

HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN: CONCURRENCIA DE MECANISMOS CIVILES Y PENALES EN SU PROTECCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Agradezco la invitación a este Seminario que ha sido organizado por la Federación de Medios de Comunicación, la Asociación Nacional de Canales de Televisión, la Asociación de Radiodifusores de Chile y la Asociación Nacional de la Prensa y concibo esta actividad como un momento de reflexión privilegiado sobre cuestiones que son del más alto interés para la calidad de nuestra vida ciudadana y que nos permiten perfeccionar nuestra democracia. Ya en las sesiones anteriores se ha reflexionado sobre el tema de la libertad de expresión, la honra y la privacidad y como la protección de estos derechos puede originar conflictos. En mi opinión, estos conflictos no deben resolverse todos del mismo modo de manera automática, como si existiera una jerarquía fija que asigne más importancia a la libertad de expresión por sobre la honra o de ésta por sobre la privacidad o viceversa. Y aunque es cierto que inicialmente nuestros tribunales, algunos abogados e incluso profesores postularon la tesis según la cual el orden numérico de los derechos en la Constitución constituye una preferencia a favor del derecho a la honra y la vida privada por sobre la libertad de expresión, después de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso de la Tentación de Cristo esta tesis extrema y equivocada fue abandonada y reemplazada por un criterio mucho más razonable de ponderación.

II. LÍMITES ENTRE EL ÁMBITO PRIVADO Y EL ÁMBITO PÚBLICO

Por su parte, con respecto a la determinación del límite entre el ámbito privado y el público, también se trata de una cuestión que debe abordarse sin recurrir a soluciones rígidas. Lo público y lo privado se confunde muchas veces. Por eso, el derecho sólo debe aspirar a establecer hipótesis que sirven de guía para solucionar conflictos, y por supuesto, también para los profesionales de la información y el público en general.

En los proyectos de ley que se han discutido hasta ahora se ha considerado el concepto de interés público como un criterio que permite reducir la exigencia de los medios de comunicación de ser veraces y objetivos en su información, particularmente como se pudo apreciar en la indicación sustitutiva del ejecutivo referida al proyecto sobre protección de la intimidad. En este punto discrepo de lo escrito por mi amigo el profesor Carlos Peña que ha propuesto "*regular la libertad de expresión (sólo) en proporción inversa al interés público comprometido.*"¹ Es que me parece que además de tener en cuenta el interés público, es relevante a la hora de regular estas materias, tener en consideración otros criterios. Primero, distinguir si la libertad de expresión afecta el carácter de persona pública (funcionaria o farandulera). El propio Carlos Peña ha aceptado un criterio adicional al del interés público en otro de sus escritos cuando ha dicho. "*En general, el derecho comparado aconseja distinguir entre las diversas*

¹ Peña, Carlos PROTECCION CIVIL DE LA PRIVACIDAD, Diario El Mercurio, Cuerpo A página 2, 30 de marzo de 2003.

calidades que puede revestir la persona cuya intimidad fue, aparentemente, sobrepasada."² Y aunque no se explicita cual es la referencia de derecho comparado que da fundamento a esta afirmación parece razonable que en los casos de personas públicas se debe reconocer una protección a su honor, intimidad o imagen igual a la de cualquier ciudadano, lo que implica en la práctica sin embargo que las personas "públicas" por su mayor exposición mediática son objeto de crítica con una mayor intensidad precisamente por su mayor aparición y permanencia en la esfera pública. Segundo, la posición que sólo mira al interés público me parece muy estrecha porque pienso que también es necesario considerar si la libertad de expresión afecta el ejercicio de profesiones o funciones que exigen reserva, tales como abogados, médicos y periodistas. Se debe considerar además separadamente para los efectos de su regulación, aspectos de la vida que son más reservados como la historia médica, patrimonial o sexual de las personas y por supuesto, el derecho al control de la propia imagen, el propio cuerpo y el propio nombre, como asimismo el considerar el lugar, recinto o espacio físico donde ha de ejercerse la libertad de expresión o de ser informado, porque en algunos casos dicho lugar implica restricciones importantes al ejercicio de este derecho.³ En estas materias, es decir, en la idea de asignar un monopolio en las causales de regulación al concepto de interés público y en negar importancia al lugar, recinto físico o espacio en la consideración del ejercicio de la libertad de expresión, he discrepado de la indicación sustitutiva del ejecutivo y en la defensa que ha hecho uno de sus más fervientes partidarios, mi amigo el profesor Carlos Peña. En la consideración del espacio físico o lugar para los efectos de regular la libertad de expresión, comparto las ideas de Jorge Bofill sobre la necesidad de tener una fina distinción entre el sitio donde actúa el que afecta la intimidad o vida privada y el lugar o contexto donde se sitúa la víctima afectada por la intromisión.

