

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y A LA VIDA PRIVADA EN CHILE (1981-2004): UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN

*Pedro Anguita R.**

INTRODUCCIÓN

La investigación que presentamos tiene por objeto exponer la jurisprudencia constitucional más relevante en materia de protección al derecho a la propia imagen y a la vida privada que han dictado los tribunales superiores de justicia de nuestro país desde la entrada en vigencia de la Carta Fundamental de 1980. Para tal propósito hemos ordenado y sistematizado las sentencias judiciales en función de dos factores que nos parecen especialmente importantes. El primero toma en cuenta el ámbito tutelado de la vida privada, es decir, qué aspectos del vasto campo de la intimidad nuestra jurisprudencia ha considerado merecedor de protección. El segundo criterio procura identificar el derecho o libertad en conflicto –en ocasiones más aparente que real–, con el derecho a la vida privada. La combinación de ambos factores nos permitirán examinar críticamente el trabajo desarrollado por nuestros tribunales superiores de justicia. Algunas de las acciones constitucionales que examinaremos se han fundado tanto en el derecho a la honra y a la vida privada. Solo recogeremos aquellos razonamientos fundados en el segundo de estos derechos aunque algunas de las sentencias también han interpretado el derecho a la honra. Solo respecto del derecho a la propia imagen hemos recogido tanto las sentencias

* Abogado, Magíster en Derecho e Informática y candidato a Doctor, Universidad Complutense de Madrid, profesor Universidades Diego Portales, Santo Tomás y Finis Terrae. pedroanguita@vtr.net

judiciales fundadas con respecto al derecho a la honra como al de derecho a la vida privada. El recurso de protección ha cumplido ya un cuarto de siglo de existencia, periodo en el cual se han resuelto una cantidad significativa de controversias que han tenido como objeto principal la interpretación del sentido y alcance del derecho a la vida privada, derecho que por lo demás cobra cada día mayor importancia en la sociedad contemporánea.

Hemos sistematizado las sentencias según ocho dimensiones que a nuestro juicio han configurado los ámbitos de tutela más significativamente relevantes¹. Con todo, estamos ciertos de no haber agotado todas las pretensiones que se han fundado en el derecho a la vida privada, las cuales han procurado construir una defensa frente a las múltiples y variadas formas que pueden adoptar las intromisiones no consentidas de terceros. Algunos de los criterios sugeridos tienen ya un antiguo debate tanto en nuestro país como en el derecho comparado. Otros en cambio son más recientes y la sistematización que hemos propuesto puede ser más controvertida. Un aspecto importante que debemos subrayar en torno a la sistematización de las sentencias se refiere al hecho de haber privilegiado la indagación en torno al verdadero conflicto de derechos constitucionales suscitado en los casos por sobre el derecho o libertad alegada por los recurrentes de protección. Debemos recordar que nuestra Carta Fundamental, exige como presupuesto para la interposición de la acción de protección, una privación, perturbación o amenaza a alguno de los derechos y libertades que enumera el artículo 19 de nuestra Constitución. Tal exigencia ha llevado a que las partes en no pocas ocasiones, elaboren sus argumentos sobre

¹ Investigaciones sobre análisis jurisprudenciales vinculadas al campo de los derechos y libertades constitucionales han sido escasas en nuestra dogmática jurídica, en especial en el derecho a la vida privada. Un trabajo que merece destacarse y que es el primero en sugerir una sistematización distingue las siguientes líneas jurisprudenciales: 1. Vida privada – honra: datos comerciales o información patrimonial de la persona; 2. Vida privada – intimidad: propia imagen – propio cuerpo – propio nombre; 3. Vida privada – privacidad: construcciones que amagan la privacidad de las personas; 4. Vida privada – honra: medidas disciplinarias de jurisdicciones domésticas (colegios profesionales, clubes deportivos, y otras); 5. Vida privada – inviolabilidad de documentos privados: secreto bancario, secreto profesional; 6. Vida privada – libertad de expresión: colisión de derechos. Rodríguez Pinto, María Sara, “Protección de la vida privada: líneas jurisprudenciales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 3, julio/septiembre 1999, págs. 719 a 744, sección jurisprudencia.

