permanente respecto de ellos.

Finalmente la Corte falló diciendo:

"3°.- Que del examen de los antecedentes que se han aportado, tanto por los actores como por la empresa recurrida, no resulta establecido en estos autos la existencia de alguna conducta que importe una amenaza, perturbación o violación del derecho a la intimidad, vida privada y honra de las personas en cuyo nombre se ha deducido el recurso, de fs. 12.

4°.- Que, en efecto, sin perjuicio que los recurrentes no han demostrado que la empresa en la que laboran utiliza cámaras de vídeo con el único propósito de mantenerlos bajo vigilancia u observación mientras desarrollan su trabajo, es lo cierto, por otra parte, que resulta más conforme con la lógica y con la realidad, la versión de la recurrida, avalada por el informe de fs. 26 de la Asociación Chilena de Seguridad, en el sentido que los equipos de vídeo que ha emplazado en las áreas de producción están destinados a la supervisión de los equipos de electroerosión, los que por sus especiales características están expuesto a sufrir anomalías que pudiesen evolucionar y convertirse en un peligro de incendio;

5°.- Que, a mayor abundamiento, cabe tener presente que la doctrina que se contiene en el dictamen de la Dirección del Trabajo que rola a fs. 1, y acompañada por los propios recurrentes, concluye expresamente que "resulta lícita la utilización de mecanismos de control

audiovisual cuando ellos se justifican por razones técnico productivas o de seguridad, debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o accidental."

Por tales razones la Corte de Apelaciones desestima la acción deducida.

Por lo que se declara sin lugar el recurso de protección, confirmado posteriormente por la Corte Suprema, deducido en lo principal en este caso, en la que la empresa se le reconoce su derecho de instalar cámaras de televigilancia en sus dependencias para la labor que se estableció, resultando ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o accidental que no vulnera el derecho a la intimidad y vida privada.

Siguiendo en esta materia relacionada a cámaras de vigilancia, pero con un resultado diferente, tenemos la causa "**Sindicatos 1 y 2 de Empresas Aqua Chile SA con Polentzi Vallians, Jon representante legal de Empresas Aqua Chile; Sepúlveda, Marcela; Cancino, Rodrigo**"⁸⁷ en donde el tema es muy parecido a la causa anteriormente vista.

Se sigue recurso de protección, por la que la recurrente alega que se violó su derecho a la intimidad, en el lugar de trabajo; más específicamente en una planta faenadora de salmón.

Agrega que acompañaron dos cintas de video de vigilancia, y revisadas ambas cintas se pudo comprobar que ellas fueron obtenidas con infracción de garantías constitucionales y legales cuya protección se garantiza por la vía de este recurso.

En ellas se puede apreciar claramente que las videocámaras fueron y son utilizadas para la vigilancia y control de los trabajadores y no del proceso productivo o la seguridad de las instalaciones: al extremo de que conforme se aprecia en las cintas, se efectuaron seguimientos y acercamientos de cámaras respecto de determinados trabajadores, dejando completamente de lado cualquier aparente control o supervisión de la línea de producción y sala.

⁸⁷ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, con fecha 30 de septiembre 2005, confirmada con declaración por la Corte Suprema el 05 de enero de 2006, Rol 5234-2005 , ver anexo N°1.

La recurrente dice que esta forma de control y/o vigilancia se constituye en la práctica en una forma de control ilícito en cuanto supone un sacrificio del derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores que no es razonable o proporcional a los fines de vigilancia de las instalaciones y/o del proceso productivo. Como fundamento de derecho, cita el recurrente el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política del Estado y el artículo 5°, inciso 1° del Código del Trabajo, que dispone que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieren afectar a la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

La recurrida en este recurso alega que la legislación laboral dispone que corresponde al empleador el ejercicio de las facultades de dirección de la empresa de contratar los servicios de vigilancia que sean necesarios para la debida protección del establecimiento, del proceso productivo, de las instalaciones y de las personas que laboran en dichas instalaciones. Agrega que es en el contexto anterior que la empresa Aquachile ha contratado un servicio de vigilancia con la empresa Sociedad Comercial de Sistema de Alarma Limitada, quien provee de personal capacitado y proporciona equipos de seguridad y cámaras de televisión en circuito cerrado, siendo ello cotidiano en aquellas empresas, como el caso de su representada, donde se usan y elaboran insumos o productos alimenticios y de consumo para la población.

En cuanto a los hechos y las videocintas a que se refiere, el miércoles 18 de mayo del 2005 y en circunstancias que debido a la baja temporada se estaba desarrollando un proceso de desvinculación de 39 trabajadores pertenecientes a la planta de proceso de la empresa, de un universo de 791 trabajadores: Marisol Rosas, Héctor Vargas y René Rubilar, ingresaron a la planta habiendo transcurrido media hora del inicio del turno de la tarde, a pesar de que forman parte del turno de la mañana con el único fin de instigar a los trabajadores (vía intimidación) a abandonar sus puestos de trabajo y dar instrucciones para adherir a un paro de brazos caídos o disminución del ritmo de producción y un boicot a la empresa, en definitiva a no desarrollar sus actividades habituales.

En este escenario y a pesar que los trabajadores se disponían a trabajar en las líneas de producción, éstas eran desconectadas por los trabajadores antes señalados, el resultado fue que en dicho turno, de una producción normal que fluctúa entre 11.500 y 12.500 piezas de salmón

sólo se procesaron 3.795 unidades. Agrega que a fin de acreditar estos hechos, se solicitó la visita de la Sra. Carmen Ojeda, Notario de Puerto Montt, quien concurrió al lugar y pudo constatar la efectividad de la denuncia, primero con un monitor de circuito cerrado de televisión y luego al interior de la planta.

Una vez que los recurridos se percataron de la presencia de la Ministro de Fe, suspendieron su irregular accionar pero como consta del atestado notarial, inmediatamente después de haberse alejado del lugar, retomaron su actitud, situación que fue contrastada en la sala de monitoreo televisivo, video acompañado a dicho recurso y que es materia de la controversia. En consecuencia, los eventuales acercamientos de los monitores se refieren precisamente a una situación especial de boicot al interior de la planta y en dicho contexto las cámaras cumplen el objetivo de detectar situaciones anómalas que afectan el proceso productivo y que son constitutivos de actos legales.