Me parece entonces que estos criterios deben ser útiles para resolver conflictos y deben ser tomados en cuenta de manera reflexiva al momento de legislar, porque los tribunales ya los han considerado y los seguirán teniendo presente en sus sentencias sea que se legisle o no a nivel penal o civil sobre ellos, y además porque en muchos casos estos criterios tienen una base constitucional.

III. PRINCIPIOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Ahora bien, antes de abordar derechamente el tema de este seminario permítanme expresar brevemente algunos de los principios que guían mis comentarios en las materias de la libertad de expresión:

1) El primer principio consiste en concebir con sentido democrático el derecho de la libertad de expresión. Esto significa pensar esta garantía como un derecho fundamental cuya función permite el buen funcionamiento de la democracia liberal y como un derecho que facilita las tareas ciudadanas de comunicación y mutuo control que debe

² Peña, Carlos PRENSA Y PRIVACIDAD, Diario La Tercera, página 3, 23 de Agosto de 2003.

³ Ver respecto de estos criterios Rodríguez Pinto, María Sara PROTECCION DE LA VIDA PRIVADA: LINEAS JURISPRUDENCIALES, Revista Chilena de Derecho, Vol.26, No.3, pp.719-744 (1999), sección jurisprudencia.

existir entre representantes y representados. Desde este punto de vista, la libertad de expresión no existe en el vacío sino que es parte de un sistema de derechos y principios que comparte su importancia con la dignidad y la igualdad de las personas. En ese sentido, la libertad de expresión se entiende como un derecho que debe ejercerse de modo responsable (insisto en la idea de responsabilidad) cuyo contenido es expresarse, informar y ser informado sin censura previa. Mediante el ejercicio de ese derecho podemos asegurar y fomentar un debate público democrático robusto. La libertad de expresión no se piensa entonces como un derecho restringido por una censura (administrativa o judicial) que nos protege de escuchar lo que no nos gusta, como si fuésemos menores de edad, y tampoco se entiende como el derecho a expresarse de modo irresponsable. Esta concepción de la libertad de expresión se identifica con la del profesor Owen Fiss⁴ que ha desarrollado una concepción liberal (no neoliberal que sólo percibe las amenazas estatales a la libertad de expresión) de este derecho según la cual este derecho puede ser amenazado, tanto por el Estado como también por personas privadas que controlan los medios de modo irresponsable. Se trata de un nuevo modelo de la libertad de expresión que lo sitúa como un derecho que cumple la función social de robustecer la democracia. En esta concepción, también el ejercicio de la libertad de expresión en materia comercial, artística, económica etc. cumple la función de robustecer la democracia. Para decirlo más claro, según esta visión, la libertad de expresión no está garantizada en nuestra Constitución para que simplemente se expresen los dueños o los profesionales de la prensa o el público ciudadano del modo que mejor se les antoja. Porque la libertad de expresión no se justifica para que todos o unos pocos puedan auto expresarse en una especie de ejercicio de incontinencia mediática infinito cuyo único estándar de control es el mercado de los avisadores o los lectores. La libertad de expresión se asegura en la Constitución para que todos podamos decir responsablemente lo que queramos, sin censura, y de ese modo mediante el ejercicio de esta libertad podamos asegurar la existencia y continuidad de un debate público democrático. Así por ejemplo, la función social de la libertad de expresión justifica la imposición de la franja electoral en los canales de televisión, las exigencias de nacionalidad en la propiedad y en la dirección de los medios de comunicación, el otorgamiento de licencias y todas las demás regulaciones legales que existen en esta actividad. Por eso, la posición de Canal 13 y de Megavisión que en su oportunidad impugnaron ante los tribunales la franja electoral porque plantearon que el derecho a la libertad de expresión era un simple derecho de concesión autónomo, no puedo compartirla, y si comparto en cambio los fallos de los tribunales y del Tribunal Constitucional que rechazaron esa posición en nombre de un concepto democrático de la libertad de expresión.