algunos derechos enumerados en la Constitución, aunque en rigor sus pretensiones no posean sustento normativo alguno en el texto de la Carta Fundamental. Un ejemplo servirá para ilustrar dicha explicación. Como veremos en el punto II.1. del trabajo, nuestro ordenamiento jurídico carece de normas que protejan el derecho a la propia imagen. Frente a la falta de previsión normativa por parte de nuestro legislador, las partes han invocado la vulneración, en no pocas ocasiones, del derecho a la vida privada o al honor, los cuales poseen una estrecha relación con el derecho a la propia imagen. Sin embargo, una dimensión del derecho a la propia imagen en su dimensión valor comercial, no ha podido fundarse en ninguno de los derechos de la personalidad enunciados. La solución ha sido –y la jurisprudencia así lo ha reconocido– alegar una vulneración al derecho de propiedad sobre la propia imagen, lo cual como veremos es doctrinariamente discutible. El mismo criterio hemos empleado en las acciones que han intentado evitar la divulgación de informaciones respecto a casos pendientes de juzgamiento que explicaremos en el punto 7 de este trabajo, casos en los cuales las partes han esgrimido con preferencia, la afectación al derecho a la vida privada y a la honra. Por último, en más de un caso que expondremos, los tribunales parecen intuir que el derecho a la vida privada alegados por los recurrentes no se adecua con las auténticas pretensiones de su interposición, pero que a falta de un mejor derecho o libertad en que fundarlo han acudido de todos modos a él.

La Carta Fundamental de 1980, como se sabe, fue el primer texto constitucional en incorporar como derecho fundamental –artículo 19 N° 4–, la protección a la vida privada. Antes de la entrada en vigencia de la Constitución, las únicas dimensiones de tutela de la vida privada en nuestro ordenamiento jurídico era solo penal y restringida a la violación de morada y allanamiento irregular de la casa-habitación, y de la vulneración de la correspondencia. Junto al derecho a la vida privada se incorpora en el catálogo de derechos y libertades del artículo 19 de la Carta Fundamental el derecho a la honra, cuya protección también se agotaba con la protección penal con la tipificación de los delitos de injurias y calumnias descritos en el Código Penal. Las leyes reguladoras de la imprenta y luego de la actividad periodística, se ocuparon sucesivamente de penalizar las injurias y calumnias cometidas a través de un medio de comunicación social, tendencia que se mantuvo hasta la actual Ley 19.733

sobre la libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo en vigencia desde el 4 de junio de 2001².

Nuestra dogmática civil por otra parte, le ha dedicado escasa atención a los atributos o derechos de la personalidad, a los cuales se adscribe el derecho a la vida privada y la honra^{3, 4}. La tutela civil por esta razón se ha limitado a las acciones civiles que nacen de los delitos de injuria y calumnia. La jurisprudencia nacional como no podía ser de otra manera, ha tenido un escaso desarrollo en el ámbito de la responsabilidad civil que nace de la afectación al derecho a la honra y la vida privada.

La desatención que le ha otorgado nuestro legislador al derecho a la vida privada, se expresa en el hecho que luego de su incorporación como un derecho fundamental en la Carta Fundamental de 1980, no ha regulado los efectos de las intromisiones no consentidas en el ámbito de las distintas esferas que conforman el entorno más íntimo y próximo de la persona humana. La tutela penal es inadecuada y parcial, y la civil inexistente. La práctica jurisprudencial ha sido en este sentido muy escasa, limitada casi exclusivamente a la jurisdicción constitucional vía la interposición de recursos de protección. Este traba-

² Desde los albores de la independencia, nuestro sistema institucional ha dictado leyes reguladoras de la actividad periodística. La tradición se inicia en 1813, cuando aún no se consolidaba el proceso emancipador y continúa hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 19.733 sobre Libertad de Opinión e Información y ejercicio del Periodismo publicada en el *Diario Oficial* el 4 de junio de 2001. En total han sido ocho leyes sobre las libertades de opinión e información. Véase el texto de las siete primeras leyes en *"Régimen Jurídico de la Prensa chilena 1810-1987"*, González Pino, Miguel, y Martínez Ramírez, Guillermo, Centro de Estudios de la Prensa, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987.