Los recurridos solicitan finalmente el rechazo del recurso por cuanto su parte se ha limitado a contratar el servicio de vigilancia el cual es establecido y desarrollado por una empresa que determina técnicamente la forma en que se desarrolla, en el entendido que se trata de vigilar la seguridad del establecimiento y el proceso productivo. En segundo lugar el sistema de vigilancia no opera en la forma en que pretende en su recuso la recurrente, se trata de un sistema de vigilancia de carácter genérico, como se ha expresado en el cuerpo de esta presentación y que respeta los derechos de las personas.

El video a que se refiere la recurrente constituye un acto aislado y específico generado por el boicot del proceso de vigilancia, es decir el sistema operó y aquel día se constató el boicot con la concurrencia de una notario y atendidas las características de la planta, la cual procesa productos para el consumo humano, no se puede privar a su representada de la posibilidad de vigilar mediante los servicios contratados el proceso productivo.

En consecuencia, afirma que el uso de cámaras sí existe, se ajusta plenamente a derecho, que tal como sabe la recurrida su parte mantiene en el establecimiento un sistema de vigilancia contratado a la empresa Sociedad Comercial de Sistema de Alarma Ltda., quien proporciona equipos y personal de vigilancia y en lo que atañe al recurso, existen 16 cámaras de las cuales

sólo cuatro se encuentra ubicadas en las salas de proceso, las restantes ubicadas en portería, acceso a planta, andenes, exteriores, patio, entrada de materia prima, bodega, frigorífico y sala de salado, es decir, claramente destinadas a la seguridad del recinto.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, declara que rechaza el recurso interpuesto por los Sindicatos 1 y 2 de Empresas Aqua Chile S.A.

Pero el fallo de la Corte Suprema, es diametralmente contrario a este y en sus numerales más importantes nos dice:

"5º) Que en este orden de ideas el inciso 1º del artículo 5 del Código del Trabajo establece que "El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos". Por su parte el artículo 154 del mismo cuerpo normativo que señala las disposiciones que debe contener el reglamento interno, consigna en su inciso final que "Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida para respetar la dignidad del trabajador";

6º) Que de las normas transcritas se desprende que el sistema de vigilancia vía cámaras de video puede ser utilizado por las empresas, pero su utilización debe ser incorporada en su reglamento interno, tomando conocimiento de ellos los trabajadores que laboran en la misma, y con el preciso objeto para el que han sido concebidos, protección y seguridad, lo que a la luz de los antecedentes aparece que no se ha cumplido, toda vez que según consta del informe de fiscalización que al efecto realizó la Inspección del Trabajo de Puerto Montt, se estableció que el sistema implementado en la empresa Aqua Chile S.A. no cumple con los requisitos legales, toda vez que no se contiene en el reglamento interno existente en la empresa, estipulación alguna referida al sistema de videocámaras implementado al interior de ella;

7º) *Que de lo señalado precedentemente, aparece de manifiesto que la empresa incurrió en un acto ilegal al utilizar un sistema de vigilancia, que ha sido establecido con inobservancia de la normativa legal correspondiente;*

8º) *Que luego debe analizarse la garantía supuestamente amagada con el actuar de la recurrida, a la luz de los antecedentes y que ha sido invocada por los actores, esto es, la consagrada en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República "El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia" (texto vigente a la época de interposición del recurso, el que fue modificado en virtud de la ley N° 20.050 de 26 de agosto de 2005, quedando en definitiva "El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia");*

9º) *Que los actores sostienen al efecto la circunstancia que el control y/o vigilancia que se realiza por la empresa a través de videos, en la práctica constituye un control ilícito en cuanto supone un sacrificio del derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores. Pero, para resolver si el actuar de la recurrente ha vulnerado la garantía que se señala, preciso es determinar qué es el derecho a la intimidad y cuál es su esfera de protección."*

Como decíamos, aquí la sentencia fue favorable a los trabajadores a contrario sensu de lo ocurrido en la anterior causa, pues se tuvieron en consideración los argumentos de que las cámaras no solo se preocupaban de la cadena productiva, sino que se seguía a los trabajadores en otras funciones y no en lo exclusivamente relacionado a su función laboral.

El artículo 5 del Código del Trabajo establece que "El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos". El sistema de vigilancia vía cámaras de video puede ser utilizado por las empresas, pero su utilización debe ser incorporada en su reglamento interno, tomando conocimiento de ellos los trabajadores que laboran en la misma, y con el preciso objeto para el que han sido concebidos, protección y seguridad, de lo contrario se trata de un acto ilegal y arbitrario por contravenir el artículo 154.

Además, el tribunal planteó qué se entendía por intimidad, actualmente se ha definido como "aquel ámbito de libertad necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, que debe quedar preservado de injerencias ilegítimas y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos y para la participación del individuo en sociedad"⁸⁸.

Así, dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad.

Otra causa que involucra Daños a la vida privada y honra de las personas es "**Muller Pasmíño, Erika con Babaic Bartulovic, Zivko**"⁸⁹, en donde una causa que comienza como un divorcio deriva en un recurso de protección en el cual se vulneran garantías constitucionales consagradas en los números 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, de respeto a su vida privada y a la inviolabilidad de un documento privado.

El recurrido, a través de su abogado en la causa de divorcio, presentó una serie de documentos, entre los cuales se hallan fotocopias del diario de vida íntimo de la recurrente, el que contiene aspectos absolutamente íntimos de su vida privada, los que fueron escritos con el preciso propósito de quedar en la intimidad, y solicita se acoja su acción constitucional y se ordene al recurrido restituirle el original del diario de vida, así como cualquier fotocopia que tuviese en su poder; que deben ser le entregadas las copias acompañadas al juicio, instruyendo al tribunal de la causa de no dejar vestigio alguno del contenido de dicho diario y que el recurrido deberá abstenerse de difundir por cualquier forma el contenido del mismo.

Por otra parte, el recurrido sostiene que el único propósito de la recurrente es privarlo de una prueba legalmente introducida al juicio de divorcio existente entre ambos, utilizando para ello una vía inidónea, como lo es la de deducir esta acción cautelar.

⁸⁸ GÓMEZ PAVÓN, Pilar "La intimidad como objeto de protección penal", Editorial Akal S.A. Madrid, 1989, páginas 35 y siguientes.