2) El segundo principio es el principio de la responsabilidad. Este principio caracteriza a todas las sociedades civilizadas y en la materia de la libertad de expresión supone que no podemos dar un cheque en blanco a que los que ejercen este derecho en los medios. Este principio acepta la idea de terminar con la censura previa, porque no puede haber responsabilidad si hay censura, pero al mismo tiempo se compromete con establecer normas jurídicas para que todos aquellos que producen daños, de cualquier naturaleza

⁴ Fiss, Owen FREE SPEECH AND SOCIAL STRUCTURE, en Iowa Law Review, No.1405, (1986).

que sea este daño, asuman su responsabilidad. El daño que puede producirse en el ejercicio de la libertad de expresión puede consistir en la afectación de un derecho constitucional. Esto es precisamente lo que se produce en los conflictos de la libertad de expresión con la honra y la vida privada. El daño puede también tener una connotación penal, como en los casos en que se afecta el bien jurídico que se protege en el delito de injurias, calumnias o en las formas delictivas de intromisión ilegítima, y por supuesto, las formas de daño también pueden asumir las hipótesis de responsabilidad civil extra contractual o contractual de acuerdo a las reglas generales. Por eso cuando se habla de responsabilidad por el ejercicio de la libertad de expresión se debe hablar de un sistema que comprende aspectos constitucionales, penales, civiles, de legislación común y especial. En Chile no hemos sido nunca responsables en el ejercicio de la libertad de expresión porque tuvimos un sistema muy deficiente que consistió en la censura constitucional previa combinada con la irresponsabilidad jurídica en materias de este derecho, porque prácticamente no habían casos de responsabilidad penal ni civil en que efectivamente se responsabilizara a los que abusaban de la libertad de expresión. La censura que existió en materia cinematográfica, y la censura judicial que existió en nuestro país a nivel constitucional surgió como una idea nefasta de Jorge Alessandri y Jaime Guzmán⁵ y se impuso en nombre de la protección de la honra y la vida privada y derivó en un sistema agobiante de autocensura que terminó con el caso de la Tentación de Cristo. Mas recientemente, a pesar de nuestra imperfecta democracia, estamos reencontrando nuestra tradición constitucional liberal, también en las materias de libertad de expresión y hemos logrado abandonar en la cátedra y en los tribunales la visión fundamentalista de la Constitución que la concibe como un producto estéril cuyo significado se pretendió fijar para siempre por los comisionados de la dictadura militar. Sin embargo, a pesar de estos progresos, hemos pasado desde un sistema muy deficiente a otro que no alcanza a ser bueno, porque en los últimos años a pesar de nuestra derogación de la censura, no hemos podido establecer sistemas que permitan hacer efectiva la responsabilidad de los medios y es ese defecto el que entiendo que en parte se ha buscado remediar con la nueva ley de prensa y la nueva ley sobre protección civil de la vida privada, la honra, la imagen y la intimidad que tanto escándalo produjo en su reciente aprobación de trámite en la Cámara de Diputados. Por eso, por que creo en el principio de responsabilidad es que no comparto las opiniones que ha expresado mi amigo Carlos Peña que ha dicho que: *"tampoco es posible –ni razonable-subordinar el pago de indemnizaciones a la previa configuración de un abuso en el ejercicio de las libertades de opinar y de informar"*⁶; o lo planteado por otro de mis amigos Lucas Sierra que ha argumentado que: *"lo de ampliar la responsabilidad a propietarios, editores, directores y administradores del medio es una locura. Es lo que se llama una ley mordaza"*⁷; si por esto, se entiende tal concepto de primacía para la libertad de expresión, que al final hacemos que los medios de comunicación social sean irresponsables por los daños que producen. Tampoco puedo compartir la idea limitada

⁵ Ver al respecto Evans, Enrique LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, Editorial Jurídica de Chile, páginas 220-234 del Tomo I y páginas 26 a 104 inclusive del Tomo II, segunda edición actualizada (1999).

⁶ Carlos Peña, COLUMNA: LOS MEDIOS Y LA PRIVACIDAD, Revista Que Pasa, 19 de diciembre de 2003.