³ El concepto de persona que entrega nuestro Código Civil es el de un sujeto de intercambio desprovisto de personalidad moral sobre el cual se construye el concepto de derechos humanos. Véase artículo de Peña González, Carlos, *"El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de Derechos Humanos"*, en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 6, serie publicaciones especiales, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, septiembre de 1996, pág. 559.

⁴ El primer trabajo en abordar el derecho a la vida privada desde la perspectiva civil se publica recién en 1968. El artículo advierte la laguna legal existente en nuestro país relativa a la protección jurídica de la intimidad, y se refiere a las soluciones jurisprudenciales elaboradas por los tribunales franceses en la segunda mitad de la década de los 60. Los autores sugieren en dicho año la conveniencia de reglamentar el derecho a la intimidad en nuestro país. Domínguez Aguila, Ramón H. y Domínguez Benavente, Ramón, *"Las servidumbres a que obliga la grandeza"*, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Concepción, año XXXVI, enero-marzo de 1968, N° 143, Escuela Tipográfica Salesiana, Concepción, págs. 29 a 52.

jo pretende ordenar y sistematizar los distintos ámbitos sobre los cuales se ha discutido sobre el derecho a la vida privada. Hemos recurrido a la doctrina y jurisprudencia extranjera cuando ha sido necesario, con el fin de ordenar e ilustrar cuestiones que aún no aparecen bien resueltas por nuestros tribunales de justicia.

Nuestro país ha entrado tardíamente a un debate que ya tiene un extenso camino recorrido en muchos países del mundo. ¿Qué se entiende por vida privada o intimidad? ¿Cuáles ámbitos merecen protección? ¿Cuales son sus límites? ¿Con que derechos, libertades o contravalores aparecen confrontados? y en tal caso, ¿cuál debe tener un mayor valor, mayor preeminencia en caso de conflicto? El razonamiento judicial en torno a estas preguntas suele resolver la compleja discusión en las democracias contemporáneas sobre los ámbitos de lo íntimo, de lo privado y lo público. En los últimos años ha surgido en Chile una nueva actitud de los medios de comunicación con el poder y un cierto periodismo de investigación lo cual ha provocado una reactualización de un debate que promete ser más duradero que los habidos en el pasado, lo cual ha provocado examinar el régimen jurídico tanto de los medios de comunicación como el relativo a la protección de los derechos a la vida privada y honra de las personas. Una manifestación evidente del nuevo debate ha sido la presentación de una iniciativa parlamentaria que pretende tutelar desde el punto de vista civil tanto la vida privada, la honra y la propia imagen de las personas. Dicha moción se presentó a discusión parlamentaria en el año 1999⁵.

Antes de exponer los principales pronunciamientos jurisprudenciales sobre el derecho a la vida privada, describiremos brevemente la normativa más relevante –derogada y vigente–, en nuestro país, como también una sucinta explicación de los criterios doctrinario-jurisprudenciales elaborados en el derecho comparado vinculados al derecho a la vida privada.

⁵ Proyecto de ley contenido en el Boletín N° 2370 - 07, presentado en la Cámara de Diputados el 20 de julio de 1999. Luego de la aprobación en general del proyecto en julio de 2001, su tramitación se paraliza hasta la presentación de una indicación sustitutiva elaborada por el Poder Ejecutivo en agosto de 2003 con lo cual se reinicia su discusión legislativa. Muchas de las sugerencias planteadas por el Jefe de Estado son desestimadas por la Cámara de Diputados que aprueba un texto –muy criticado–, que pasa al Senado en diciembre 2003 en segundo trámite constitucional.

I. REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

1. Constitución Política de 1980

Nuestro ordenamiento jurídico incorpora el derecho a la vida privada en el catálogo de derechos fundamentales con la Constitución de 1980.

El artículo 19 dispone:

La Constitución asegura a todas las personas:

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

La discusión sobre la necesidad de constitucionalizar el derecho a la vida privada comienza en la Comisión Constituyente que elabora un texto que será la base de la Carta Fundamental actualmente vigente⁶. Antes del texto constitucional –como hemos expresado–, la única dimensión de tutela de la vida privada en nuestro ordenamiento constitucional era la inviolabilidad del domicilio y el secreto de la correspondencia, los cuales también se encontraban amparados penalmente bajo los tipos descritos en que Código Penal, que sancionaba la violación de morada y de correspondencia. 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 nuestro constituyente, pero que deja dudas sobre su significado⁷. No existe una protección semejante a dicho

⁶ 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 Estudios de la Nueva Constitución Política del Estado.