⁸⁹ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, con fecha 30 de diciembre 2005, confirmada con declaración por la Corte Suprema el 04 de enero de 2006, Rol 6491-2005 , ver anexo N°1.

En una primera instancia, el recurso fue rechazado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas pero, finalmente, la Corte Suprema acogió el recurso en cuestión (con disidencias), argumentándose en lo siguiente:

"3º) Que toda persona posee como derecho básico fundamental el respeto de un ámbito íntimo, el cual no es posible traspasar por terceros, ya que está vedada toda ingerencia, sin la autorización de su titular; derecho humano y libertad fundamental que emerge de la dignidad de las personas y en este caso de la cónyuge recurrente, que puede preservar de su marido aspectos que considere constituyen sus vivencias personales y que estima de carácter privado. Esta protección dada por el constituyente en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental, que no hace distinciones, impide que otra persona, cualquiera sea su condición contractual o de familia, posea antecedentes que importen transgredir este derecho. En todo caso, a la luz de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental de igual forma se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico constitucional.

4º) Que con mayor fundamento la divulgación o difusión de los antecedentes privados, que se encuentran en la esfera de resguardo íntimo de una persona transgrede la garantía antes expresada, como también, por representar en esencia una manifestación que se plasma por escrito en un diario de vida, que se custodia en un domicilio, afecta además, la garantía de la inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada.

5º) Que como ya se dijo, la conducta del recurrido es ilegal, excede de sus facultades pues no le corresponde divulgar los pensamientos y vivencias íntimas de la recurrente y, por ende, el recurso de protección intentado deberá ser acogido".

Se falló que procede protección frente a la sustracción de diario de vida con antecedentes íntimos, por parte del cónyuge. El recurso como dijimos fue rechazado en primera instancia, por no acreditarse suficientemente que el diario se encontraba en poder del cónyuge, y por no haber al tribunal pronunciarse sobre la causa de divorcio donde las objeciones a este documento o por parte de la actora, se encuentran pendientes de resolver.

4.3.2. Daños a la vida privada y honra de las personas por Organismos Públicos.

Para la causa "**Suárez Campos, Jorge con Municipalidad de Arica**"⁹⁰, vemos como fue acogido el principio de la intimidad, la Honra y Respeto por el recurso de protección, y que cayó contra la municipalidad citada, por poner en circulación imagen de una menor en afiches publicitarios de control antidrogas, sin la autorización de sus padres.

Pero en esta causa se comete nuevamente un daño a la misma persona ya que tres años antes en una campaña promovida por la Dirección de Desarrollo comunitario dependiente de la Municipalidad de Arica que se orientaba a crear conciencia en la ciudadanía sobre el maltrato infantil, la imagen de la menor fue expuesta en un afiche con la siguiente frase al pie: "Cuando sea grande... no quiero maltratar a mi familia", el cual fue distribuido en distintos puntos de la ciudad. La madre recurre de protección alegando la inexistencia de consentimiento para incluir la fotografía de su hija en dicha campaña. También expone la asociación que muchas personas hicieron, de presumirla autora de malos tratos y actos de violencia en contra de su hija.

La Corte Suprema acoge el recurso concluye afirmando que el acto que motivó la presentación de la acción constitucional vulnera la garantía consagrada en el artículo 19 N° 4 – respeto y protección a la honra de la persona, la cual entiende como la buena opinión y la fama adquiridas con el mérito y la virtud, por lo cual revoca la sentencia apelada acogiendo el recurso de protección deducido.

El nuevo recurso se origina por la utilización nuevamente de una fotografía en primer plano de la hermana del recurrente en una campaña promovida por el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes –CONACE– en un folleto para la prevención del consumo juvenil de drogas.

Agrega el recurrente que la utilización de la fotografía de su hermana, sin autorización, conculca la garantía constitucional contemplada en el Artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, esto es, el respeto y protección a la honra de una persona, apareciendo

⁹⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 26 de agosto de 2003, confirmada con declaración por la Corte Suprema con fecha 25 de septiembre de 2003, Rol 3948-2003, ver anexo N°1.

allí su hermana como sujeto destinatario de las acciones que despliega el Estado y otras instituciones en la prevención, tratamiento, rehabilitación y control de drogas, circunstancias en que su hermana jamás ha estado involucrada, lo que ha enlodado y el buen nombre y honra de la ofendida, solicitando de esta Corte se ordene hacer cesar el acto arbitrario e ilegal.

La recurrida señala no haber ejecutado acto ni incurrido en omisión arbitraria e ilegal por cuanto el acto impactado no es abusivo ni ilícito por estar dentro de la esfera de sus facultades constitucionales y legales, esto es, en uso de sus atribuciones esenciales y actuando dentro de la legalidad vigente, agregando que la fotografía de la menor, que muestra el folleto aludido no contiene frase ni lleva implícita la idea de que la menor referida sea afectada por el flagelo de la droga y que, por el contrario es la muestra de la juventud sana que espera la sociedad.

El equipo de profesionales del programa PREVIENE de la ilustre municipalidad de Arica resolvió hacer uso de, como portada del folleto, la imagen de la menor Maura López Campos que "conservaban en un afiche municipal diseñado para una campaña contra la violencia intrafamiliar".

La oficina regional de CONACE, no cuestionó la inclusión de la fotografía, debido a que se había obtenido de un afiche municipal, asumiéndose, erróneamente, que la fotografía contaba con la autorización correspondiente para su impresión y difusión.

El fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica decía en su numeral cuarto:

"4° Que si bien la recurrida tiene facultades para realizar campañas de bien público, que desde todo punto de vista son encomiables y dignas de aplauso, sin embargo en este accionar la recurrida debe encuadrarse dentro de la normativa legal vigente, debiendo muy especialmente respetar las garantías constitucionales, lo que no ha ocurrido en la especie, pues como se ha señalado en los fundamentos 2° y 3°, precedentes, aparece que la ilustre municipalidad de Arica ha incurrido en una acción arbitraria e ilegal por cuanto ha utilizado en la campaña antidrogas la imagen de la menor que se ha sentido afectada junto a su familia al dar la impresión que la niña es o ha sido víctima del flagelo de la droga. Agravada esta

situación por la publicidad que ha tenido este hecho como se infiere del suelto de prensa acompañado a fs.2.."