⁷ Lucas Sierra, LAS RAZONES DE UNA VOLTERETA, Revista Que Pasa, 19 de diciembre de 2003.

de responsabilidad que se deduce de los planteamientos de Carlos Peña que ha concluido que: "...resulta excesivo hacer responsable a la prensa de la divulgación de informaciones falsas. La técnica del derecho civil aconseja, en esta materia, fundar la responsabilidad en el descuido y no en el mero resultado".⁸ Difiero de mi amigo Carlos Peña, porque creo que de lo que se ha tratado es de responsabilizar a la prensa de sus errores, tal como se responsabilizan todas las personas que participan en cualquiera actividad pública o privada según las reglas generales de derecho que deben existir en una sociedad civilizada y por cierto en estos casos no basta castigar el descuido sino también los resultados que causan daño. Y en esta discrepancia advierto que con Lucas Sierra y con Carlos Peña compartimos muchos de los mismos principios liberales que consideran a la libertad de expresión como un derecho fundamental de la democracia.

3) El tercer principio es el de la primacía del derecho sobre otras formas de regulación. Este principio es propio de las sociedades abiertas porque las personas resuelven sus conflictos por medio del derecho, precisamente porque no necesariamente comparten los mismos estándares morales, éticos, económicos o políticos. En el caso de la libertad de expresión este principio tiene mucha importancia porque tal como he explicado en un trabajo que escribí en 1995 y que titulé APUNTES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESION Y LA CENSURA EN CHILE, en Chile⁹ coexisten muchos entes que regulan e intervienen de manera simultánea en el ejercicio de la libertad de expresión. Entre tanto ente paralelo muchas veces hemos extraviado la idea republicana fundamental, según la cual en una sociedad civilizada democrática, deben ser los tribunales y el derecho común que emana del parlamento la forma que debemos preferir para solucionar conflictos. Si resulta en cambio que el CONAR, la ANATEL, la ARCHI, el Consejo de Calificación Cinematográfica, el Consejo Nacional de Televisión, el Consejo de Ética del Colegio de Periodistas, el Consejo de la Federación de Medios y tantos otros entes producen sus propias reglas y desplazan al derecho y los tribunales como sistemas de resolución de conflictos, caemos en una lógica de estamentos, de feudalismo regulatorio que perjudica la calidad de nuestra democracia. El estamento o los feudos en este caso lo forman los periodistas o los propietarios de medios o los que comparten una misma visión ética de esta actividad, que imponen sus criterios sobre los demás ciudadanos chilenos. Esta fragmentación regulatoria puede dificultar la libertad de expresión y hacer verdadera denegación de justicia para el ciudadano común que al verse afectado en sus derechos y no pertenecer a alguno de estos estamentos con información o poder privilegiado, no puede acceder a la protección de sus derechos. Esta forma de pensar que glorifica la autorregulación y desconfía del derecho se ha

⁸ Peña, Carlos PROTECCION CIVIL DE LA PRIVACIDAD, Diario El Mercurio, Cuerpo A, página 2, 30 de marzo de 2003.

⁹ Ruiz-Tagle, Pablo APUNTES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESION Y LA CENSURA EN CHILE, expuesto en su primera versión en Seminario Latinoamericano de Teoría Democrática y Constitucional en el mes de Agosto de 1995 y publicado en su primera versión en Revista Derecho y Humanidades, No.5, 1997 y luego en su segunda versión en un libro del mismo autor DERECHO, JUSTICIA Y LIBERTAD, Ediciones Fontamara, México D.F., México, página 139-174, (2002). En el mismo libro se puede encontrar también LA REGULACION DE LA TELEVISION: ¿UN PUENTE SOBRE EL RIO KWAI? que es una crítica a la intervención del Consejo Nacional de Televisión en Chile cuya primera versión se expuso en un Seminario organizado por el propio Consejo en la Casa Central de la P. Universidad Católica de Chile el 28 de noviembre de 1996.

expresado de manera muy convincente por parte de personas de gran prestigio entre los medios de comunicación. Por ejemplo, doña María José Lecaros de la Universidad de los Andes ha aceptado la tesis que los medios tienen una función social y coincide con ella en ese planteamiento. Sin embargo, ella ha defendido también una idea de la autorregulación ética o profesional que puede parecer un método sustitutivo de la legislación y del rol público de los tribunales de justicia en materias de libertad de expresión y en ese punto no podemos estar de acuerdo.¹⁰

IV. MARCO JURÍDICO SOBRE PRIVACIDAD Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Ahora, después de haber expresado estos principios nos toca evaluar el tema más particular de la regulación del derecho al honor, la intimidad, la propia imagen y la concurrencia de mecanismos civiles y penales en su protección.