⁷ Vial Solar recoge la opinión de Cea Egaña que 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

ámbito en el derecho comparado. Por otra parte, la fórmula empleada por nuestro constituyente de regular en un mismo numeral el derecho a la honra y a la vida privada nos parece desafortunado. Ambos como se sabe protegen distintos ámbitos e intereses de la persona humana, motivo por el cual debieron recibir un tratamiento autónomo. Por último, el segundo inciso del artículo 19 N° 4, contiene la descripción del tipo penal de difamación el cual afortunadamente, el legislador se ha desatendido del mandato conferido por el constituyente⁸. El año 1996 se presenta una moción parlamentaria que propone su derogación, pero el proyecto se archiva años después sin convertirse en ley⁹.

La Comisión Constituyente le dedica solo tres sesiones al análisis del derecho a la vida privada¹⁰. Los integrantes de la

protección que podría brindarle desde la vida privada. Disentimos de dicha interpretación. El concepto de autodeterminación informativa elaborado por la doctrina y jurisprudencia extranjera se vincula al específico campo de la protección de datos personales, los cuales nunca han pretendido la protección de la vida pública de los ciudadanos. El campo de lo público como bien señala Vial, está suficientemente bien resguardado con la protección penal a través de la tipificación de los delitos de injuria y calumnia. Vial Solar, Tomás, *“Hacia la construcción de un concepto constitucional del derecho a la vida privada”*, publicado en la Revista XIV Persona y Sociedad, N° 3, editado por la Universidad Alberto Hurtado, Santiago año 2000, pág. 64.

⁸ Durante el Régimen Militar se introdujeron dos tipos penales de difamación a la Ley 16.643 sobre Abusos de Publicidad bajo los artículos 21°- A y 21° B, con la Ley 18.313 (17 de mayo 1984). Derogada por la Ley N° 19.048 (13 de febrero de 1991).

⁹ Boletín N° 1920-07, moción presentada por el senador Sergio Fernández el 1 de octubre 1996, archivada el 12 de abril de 2002 de la que destacamos la exposición de dos fundamentos: 1.- *La libertad de expresión y el derecho a la información pueden verse gravemente amagados por la disposición del inciso 2° del artículo 19 N° 4 de la Constitución, que resulta incongruente con el espíritu protector de las libertades personales que inspira al resto de la Carta Fundamental y, en especial, a ese mismo artículo 19. 2.- En efecto, dicho inciso contiene dos tipos penales, que se han planteado como constitutivos del delito de difamación, que nuestro ordenamiento hasta ahora no ha tipificado: el primero es la imputación por un medio de comunicación de un hecho o acto falso, frente a lo cual se abre a dicho medio la posibilidad de excepcionarse probando ante el tribunal competente la verdad de la imputación; este tipo resulta innecesario, porque para asegurar desde esa perspectiva “el respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia” –bienes jurídicos que la Constitución acertadamente garantiza– basta con la pena y el procedimiento correspondiente a los delitos de injuria o calumnia, según sucede prácticamente en todo el mundo. La injuria y la calumnia son tipos penales clásicos y utilizados por todas las sociedades libres y civilizadas para defender la honra de las personas y sus familias. Si ellos resultan en ocasiones insuficientes en nuestro país, se debe perfeccionar tal legislación sin afectar las libertades de expresión y de información.*

¹⁰ Sesiones 128°, 129° y 130°, celebradas los días 10, 12 y 17 de junio de 1975, respectivamente, aunque en rigor la única dedicada solo a la discusión del derecho a la vida privada es la 129°.

Comisión coincidieron en expresar las variadas y múltiples formas que podían adoptar las agresiones y amenazas a la vida privada de las personas, razón por la cual se opta por una redacción sintética que parece consagrar la noción jurídica de vida privada como un principio, más que como una regla. En este sentido, los comisionados coincidieron en destacar el rol que tenían los tribunales de justicia en determinar los distintos ámbitos protegidos por el derecho a la vida privada¹¹.