La Corte Suprema confirma el fallo:

“Se observa a la Municipalidad apelante el haber incurrido nuevamente en la conducta que ya le fue reprochada como ilegal y arbitraria en el recurso de protección N° 2.373-00 interpuesto a favor de la menor Maura López Campos”.

Aparece que la municipalidad recurrida ha incurrido en una acción arbitraria por cuanto ha utilizado en una campaña antidrogas, la imagen de una menor que se ha sentido afectada junto a su familia al dar la impresión que la niña es o ha sido víctima del flagelo de la droga, vulnerando el principio constitucional del artículo 19 N° 4.

El hecho denunciado por el recurrente aparece efectuado, esta vez, con descuido y liviandad, ya que en fallo anterior, en situación similar a la actual, se resolvió que la municipalidad recurrida, debía fiscalizar "el retiro de circulación del afiche" donde aparecía la fotografía de la menor, en ese entonces, víctima de violencia intrafamiliar. Es evidente que la recurrida no dio cumplimiento a tal resolución.

Los jueces de fondo, dada la reincidencia de la recurrida, la condenó al pago de costas, estableciéndose que ésta deberá tomar todas las providencias necesarias, para retirar de circulación en forma urgente, todos los folletos, afiches y negativos donde aparezca la imagen de la menor ofendida, a fin de impedir la repetición de hechos que dañan la reputación.

4.4. Daños a la vida privada y honra de las personas por informes comerciales

En esta parte de la memoria nos centraremos en cómo los informes comerciales producen un perjuicio en la vida privada y honra de las personas. Se incluyó este punto de vista económico en este capítulo debido a que involucra el Artículo 19 N° 4, que a su vez tiene una gran relación con la Ley N° 19.628 sobre "Protección de la Vida Privada" de 1999, es un tema

contingente y que compromete a un gran número de personas. Para ello se seleccionó las jurisprudencias más interesantes y representativas.

A lo largo de estos últimos cinco años, la jurisprudencia ha dictado una gran cantidad de sentencias que tocan este tema (en el anexo se encontrará más de diez), y vemos que muchas de estas causas dicen relación con información financiera y específicamente con empresas privadas que se dedican a este negocio, como el caso de bancos o Dicom, pero estas vulneraciones no son exclusivas del sector privado, ya que la Tesorería General de la República y otras Instituciones Públicas también han sido recurridas en varias oportunidades por los mismos motivos antes citados.

Ya en el año 2003 tenemos sentencias a este respecto, en "**Narváez Parra, Roberto con Tesorero General de la República**"⁹¹, donde la publicación de deudas en registros públicos tiene su discusión.

En este recurso tenemos que con fecha 5 de mayo de 2003 el servicio recurrido informó a Dicom, una presunta deuda tributaria ascendiente a \$ 1.582.191 como morosa, y que la citada información tendría origen en un contrato suscrito por el citado servicio con Dicom, por el cual aquel entrega información, con los perjuicios que ello irroga a las personas que afecta y al suscrito, al producirse respecto de este último la imposibilidad de ejecutar actos comerciales y de pago, especialmente con uso de cheques, por cuanto ellos no son recibidos en establecimiento alguno e impide acceder al sistema financiero, constituyendo una especie de "muerte comercial".

Finalmente el recurrente señala que la citada información constituye una acción clara de afectación al honor y a la honra, consagrado en el Artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, asimismo de constituir una infracción al artículo 3° inciso 4 e infracción a las normas contempladas en la Ley n° 19.628, que protege los datos personales, por cuanto la referida ley no autoriza la inclusión en los registro de deudas de carácter tributarias, más aún, cuando éstas tienen el carácter de reservadas por así disponiendo los artículos 30 inc 5, 35 inc 2 y 168 inc 3,

⁹¹ Sentencia dictada por la Corte Suprema, rol 1464-2003 del 16 de mayo de 2003, ver anexo N°1.

todos del Código Tributario, e incluso sanciona con multas y penas privativas de libertad a quienes las difundan.

En consecuencia, se pedía que se acogiera el recurso y se ordenara la eliminación de sus datos de carácter tributario del registro de Dicom.

Por su parte el recurrido señala que la deuda informada a Dicom corresponde al formulario 22, folio N° 8927758, con vencimiento al 30 de abril de 1998, correspondiente a la declaración de renta de dicho año, cuyo cobro ejecutivo se encuentra demandado en el expediente N° 1003 del año 2000 de la comuna de Santiago.

Agrega que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 147 del Código Tributario, la interposición de una reclamación no altera el ejercicio por parte del Fisco de las acciones de cobro que procedan, precepto que conforme a lo señalado en el Artículo 24 inc 2° del mismo cuerpo legal, permite concluir que el reclamo no altera la condición de deudor de quien lo intenta. Asimismo, el referido precepto legal autoriza al fisco para cobrar los impuestos sometidos a reclamación, a menos que medie la suspensión de tal cobro, dispuesto por el Director del Servicio de Impuestos Internos pertinentes, o por los tribunales de justicia, de lo que se sigue que si tal cobro es procedente, de ello deriva la exigibilidad de dichos impuestos.

Por ultimo, señala que la información de morosidad entregada por Tesorería a Dicom, por pertenecer al sistema de recaudación y cobranza que maneja tesorerías no tiene la naturaleza de reservada o secreta, por cuanto ella ya se encuentra en alguna de las etapas de procedimiento de cobro a que se refiere el Título V del libro III del Código Tributario.

Pide se rechace el recurso deducido por cuanto no ha existido una privación, perturbación o amenaza de los derechos constitucionales de don Roberto Narváez Parra, toda vez que el Servicio de Tesorerías sólo se ha limitado a cumplir con sus funciones y ha ajustado su conducta de manera estricta a lo que dispone la ley.