Remitamos nuestros comentarios de modo más específico a las disposiciones del Proyecto de Ley aprobado con fecha 9 de diciembre de 2003 y que fue enviado en su versión definitiva al Senado por Oficio 4695 y que ha motivado tanta polémica. En primer término, mantengo mis opiniones previas sobre esta materia que se manifiestan en la minuta de mis observaciones ante la Cámara de fecha 26 de Agosto de 2003 y en el recuento de dicha sesión que consta en las Actas de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (boletín No.2370-07-1) de la Cámara. En segundo término, el proyecto consta de 13 artículos y 3 títulos. El primer título se refiere a normas generales, el segundo a las intromisiones ilegítimas, el tercero de la acción indemnizatoria y el cuarto de la competencia y el procedimiento. Los comentarios que siguen se hacen en el mismo orden del proyecto.

En primer término, existe una diversidad de regímenes jurídicos que confluyen en esta materia que es bueno tener presente al momento de analizar este proyecto para saber exactamente que es lo que se pretende lograr con las disposiciones del mismo. Entre las disposiciones vinculadas al proyecto podemos señalar las siguientes:

1) Disposiciones constitucionales: tales como el artículo 1 de la constitución que dispone "*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*". La disposición del artículo 19 No. 4 mediante el cual "*La constitución asegura a todas las personas:...No.4 El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia.*" y que también se relaciona con el; "*No.5 La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por ley.*" y por supuesto tiene directa relación con el "*No.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.*" El proyecto también está relacionado de manera particular en cuanto a la protección de la imagen con el derecho de propiedad intelectual consagrado en el

¹⁰ Lecaros, María José LAS RAZONES DE UNA VOLTERETA, Revista Que Pasa, 19 de Diciembre de 2003.

artículo 19 No.25 de la Constitución. Por su parte, la contrapartida de los derechos de honor, honra, intimidad e imagen se da generalmente respecto del derecho fundamental a la libertad de expresión y libertad de información del artículo 19 No.12 que puede ser restringido en los casos del artículo 41 de manera excepcional. Por su parte la jurisprudencia constitucional Chilena ha considerado en diversos casos el conflicto en que se afecta la honra, la intimidad e incluso la imagen de las personas públicas y privadas. (Caso Sindicato Futbolistas v Salo Editores, Caso Martorell o Inmunidad Diplomática, Caso Tentación de Cristo, Caso Liposucción etc.) y ha llegado a soluciones muy diversas y a veces contradictorias, pero no ha derivado en reparación a las víctimas sino que ha usado como medida de reparación la censura o resuelto que una vez terminada la afectación del derecho fundamental termina el conflicto.

2) Disposiciones penales generales o especiales: normas del Código Penal relacionadas con la injuria y la calumnia, la Ley de Seguridad del Estado y/o con la Ley de Abusos de Publicidad que se han usado también para resolver conflictos jurídicos que afectan la honra, la intimidad o incluso la imagen de las personas públicas o privadas (Caso Libro negro de la Justicia, Caso Gubler, Caso de persona afectada por acusación de Sida que sufrió daño por despido).

3) Otras disposiciones procesales o sustantivas relacionadas: Tales como las normas de procedimiento que en el antiguo procedimiento penal autorizan en el artículo 7 a que el juez tome ciertas medidas cautelares al inicio del juicio; normas sobre secreto profesional (jurídico o médico), bancario, tributario o funcionario; normas sobre propiedad intelectual como los artículos 18, 19 y 79 y siguientes de la Ley 17.336.

V. OBSERVACIONES GENERALES AL PROYECTO SOBRE PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD APROBADO EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS

Teniendo presente el cúmulo de estas disposiciones que pretenden establecer responsabilidad debemos analizar cual es el ingrediente nuevo y el valor agregado que tiene la indicación sustitutiva de los diputados Burgos y Bustos que se comenta en el contexto del sistema jurídico chileno y que a nuestro juicio merece las siguientes observaciones generales:

1) El proyecto no afecta la regulación penal existente en cuanto al desacato y la sedición impropia y por eso me parece incompleto ya que una forma de asegurar la libertad de expresión en Chile consiste en eliminar el desacato y la sedición impropia y toda forma penal que exceda los tipos de la injuria y calumnia. El desacato y la sedición impropia deben ser eliminados para ser consecuente con el mandato constitucional que asegura la libertad de expresión.¹¹