Después de treinta años del inicio del debate, podemos afirmar que este ha sido desinformado, fragmentado y centrado en las respuestas jurídicas que han propuesto a título individual algunos parlamentarios sensibilizados por los problemas que genera la ausencia de defensas eficaces de protección¹². Esta estrategia difiere ostensiblemente con la implementada en muchos países desarrollados que previo a la discusión parlamentaria han designado comisiones multidisciplinarias que han abordado el derecho a la intimidad desde distintas perspectivas, en especial de aquellas que provienen de las nuevas tecnologías¹³.

El derecho a la vida privada ha sido escasamente abordado por nuestra doctrina lo cual no se condice con la importancia que ha tenido en el debate público nacional desde el restablecimiento del régimen democrático. El estudio del derecho a la vida privada ha sido asumido principalmente por la dogmática constitucional, solo como uno más de los derechos consagrados en el artículo 19 de la Carta Fundamental. Un trabajo que merece destacarse es el elaborado por Corral Talciani que define privacidad como bien jurídico en los términos siguientes:

¹¹ Intervención del Jaime Guzmán E., pág. 7; Sergio Diez U. pág. 9 y Alejandro Silva B. pág. 11. Actas Oficiales Comisión Constituyente, Volumen N° 3, sesión 129ª, celebrada el 12 de junio 1975.

¹² En apoyo a dichas críticas podemos constatar la ausencia de una política legislativa que proponga soluciones adecuadas, coherentes y eficaces respecto a la protección del derecho a la vida privada. El número de iniciativas relacionadas con la regulación de dicho derecho a partir del restablecimiento del régimen democrático son veinte, las que individualizamos en el Anexo.

¹³ Una buena exposición del trabajo desarrollado en Gran Bretaña a partir de la década del 60 por varias comisiones encargadas de estudiar y elaborar propuestas sobre la tutela de la vida privada y la protección de datos personales, véase el trabajo de Losano, Mario G. *Los orígenes del "Data Protección Act"*, en Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos Personales, Cuadernos y Debates N° 21, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 11 a 60.

“es la posición de una persona (o entidad colectiva personal) en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones”¹⁴.

La Carta Fundamental de 1980 introdujo una acción de rango constitucional –llamada recurso de protección–, para tutelar algunos de los derechos y libertades que enumera el artículo 19, dentro de los cuales se encuentra la vida privada y la honra (N° 4) y también la libertad de opinión y de información (N° 12). Nuestro sistema constitucional, a diferencia del existente en otros diseños institucionales –como España–, no exigió para su interposición el agotamiento de la vía ordinaria, en el cual el Tribunal llamado a resolver sobre la presunta vulneración de un derecho fundamental tiene enfrente un proceso –abreviado, preferente y sumario–, que ha determinado la responsabilidad penal o civil del demandado. Por este motivo, la resolución de acciones de amparo constitucional en nuestro país ha acarreado ciertas consecuencias que es necesario comentar sintéticamente.

En primer lugar, los tribunales de justicia al resolver acciones constitucionales, sin que exista un proceso previo en donde las partes hayan tenido la oportunidad procesal de exponer y probar los hechos que sustentan sus acciones o defensas, ha sido determinante para que el mecanismo de resolución de conflictos entre derechos constitucionales más utilizado en el derecho comparado –*balancing test*, o ponderación de derechos–, en

¹⁴ La definición nos parece en todo caso poco esclarecedora, estática y más sociológica que jurídica. En este sentido la definición no alude a las atribuciones o facultades que le otorga a su titular como derecho subjetivo que es. El concepto de privacidad aportado por Hernán Corral Talciani, es según sus palabras como “*bien jurídico*”, sin explicar el sentido que utiliza tal expresión originada en la dogmática penal. Debemos entender que lo usa como sinónimo de un interés jurídicamente protegido. Destacable en todo caso es la adecuada síntesis que realiza de los aspectos más relevantes del derecho a la vida privada a la luz de la doctrina y jurisprudencia estadounidense y europea. Es publicado en dos partes: la primera titulada *Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad. I. Origen, Desarrollo y Fundamentos*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 N° 1, enero-marzo, 2000, y la segunda denominada *Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad II. Concepto y delimitación*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 N° 2, abril-junio, año 2000. La definición del derecho a la privacidad esta extraída de la segunda parte del trabajo, pág. 347.