La Corte Suprema en sus fundamentos mas importantes de esta sentencia nos dice cuando una deuda puede hacerse pública sin entrar al tema de fondo de la privacidad, al decir:

6°. *Que, no obstante señalar la Ley N° 19.628 sobre "Protección de la vida privada en lo concerniente a datos de carácter personal", que el bien jurídico protegido por ella es la honra de las personas y eso regula la protección de datos de carácter personal "no autorizando la inclusión de deudas de carácter tributario en registros o banco de datos", resulta que dicha norma no es aplicable para resolver la cuestión planteada en esta acción cautelar, puesto que como se indica en el dictamen N° 25.336 de 2002 de la Contraloría General de la República, acompañado por la recurrida, la información de morosidad entregada por Tesorerías a Dicom, por pertenecer al sistema de reclamación y cobranza que maneja ese servicio, no tiene la naturaleza de reservada o secreta, por cuanto ella ya se encuentra en alguna de las etapas del procedimiento de cobro a que se refiere el Título V del Libro III del Código Tributario.*

En el mismo sentido cabe entender que la Resolución Exenta N° 2.475 del Servicio de Tesorerías, dictada en cumplimiento de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y el D.F.L. N° 1/19.365/00, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, clasifique con "Declaración de reserva con fundamento en la protección del interés público": "1.4 Información referida a los deudores morosos del Fisco, hasta notificación de la demanda respectiva"; y, por ello, una vez cumplida la respectiva notificación, dicha información de deuda por estar contenida en expediente judicial de cobranza tiene la calidad de pública.

7°. *Que además, del cumplimiento de los informes decretados como medidas para mejor resolver, se desprende que la inclusión del contribuyente en los registros de Dicom no ha podido ser dejada sin efecto por la recurrida, en atención al incumplimiento por parte del deudor de los convenios de pago celebrados con aquélla.*

8°. *Que, en consecuencia, de lo expuesto aparece que no ha existido actuación ilegal o arbitraria por parte de la recurrida; sin que de los antecedentes fluya algún elemento que permita descubrir la presencia de alguna privación, perturbación o amenaza de los derechos constitucionales que amparan al recurrente, siendo procedente desestimar la acción impetrada.*

Pide se rechace el recurso deducido por cuanto no ha existido una privación, perturbación o amenaza de los derechos constitucionales de don Roberto Narváez Parra, toda vez que el Servicio de Tesorerías sólo se ha limitado a cumplir con sus funciones y ha ajustado su conducta de manera estricta a lo que dispone la ley".

La Doctrina de este fallo nos dice que una vez notificada la demanda de cobro de deuda tributaria a morosos del Fisco, la información de deuda tiene la calidad de pública, puesto que está contenida en un expediente judicial. En tal virtud, no resulta aplicable las disposiciones de la Ley N° 19.628, en cuanto no autoriza el registro de deudas tributarias en bancos de datos.

Como vemos, no aparece tachada de arbitrariedad la conducta del recurrido si se considera que el recurrente ha celebrado dos convenios de pago con el Servicio de Tesorería, habiendo sido ambos incumplidos por aquél, por lo que es perfectamente posible publicar su información morosa, estando el Servicio y (todos aquellos que lo deseen) en todo su derecho de realizarlo.

Pero para determinar si la difusión de una información se puede hacer o no, se requiere del consentimiento del titular, y aquí entra la ley específica que como hemos visto, nuestros tribunales dicen que para que esto suceda, es necesario que ella se encuentre dentro de los supuestos el inciso 1° del artículo 17 de la Ley N° 19.628, que dice:

"Los responsables de los registros o bancos de datos personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, cuando éstas consten en letras de cambio y pagarés protestados, cheques protestados por falta de fondos, por haber girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa; como asimismo el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales..."

Tenemos que se autorizan obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial y que, para el caso de los organismos públicos, según dispone el artículo 20 de dicha ley:

"El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En estas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular."

La información sea materia de su competencia y su tratamiento se efectúe con sujeción a las reglas que prescribe la citada ley, ósea, con su autorización.

Y así es como se ha comportado la jurisprudencia, por ejemplo en la causa **"Raúl Sube Guzmán; con Tesorería Provincial de Osorno"**⁹².

El recurrente señala que el 5 de julio de 2006 concurrió a la oficina de Osorno del Banco del Estado de Chile, a objeto de solicitar un crédito o mutuo de dinero con el fin de desarrollar sus actividades comerciales. Al efectuarse un estudio de sus antecedentes comerciales y financieros se le indicó que no se le podía otorgar el referido préstamo de dinero y, por consiguiente, se le rechazaba la operación crediticia por registrar una deuda en Dicom para con la Tesorería General de la República por un monto de \$ 139.317.347, la cual tiene su origen en el giro de impuestos a la renta y multas.

Así pues, se dirigió a Dicom de la ciudad de Osorno donde constató la efectividad de lo informado por el Banco del Estado de Chile. Sostiene el recurrente que, conforme a lo establecido en los artículos 17 y 20 de la ley 19.628 el Servicio de Tesorerías sólo puede informar datos de carácter personal en la medida en que éstos versen sobre algunas de las obligaciones a que se refiere el artículo 17 citado, por así disponerlo el artículo 20 del mismo cuerpo legal; pero no aquellos que se originan en obligaciones provenientes de impuestos, multas de carácter tributario. Así las cosas, lo obrado por Tesorería es arbitrario, pues, según

⁹² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 16 de agosto de 2006, confirmada con declaración por la Corte Suprema con fecha 2 de octubre de 2006, Rol 4454-2006, ver anexo N°1.

aduce, informa selectivamente a ciertos contribuyentes, de modo que no todos los contribuyentes se encuentran informados en el sistema comercial.

Termina solicitando que se ordene a la recurrida excluir la información antes aludida del sistema de informes comerciales, debiendo proceder la entidad recurrida a eliminar del registro de morosidades y protestos de Dicom por las deudas de índole tributaria.

En primer lugar, el recurrido señala que el recurso se ha interpuesto ante un Tribunal incompetente, ya que la Tesorera Provincial carece de atribuciones para incluir deudas tributarias en el sistema de Dicom, en conformidad a la circular 52, de 2002, del Tesorero General de la República; en cuya virtud la información de las deudas y la determinación de los criterios para su remisión a esa empresa se efectúan desde el nivel central, sin que las unidades operativas provinciales tengan injerencia alguna para ello. En esa norma interna también se indica que desde el nivel central se actualizará mensualmente esa información incorporando nuevos deudores que cumplan con los criterios señalados en la misma disposición, indica que sólo tiene facultades para efectuar las aclaraciones de deudas en los términos indicados en la normativa Interna.