¹¹ Ver sobre la persistencia de mantener la abusiva figura del desacato en la nueva Ley de Prensa Correa, Juan Ignacio CHILE UN ESTADO CENSURADOR, Diario El Mercurio, Cuerpo A, página 2, 29 de noviembre de 2001 y sobre el tema de la sedición impropia y otras figuras del Código Penal que afectan

2) El proyecto en sus propias palabras trata de regular las relaciones "entre la protección civil de la privacidad y el ejercicio de la actividad de buscar y difundir información" y a ese respecto me parece bien acotado su ámbito y definido su propósito. Sin embargo, me parece que el proyecto quiere concebirse a si mismo como relacionado con materias penales y constitucionales, pero al ser estas relaciones explicadas de manera incompleta y no considerar directamente la evolución que ha tenido la jurisprudencia constitucional y penal me parece que pierde claridad en cuanto a su valor agregado.

3) El proyecto establece diversas hipótesis de presunciones de culpabilidad para hacer efectiva las responsabilidades por infracción a la intimidad, sin embargo, como lamentó en la sala en su oportunidad el diputado Luksic, no pudo incorporarse criterios de responsabilidad estricta o comúnmente denominada objetiva. Esta carencia me parece un defecto grave del proyecto porque en el hecho al exigir un patrón subjetivo el juez deberá reproducir el criterio que uso el medio de prensa o periodista involucrado en la intromisión ilegítima lo que me parece una tarea muy difícil de realizar que implica entrometerse en los detalles de la función periodística. De hecho en mi opinión, parece más recomendable usar un conjunto de tipos de responsabilidad estricta respecto de aquellos casos en que evidentemente existe una infracción a la privacidad u honra, por ejemplo los supuestos” que se pueden deducir de la aplicación sobre disposiciones vigentes en Chile como protección del secreto profesional (jurídico o médico), bancario, tributario, funcionario o los casos de violación, interceptación o registro de papeles o lugares privados sin autorización de su titular o que usen la imagen de una persona sin autorización de ella. En todas estas hipótesis se debe exigir de manera objetiva que exista difusión en los medios de comunicación social, no autorización, ausencia de interés público o interés público calificado y daño probado por la persona afectada y un último criterio que se refiere al nexo causal entre la difusión y el daño. Por lo demás, el hecho de exigir la prueba de ausencia de interés público hace que no sea responsabilidad estricta propiamente tal, sino una especie de responsabilidad estricta calificada, porque se exige algo más que el nexo causal entre la infracción y el daño. También puede aceptarse que se produzca responsabilidad estricta en los casos que se haya dictado sentencia firme en delitos relacionados con violación de propiedad, sustracción de documentos, interceptación o abertura de documentos privado sin autorización, injurias o calumnias o afectación de derechos fundamentales de aquellos asegurados en los números 19 No.4 y 5 de la Constitución. Fuera de los supuestos de responsabilidad estricta, debería quedar como régimen residual para quienes quieran demandar afectación de la privacidad, el estatuto de la responsabilidad por culpa, sin alteración de la carga de la prueba como en las presunciones de culpabilidad. Se propone entonces un sistema mixto que combina varias formas de responsabilidad civil.

4) El proyecto propone que el interés público o de terceros disminuye la protección de la privacidad. En este punto nos parece necesario destacar que el interés de terceros no puede ser causal de justificación de la intromisión ilegítima del mismo modo que el interés público. Esta cuestión no está bien resuelta en el proyecto. Por ejemplo, la ley de

la libertad de expresión y que tampoco se derogaron ver Matus, Jean Pierre LAS DOS CARAS DE JANO, Diario El Mercurio, cuerpo A, página 2, 17 de julio de 2001.

Bases Generales de la Administración obliga a los funcionarios públicos a mantener reservados los antecedentes si así lo requieren los interesados, bastará en este caso que exista un interés de un tercero para que no se produzca la intromisión ilegítima respecto de los mismos. Nos parece entonces que existe una contradicción entre la Ley de Bases y el proyecto que demuestra su incorrecta formulación.

5) El proyecto propone una protección menos intensa para los que ejercen cargos públicos respecto de su honor, honra, intimidad e imagen. Sin embargo, esta noble idea de la publicidad se enfrenta con la realidad que en materia penal se mantienen los tipos del desacato y la sedición impropia y entonces los nobles propósitos del proyecto resultan contradictorios porque corren por cuerda separada la responsabilidad penal y la civil.