rigor no se haya aplicado en nuestro país. Las Cortes suelen limitarse a analizar la concurrencia de los requisitos enumerados en el artículo 20 de la Carta Fundamental, a saber un acto u omisión ilegal o arbitraria, y a razonar si dicho requisito tiene la aptitud de privar, perturbar o amenazar alguno de los derechos o libertades que consagra el artículo 19 de la Constitución. Este motivo ha determinado a nuestro juicio que nuestra jurisprudencia en casos muy excepcionales recurra a causales o factores legitimadores que justifiquen la afectación de los derechos a la honra y vida privada frente al ejercicio del derecho de opinión, información y expresión¹⁵. Los criterios legitimadores respecto al derecho a la vida privada y la honra construidos por la jurisprudencia extranjera son el interés público (relevancia pública de la información) y la calidad de las personas involucradas. También desempeña la función legitimadora, la veracidad de la información aunque solo respecto del derecho a la honra, pues dicho elemento es un elemento esencial en la configuración de la intromisión ilegítima a la vida privada de la persona.

La ausencia de dichos elementos en la ponderación de los derechos en conflicto en nuestro sistema constitucional, ha sido a nuestro juicio determinante en la falta de distinción que se aprecia entre el derecho a la vida privada y el derecho a la honra tanto por los recurrentes de protección, como en la interpretación y solución del debate elaborado por nuestra jurisprudencia. En esto ha colaborado en alguna medida el que ambos derechos constitucionales estén consagrados conjuntamente en el N° 4 del artículo 19 de la Carta Fundamental. De este modo los recurrentes de protección suelen invocar ambos derechos constitucionales como vulnerados, aun cuando solo expliquen el menoscabo de solo uno de ellos, con el propósito explícito de ampliar el campo de elección del derecho conculcado a los tribunales de justicia los cuales tampoco han distinguido con claridad los ámbitos de protección, ni la fisonomía y rasgos propios de cada uno.

¹⁵ Una interesante exposición crítica sobre el razonamiento de nuestra justicia constitucional respecto al conflicto de derechos fundamentales a la luz del análisis de distintas teorías elaboradas por la doctrina extranjera, véase el artículo de Ruiz Tagle, Pablo, *Una Dogmática General para los Derechos Fundamentales en Chile*, *Revista de Derecho Público*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Volumen 63, año 2001.

Un segundo aspecto a destacar en nuestra práctica constitucional es el carácter cautelar de la acción de protección, que faculta al afectado para interponerlo frente a la sola *amenaza* de un derecho fundamental. Esto ha significado que en los casos donde se esgrime como amenazado el derecho a la vida privada u honra, se solicite la adopción de medidas que significan en la práctica la instauración de la censura judicial previa en desmedro de otro derecho fundamental, a saber, la libertad de información y opinión. Esta es su mayor eficacia, dado que si se ha exhibido o publicado el mensaje, los tribunales suelen rechazar la acción por la imposibilidad de adoptar medidas de protección adecuadas para cesar la amenaza al derecho a la vida privada que ya se produjo. De este modo se ha prohibido la exhibición de películas (*La Última Tentación de Cristo*), libros (*Impunidad Diplomática* y *Difícil Envoltorio*), investigaciones periodísticas en prensa (*caso Revista Caras con Donoso Arteaga*), y televisión (programas *Mea Culpa* y *Enigma* de Televisión Nacional de Chile, *Crimen y Misterio* de Canal 13) y obras de teatro (*Prat*) entre otras¹⁶.

2. La Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo

La protección penal de la vida privada en Chile nace con la dictación de la Ley N° 19.423 el año 1995. Antes de la entrada en vigencia de dicha ley, la única tutela jurídica que se otorgó a la vida privada fue la originada en publicaciones efectuadas en medios de difusión impresos. Los delitos relativos a las libertades de opinión y de información publicados por la prensa, desde la entrada en vigencia del Código Penal en el año 1875 se describen

Otro buen artículo que analiza críticamente el razonamiento judicial relativo al conflicto entre derechos fundamentales, en especial respecto a la libertad de información y el derecho a la vida privada y a la honra, véase Contesse Singh., Jorge, en *Reglas y Principios en Chile: ¿jerarquía entre los derechos constitucionales?*, publicado en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social, monográfico *Sobre la Cultura Jurídica Chilena*, editado por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2002.