En segundo lugar, señala que el recurso de protección es extemporáneo, ya que la información enviada por el Servicio de Tesorerías a Dicom se efectuó con fecha 2 de febrero de 2006; es decir, casi cinco meses antes que lo señalado por el recurrente en su recurso. Incluso más, del informe emitido por Dicom que se acompaña consta que entre el mes de enero de 2006 y el mes de julio de este año se hicieron 31 consultas referentes a este deudor en Dicom, por lo que resulta inverosímil que no haya tenido conocimiento antes de la fecha que señala el recurso, especialmente, si se considera que las consultas usualmente corresponden a empresas con las cuales se tiene vínculos comerciales o financieros que verifican los antecedentes de las personas antes de contratar.

Por último, y en cuanto al fondo del asunto, señala que en la situación que corresponde a la deuda fiscal del recurrente no tiene aplicación lo dispuesto en la ley 19.628, ya que no están comprendidas las deudas tributarias ni los créditos registrados en el Sistema de la Cuenta Única

Tributaria que lleva el Servicio de Tesorerías por disposición del artículo 31 del decreto ley 1.263, de 1975, sobre Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.

Así, corresponde, en consecuencia, al Servicio de Tesorerías anotar todos los movimientos por cargos o descargos que afecten a los contribuyentes y demás deudores del sector público relacionados con todo tipo de obligaciones tributarias y créditos fiscales. Por otro lado, aduce que la obligación tributaria es de Derecho Público y en que el Estado exige en forma coactiva al contribuyente una suma de dinero.

No se trata de una obligación que surja de la voluntad de dos partes contratantes. Así las cosas, como consecuencia directa de la función recaudadora, la legislación otorga al Servicio de Tesorerías la cobranza judicial y administrativa de los impuestos, patentes, multas y créditos del sector público, como lo establece el artículo 35 del decreto ley 1.263. Para cumplir esa función se aplica el procedimiento ejecutivo de cobro de obligaciones tributarias de dinero que contempla el Título V del Libro III del Código Tributario, donde el Tesorero Provincial respectivo asume la función de Juez sustanciador. En este caso, la deuda en cuestión se encuentra demandada en el expediente rol 32.789 del Tercer Juzgado Civil de Osorno.

En dicha causa se ha procedido a notificar al deudor, requerirlo de pago y embargo de bienes, estando aún pendiente su tramitación judicial. Por ello, y existiendo un proceso judicial que no tiene la naturaleza secreta o reservada la información que consta en el expediente es de libre acceso al público. Es más, se señala que no se ha enviado toda la información de la deuda tributaria del contribuyente, sino sólo aquella que consta en el proceso ejecutivo de cobro. En este mismo orden de ideas, señala que la Tesorería General de la República ha celebrado un convenio de intercambio de información con Dicom en cuya virtud se proporciona sólo la información de carácter público, en el ámbito de su competencia, de las deudas tributarias morosas de los contribuyentes y créditos del sector público demandados por el Servicio y no sujetos a reserva o secreto tributario establecido en la legislación vigente, como lo son las materias comprendidas en el artículo 35 del Código Tributario en relación con lo dispuesto en el artículo 169 del mismo cuerpo legal. Sobre el particular existe el dictamen 25.336, de 2002, de la Contraloría General de la República que establece que la información de morosidad entregada por Tesorerías a Dicom, por pertenecer al sistema de reclamación y cobranza que maneja el

Servicio, no tiene la calidad de reservada o secreta, por cuanto ella ya se encuentra en algunas de las etapas del procedimiento de cobro a que se refiere el Título V del Libro III del Código Tributario.

Por ello, no resulta arbitrario ni ilegal el que haya hecho uso de sus atribuciones legales para efectuar acciones tendentes a la cobranza enviando la información a Dicom. Por consiguiente, no se ha vulnerado el numeral 4º del artículo 19 de la Carta Fundamental y pide que se rechace la acción constitucional de protección.

Son en sus numerales cuarto, quinto y sexto de la sentencia de la Corte Suprema los que confirman esta tendencia:

"4º) Que, por su parte, el artículo 20 de la ley referida señala que el tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En estas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular;

5º) Que de lo anteriormente expuesto es dable concluir que el Servicio de Tesorerías sólo puede informar sin restricciones datos de carácter personal en la medida que éstos versen sobre algunas de las obligaciones a que se refiere el artículo 17 de la citada ley, por cuanto así lo ordena el artículo 20 del mismo cuerpo legal, y no aquellos otros que se originan en obligaciones provenientes de impuestos, multas y de carácter tributario, en cuyo caso sí es preciso que el afectado manifieste su consentimiento;

6º) Que la recurrida al ordenar la publicación de la deuda del recurrente en el Boletín de Dicom, incurrió en una conducta ilegal y arbitraria pues afectó la garantía constitucional contemplada en el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que se refiere a la protección de la vida privada de las personas, motivos que llevan a este Tribunal a dar acogida a la presente acción constitucional".

Distintos organismos Públicos, no pueden informar sin restricciones incumplimiento de obligaciones provenientes de distintas obligaciones. Para poder hacerlo es preciso que el afectado manifieste su consentimiento. La vulneración de lo anterior, corresponde a una

conducta ilegal y arbitraria que afecta la garantía constitucional de protección de la vida privada de las personas.

Por lo que podemos observar y concluir en este punto, nuestros tribunales han seguido una misma línea doctrinal y jurisprudencial en este sentido siendo acordes y coincidentes, sin dejar de decir que esta ley 19.628 tiene ciertas deficiencias, pues no incorporó sanciones en el caso de transgresiones de carácter administrativo, ni se obligó a tener un sistema o registro de base de datos dentro de otras tantas deficiencias, por lo que los ciudadanos siguen recurriendo a la acción de protección antes que a esta ley dados sus errores⁹³.

⁹³ Profundizando aún más en esta materia, diferentes Sentencias como "Jorge Rafael Rojas Figueroa con Tesorería Regional de la Novena Región" del 28 de marzo de 2007, rol 1029-2007, "Pedro Lepe Ramírez con Dirección Regional del Servicio de Tesorería de Concepción", del 24 de mayo de 2007, 2301-2007, "Francisco Javier Larenas Sanhueza; con Dirección del Trabajo; Dicom Sociedad Anónima; Equifax S.A." del 07 de junio de 2007, rol 1662-2007, ó "Guard Service Sistemas de Seguridad y Servicios Limitada con Inspección Comunal del Trabajo de Viña del Mar" del 23 de julio de 2007, rol 2074-2007, siguen una misma línea doctrinal en donde la protección de la vida privada de las personas es lo más importante.