6) El proyecto prescinde del lugar para definir lo público y lo privado pero entonces contradice la jurisprudencia chilena que ha distinguido formas de afectación del artículo 19 No.5 según el lugar físico. Tampoco toma en cuenta que hay normas constitucionales como el artículo 58 de la Constitución que dispone que las opiniones de los diputados o senadores son inviolables si se emiten en sesiones de sala o comisión, lo que implica tomar en cuenta el lugar como un factor copulativo junto con la idea de sesión. Por eso, en principio estoy de acuerdo que el lugar no es un factor determinante que por sí solo permita establecer hipótesis de responsabilidad civil, porque debe también analizarse si el acto en cuestión es privado y si produce daño al honor, la honra, la intimidad o la imagen. En todo caso el lugar debe tomarse en consideración como un factor y no puede excluirse totalmente como pretende el proyecto, en particular respecto de la morada o domicilio de las personas y los lugares donde habitualmente se realizan acciones vinculadas a secretos profesionales, bancarios, tributarios o funcionarios según se ha dispuesto por la ley y en la medida que dichas funciones se realizan.

7) La regla de moderación del daño moral y los daños punitivos tiene buen fundamento y permite entonces con más facilidad argumentar por la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad estricta que sea expedito y en el cual no se descarte la eventualidad que surja de manera voluntaria e incluso obligatoria la institución del seguro que permita con más facilidad y eficiencia financiar y regular la violación de los derechos de honor, honra, intimidad e imagen.

8) La idea de incentivar la reparación civil y lograr el menor uso de la vía penal o incluso constitucional para reparar los daños al honor, honra, intimidad e imagen puede ser una buena propuesta del proyecto, pero para que esta formulación tenga éxito es necesario que el proyecto no se quede sólo en buenos deseos. En todo caso tal como está redactado no se ve donde está el incentivo a la responsabilidad civil, ni menos que dicho incentivo logre sustituir totalmente las acciones constitucionales que protegen los números 4 y 5 del artículo 19 o derogar los tipos de intromisión penal o los delitos de injuria o calumnia.

VI. OBSERVACIONES ESPECÍFICAS A LAS NORMAS DEL PROYECTO

Se comentan a continuación de manera mas pormenorizada algunas de las disposiciones del proyecto conocido como la indicación de los diputados Jorge Burgos y Juan Bustos y en esta parte he contado con la colaboración del ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile Diego Gil Mc Cawley. Los comentarios son los siguientes:

Artículo 1: Esta disposición regula los derechos inherentes a la personalidad frente a todo género de intromisiones y ya en ese propósito se muestra una defectuosa técnica legislativa porque ciertamente el proyecto en cuestión no regula las intromisiones de carácter constitucional o penal que subsisten sin ser derogadas a pesar que la presente indicación sea aprobada.

Artículo 2: Si resulta que el proyecto tenía como finalidad ser un incentivo al uso de la responsabilidad civil para resolver intromisiones a los derechos de la personalidad no se ve porque en el texto de este artículo se dice que no obsta a la interposición de otras acciones penales que protejan estos derechos.

Artículo 3: Esta disposición señala que la protección civil conferida por la ley se entenderá delimitada por las leyes, los usos sociales y por el interés público. Los parlamentarios que aprobaron esta norma, se defendieron de las críticas que se le hacían al proyecto por restringir en exceso la libertad de expresión, señalando que en esta disposición claramente se limitaba la protección de la privacidad en atención al interés público. Sin embargo, el proyecto no contiene ninguna otra alusión al concepto de interés público que especifique su contenido respecto a su función como limitante. En este sentido, la indicación sustitutiva del Ejecutivo está mejor lograda. Si lo que se pretende es que cuando exista un interés público relevante el umbral de protección de la intimidad disminuya, me parece que la norma es insuficiente como pauta para la solución de conflictos por la judicatura. Además hay que tener en cuenta los otros criterios mencionados más arriba que sirven de complemento al de interés público.