CONCLUSIONES

En esta memoria se trata de presentar al lector cual a sido la forma o criterio que han ocupado los distintos Ministros y Jueces para resolver los conflicto que se desarrollan entre la Vida Privada y la libertad de Información, sin dejar de lado los temas que se relacionan directamente con alguno de estos principios en forma individual.

Se comenzó por explicar el concepto de privacidad y vida privada, saber que entendían por estos los distintos actores de nuestro derecho, su génesis en nuestro ordenamiento jurídico hasta llegar a nuestros días en nuestra actual Carta Magna y leyes que dicen relación con estos temas. No se dejo de lado la opinión de autores nacionales e internacionales, así como el derecho comparado, tratados internacionales y fuentes doctrinales. No solo se toco este tema desde el punto de vista del Derecho Público sino que se intento relacionar brevemente con otras ramas del derecho, como lo son el Derecho Privado y Penal.

Posteriormente se trató de hacer lo mismo pero tratando la libertad de información, su incorporación y evolución en el tiempo a nuestro derecho mirado desde un punto de vista de nuestra ley, Constitución y Tribunal Constitucional y como se trata a nivel internacional este mismo tema, Para por ultimo darnos la entrada ya al tema de fondo cual es el conflicto de Derechos Constitucionales.

A continuación, se tocaron las distintas doctrinas constitucionales que opinan sobre la materia, no solo a nivel nacional sino que también la opinión en el derecho comparado.

Todo este conflicto jurídico no tendría ninguna validez sino es expresado en una forma cierta y para esa función se aplicó la Acción Constitucional de la Protección. Con ella se pasa a la forma en que se pondrá en movimiento el Órgano Jurisdiccional para conocer y fallar estos conflictos Constitucionales que desarrollamos.

Vale hacer toda esta aclaración para poder conceptualizar al lector en la materia de fondo cual es el análisis jurisprudencial, y se tenga una base amplia que sirva de soporte a las distintas opiniones.

Luego de haber revisado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y de algunas Cortes de Apelaciones, que se acompañan en el anexo de este trabajo, hemos hecho una selección de los temas y sentencias más relevantes al respecto, y podemos decir que se han extractado las principales características de los principios de privacidad y de libertad de información en un informe que recoge los aspectos prácticos y teóricos de mayor ocurrencia en relación a éstas, por lo que las líneas jurisprudenciales que hemos analizado en esta memoria, nos demuestran como ha sido el criterio sentenciador.

Cada uno de los pasajes del trabajo contenido en estos documentos, sirve para poder entender las ideas y características de los principios de privacidad y de libertad de información, y que han sido complementadas por la aplicación práctica de los intérpretes judiciales y doctrinales a través de los recursos que se fallan.

Destaca en este aspecto, los diferentes criterios que se pueden observar entre los fallos de los Tribunales de Justicia a lo largo de los años y de la evolución que han tenido, lo que permite prevenir la ocurrencia de los problemas de interpretación, tan recurrentes en otras materias en que no existe la señalada concordancia. Esta uniformidad -que en esta materia no siempre encontramos- es trascendente al momento de proyectar la aplicación de estos principios.

En los fallos de los años 2002 y 2003, la protección de la Vida Privada, la Privacidad y el derecho al Honor eran prácticamente incuestionables en atención a otros principios constitucionales de igual jerarquía, en donde específicamente nos estamos refiriendo a la Libertad de Opinión y de Información. La preferencia aquí, era casi sin discusión.

Si bien en una primera etapa, primaba el principio del derecho a la vida privada por sobre el de la libertad de información encontramos como esta tendencia ha variado conforme avanzan los años.

Nuestros tribunales van dando poco a poco una mayor importancia a la libertad de expresión, esto, eso sí, con las correspondientes justificaciones, como corresponde a un principio de tanta susceptibilidad, no sólo para las partes involucradas, sino también al interés que la comunidad tiene sobre estos temas de tal relevancia.

Podrá darse cuenta el lector, que en estos últimos 5 años, el número de sentencias que tienen relación con los temas de esta memoria, se ha ido incrementando año tras año, si bien los años 2002, 2003 y 2004 nuestros tribunales tenían pocas sentencias, no dejan de ser menos importantes, pues existen dentro de ellas, algunas de relevancia superior.

Destaca la carencia de sistematización orgánica en el fallo de estos Derechos esenciales, que se concluye no sólo respecto de la Acción de protección, sino también de la doctrina, en atención de saber que pasará en el futuro con distintos temas, relacionados con los medios informativos que cada día tienen una mayor injerencia e impacto en nuestras vidas; con el gran desafío que presentan la protección de los datos personales y su comercialización por distintas empresas, o, con la calidad que tendrán las personas jurídicas en relación a la protección del derecho al honor, idea que crece en nuestros tribunales con mayor fuerza.

Como corolario de esta memoria se puede concluir que resulta fundamental en esta materia, ver la forma en que la Corte Suprema va fallando cada una de la causas en atención, primero que todo, a resolver la acción de Protección -la que sigue siendo sin duda la de mayor utilidad y aplicación- sin dejar de lado a su vez de fallar el fondo del asunto, cual es, dar “protección” al Derecho que ha sido vulnerado y el privilegio que se le da en su tratamiento.

Estas razones dan a esta memoria nuevas aristas que hacen que el presente informe pueda constituir un aporte al estudio de esta materia, presentando sentencias que recogen los conflictos antes analizados.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.-Actas Oficiales de la Comisión de Estudio Para una Nueva Constitución y Comisión Constituyente.<<http://actas.minsegpres.gov.cl/aocencpr/default.asp>>
- 2.-ANGUITA RAMÍREZ, Pedro. “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada”, Editorial Jurídica, 1ª edición 2006.
- 3.-BÉJAR MERINO, Helena. El ámbito íntimo, privacidad, individualismo y modernidad. Editorial Alianza. Madrid, 1.999.
- 4.-BULNES ALDUNATE, Luz, materiales de clases Cátedra de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad De Chile, 1999.
- 5.- CEA EGAÑA, José Luis, Curso de Derecho Constitucional, Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile, 2003.
- 6.- COLAUTTI, Carlos. “*Derechos Humanos*”, Editorial Universidad, 2ª edición, Año 2001.
- 7.-CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA CHILE DE 1980.
- 8.- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. “*La Protección de Datos en Europa*” Principios, Derechos y Procedimiento., Universidad Pontificia Comillas ICAI- ICADE. Año 1998.
- 9.- DEL PESO NAVARRO, Emilio. RAMOS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. “*Confidencialidad y Seguridad de la Información: La Libertad y sus implicancias socioeconómicas*”. Ediciones Díaz de Santos, S.A. Año 1994.
- 10.- DESANTES GUANTER, José María 'Los mensajes informativos' pág 122 a 136, Editorial Abaco, Madrid.1994.

- 11.- EVANS DE LA CUADRA, Enrique."Los Derechos Constitucionales" tomos I, II y III, tercera edición, año 2004.
- 12.- FARIÑAS MATONI, Luis María. "*El Derecho a la Intimidad*", Trivium, Madrid, 1983.
- 13.- GARRIDO MONTT, Mario, Los delitos contra el honor, Gibbs Ed., Santiago de Chile, 1963.
- 14.- GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal, tomos I y III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.
- 15.- GONZALEZ JARA, Manuel. "El honor y la intimidad frente a la información". Gaceta Jurídica. 2004. N° 289, pág 11. 347.
- 16.- HAJNA RIFO, Eduardo. LAGREZE BYRT. Félix, MUÑOS NAVARRO. Patricio. "*Derecho e informática*", Ediciones Instituto Profesional de Santiago, Año 1989.
- 17.- JIJENA LEIVA; Renato. Cuaderno de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes. . Texto "*La Ley Chilena de Protección de datos personales. Una visión Critica desde el punto de vista de los Intereses Protegidos*". Pág. 85 a 178. Año 2001.
- 18.- Ley N° 19.628, año 1999, del Ministerio Secretaria General de Gobierno, sobre Protección a la vida Privada.
- 19.- Ley N° 19.812, año 2002, del Ministerio Secretaria General de Gobierno, que modifica la Ley N° 19.628, de 1999.
- 20.- Ley N° 19.733 de 2001 del Ministerio Secretaria General de Gobierno, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo.

- 21.- NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. Propuesta para una construcción 'jurídica' del honor como método de reducción de las hipótesis de conflicto con la libertad de comunicación (Primera Parte). *Ius et Praxis*, 2002, Vol.8, no.2, p.217-259. ISSN 0718-0012.
- 22.- NINO, Carlos Santiago “*Fundamentos de Derecho Constitucional*”, *Análisis Filosófico, jurídico y politológico de la Practica Constitucional*. Editorial Astrea, Madrid, Año 1992.
- 23.- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El Derecho a la libertad de opinión e información y sus limites”, Editorial Libromar, Año 2002.
- 24.- NOVOA MONREAL, Eduardo, Derecho a la vida privada y Libertad de Información, Siglo XXI Editores SA de CV, México D.F., cuarta edición, 1989.
- 25.- PECES BARBA, Gregorio, "curso de derechos fundamentales teoría general" Universidad Carlos II boletín Oficial del estado Madrid, año 1999.
- 26.- PEÑA GONZALEZ, Carlos. Cuaderno de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado I, *Temas de Responsabilidad Civil, “Informe sobre el Proyecto de Ley de protección del Honor y la Intimidación de las personas”*, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Año 2004.
- 27.- PEREIRA, Antonio, "teoría constitucional", editorial jurídica Conosur, santiago 1993.
- 28.- Revista de Derecho y Jurisprudencia y gaceta de los tribunales, año 2002, tomo XCIX .
- 29.- Revista de Derecho y Jurisprudencia y gaceta de los tribunales, año 2003, tomo C.
- 30.- Revista de Derecho y Jurisprudencia y gaceta de los tribunales, año 2004, tomo CI.
- 31.- Revista de Derecho y Jurisprudencia y gaceta de los tribunales, año 2005, tomo CII.
- 32.- Revista de Derecho y Jurisprudencia y gaceta de los tribunales, año 2006, tomo CIII.

- 33.- Revista de Derecho Público N° 61, Facultad de Derecho, Universidad De Chile. Santiago, Años 1998-1999, páginas 200 a 216.
- 34.- Revista de Derecho Público N° 63, páginas, Facultad de Derecho, Universidad De Chile. Santiago, Años 2001, páginas 179-199.
- 35.- Revista XIV Persona y Sociedad N° 3, Editado por la Universidad Alberto Hurtado, Instituto Latinoamericano de Doctrina y Estudios Sociales ILADES, Santiago de Chile 2000, artículo de VIAL SOLAR, Tomas "*Hacia la Construcción de un Concepto Constitucional del derecho a la Vida Privada*". Universidad Alberto Hurtado.
- 36.- RUIZ MIGUEL, Carlos, La configuración constitucional del derecho a la intimidad (edición corregida y actualizada), Tecnos, Madrid, 1995.
- 37.- RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, "Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile" En Revista de Derecho Público N° 63, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 2001.
- 38.- RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, Materiales III, parte especial de los derechos fundamentales, jurisprudencia constitucional (Apuntes Cátedra Derecho Constitucional II), Facultad de Derecho, Universidad De Chile, año 2003.
- 39.- SILVA BASCUÑAN, Alejandro, "tratado de Derecho Constitucional" tomos III, V y VI, Editorial Jurídica, 2003.
- 40.- SOTO KLOSS, Eduardo. "La dignidad de la persona, fundamento de los derechos humanos". En Revista de Derecho Público N° 41-42, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 1987.
- 41.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ROL N° 33: Santiago, 3 de octubre 1985.

42.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ROL N° 226: Santiago,30 de octubre 1995.

43.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ROL N° 943: Santiago,8 de Junio 2008.

44.- VALENCIA AVARIA,Luis.” Anales de la República, textos constitucionales de Chile y registro de los ciudadanos que han integrado los poderes ejecutivo y legislativo desde 1810” Tomos I y II actualizados. Santiago, Editorial Andrés Bello, 1986.