Artículo 6: Esta disposición establece un catálogo de situaciones de presunciones de culpa en las que se considera que hay intromisión ilegítima. La consecuencia de esta norma es que probado que se cumple algún supuesto de hecho de los descritos en el artículo y que existe daño, se da lugar a responsabilidad civil, salvo que la parte demandada pruebe que hubo un interés público comprometido que legitimó la intervención. En mi opinión, esta estructura merece dos comentarios. En primer lugar, es discutible que la carga de la prueba respecto al interés público comprometido le corresponda al demandado. En este sentido el proyecto hay que revisarlo. En segundo lugar, si se opta por este régimen de presunciones de culpa es necesario que las situaciones que se consideren como intromisión ilegítima estén bien delimitadas y estudiadas debido a la protección reforzada que tendrán. Por ejemplo, en la letra a) del artículo 6º, se considera intromisión ilegítima el emplazamiento o utilización de instrumentos que capten hechos privados. No obstante, se debería exigir que este emplazamiento se realice para utilizar o difundir información privada, lo que no está señalado en la iniciativa. En la enumeración se deberían señalar además, situaciones en que existe un deber de secreto.

Artículo 7: Esta disposición enumera situaciones en las que se entiende que no hay infracción al derecho a la propia imagen. En la letra a) se describe como no atentatorio al derecho a la propia imagen la captación, reproducción, o publicación de la imagen de personas públicas en lugares abiertos al público, salvo se afecte la dignidad de la persona. Esta norma en mi opinión hay que precisarla, en lo relativo a lo que puede afectar la dignidad de la persona. Existen lugares abiertos al público en que hay expectativas razonables de privacidad, y formas de grabación atentatorias a la intimidad que pueden describirse o tipificarse.

Artículo 8: Esta disposición reproduce el tipo de la injuria y dice que será objeto de responsabilidad civil según las reglas de esta ley. No parece claro que esta reproducción tautológica pueda ser considerado como un incentivo que desaliente el uso de los tipos penales para accionar en estos casos.

Artículo 9: Este artículo señala que la indemnización por infracción a la privacidad comprenderá todo daño. Se establecen además criterios amplios para evaluar el daño o perjuicio. Sin embargo, esta regulación no supone una limitación al monto que eventualmente podría considerarse como indemnización lo que me parece equivocado porque es mejor tener un sistema reglado de montos mínimos y máximos por daños causados en esta materia y recurrir además a la institución del seguro para cubrir esos riesgos por parte de los medios de comunicación. Además el inciso segundo establece la regla de la solidaridad en la indemnización de propietarios, editores y administradores de los medios lo que parece una regla positiva que tiene base constitucional y que había sido omitida en la tramitación de la ley de prensa tal como en su oportunidad se hizo notar en el informe que presentó la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas ante representantes de la Comisión de Constitución del Senado y que suscribió el actual presidente de dicha asociación, abogado Juan Ignacio Correa junto con el suscrito.¹²

¹² Informe de la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas de 20 de abril de 1998, páginas 1 a 6.

Artículo 10 y 11: Estas normas del proyecto regulan aspectos de competencia y procedimiento que no se comentan en esta oportunidad.

Artículo 12. Este artículo establece modificaciones al Código Penal que constituyen una parte secundaria del proyecto y que por lo demás fueron objeto de análisis por parte de mi co-panelista el distinguido profesor de derecho penal don Luis Ortiz.

VII. CONCLUSIÓN

En suma, se trata de elaborar una legislación referida la protección de la intimidad y la libertad de expresión con la debida tranquilidad y de acuerdo con los principios que conciben la libertad de expresión como un derecho que se ejerce en un contexto democrático, un derecho que además se ejerce con responsabilidad y cuyos conflictos se resuelven de manera prioritaria mediante el derecho y en los tribunales.

Se trata de evitar caer en los slogan, la grandilocuencia conceptual y el juzgar los méritos de una legislación, según si esta produce o no escándalo en un público que sobre estas materias aparece como desinformado y que no cuenta con vías de reparación suficiente. Se trata en cambio de asumir un espíritu práctico y humilde, tal como el que nos ha propuesto el filósofo John Rawls, que se describe como un programa que debe esforzarse por diseñar un sistema de libertades e igualdades que sea lo más extenso posible y que está abierto para todos y en el cual las diferencias de poder e ingreso sean justificadas porque favorecen a la clase de las personas menos aventajadas. En este caso la clase de personas menos aventajada es la de las víctimas dañadas en su honor, honra, intimidad o imagen por los excesos que se originan en el ejercicio abusivo de la libertad de expresión porque en Chile hemos tenido en estas materias un sistema jurídico irresponsable. Muchas gracias.*