¹⁶ Para una revisión bibliográfica de los argumentos doctrinarios a favor y en contra de las atribuciones cautelares dictadas por los tribunales de justicia que significan una lesión a las libertades de opinión e información, véase nuestro libro *“El Derecho a la Información en Chile”*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.

y sancionan en leyes especiales, según ordena el artículo 137 aún vigente¹⁷. A partir del año 1925, con el Decreto Ley N° 425, ya se empezó a tutelar a “... los que por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación, divulgaren maliciosamente hechos relativos a la vida privada que sin ser injuriosos o calumniosos, puedan producir perjuicios o graves disgustos en la familia a que la noticia se refiera...”. Como bien señala Colombara López, dicha norma fue visionaria para la época, dado que el debate sobre la protección a la vida privada aún no se daba¹⁸. Dicho tipo penal fue derogado al dictarse un nuevo estatuto de los medios de comunicación contenido en la Ley N° 15.476 de 1964, la cual no contempló tipos penales que sancionaran la difusión de hechos relativos a la vida privada. Tampoco lo hizo la Ley N° 16.643 denominada de Abusos de Publicidad dictada el año 1967, que derogó a la Ley N° 15.476 dictada solo tres años antes. Fue bajo el Gobierno Militar en el año 1984 que se restablece la protección tanto de la vida privada como pública respecto a la actuación de los medios de comunicación a través de una reforma parcial a la Ley 16.643 sobre Abusos de Publicidad. La reforma legal, contenida en la Ley N° 18.313 introdujo los artículos 21-A y 21-B y fue dictada en virtud del mandato otorgado al legislador por la Constitución de 1980, que en el artículo 19 N° 4, inciso 2°, calificaba como constitutivo de delito “... la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o su familia será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley...” La modificación originó en la época de su entrada en vigencia una fuerte oposición de los medios de comunicación y entidades periodísticas que vieron una nueva amenaza al ejercicio de su derecho a informar, ya muy limitada por la autoridad militar que poseía un conjunto de atribuciones administrativas que le facultaban prohibir la circulación de nuevos medios y de información de noticias de carácter político, todo bajo un régimen de excepción constitucional que ordenaba la suspensión o restricción del ejercicio de un número significativo de derechos y libertades fundamentales. Las objeciones de fondo de los tipos penales con-

¹⁷ Título III De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución. 1. De los delitos relativos al ejercicio de los derechos políticos y a la libertad de imprenta. Art. 137. “Los delitos relativos al ejercicio del sufragio y a la libertad de emitir opiniones por la prensa, se clasifican y penan respectivamente por las leyes de elecciones y de imprenta”.

¹⁸ Colombara López, Ciro, “Los Delitos de la Ley de Abusos de Publicidad”, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, Chile 1996, pág. 321.

tenidos en los artículos 21-A y 21-B, introducidos por la Ley N° 18.313, era su inconstitucionalidad dado que excedía el marco fijado por la Constitución Política en el artículo 19 N° 4. La Carta Fundamental al configurar el ilícito constitucional, estableció como constitutivo de delito la “...imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito...” El artículo 21-A¹⁹, por su parte castigaba “... la difusión a través de los medios de comunicación (...) hechos de la vida privada de una persona, que causaren o pudieren causar daño material o moral...”. De este modo la ley penal sancionaba aparte del daño efectivamente causado, el daño eventual, con lo que se configuraba un tipo penal de “peligro” que la doctrina penal rechaza, salvo en casos muy excepcionales, dentro de los cuales, sin duda no se encuentran los delitos que puedan cometerse en ejercicio del derecho a la información dado el efecto amenazador para el ejercicio del periodismo y la libertad de expresión que requiere necesariamente para desenvolverse. Por otra parte, el artículo 21-B²⁰, protegía la vida pública, a través de un tipo penal que sancionaba la imputación maliciosa difundida por los medios de difusión –definidos de un modo amplísimo en el artículo 16 de la Ley de Abusos de Publicidad²¹–, de hechos falsos relativos a la vida pública, que le causaren o le pudieren causar daño material o moral, del mismo modo que la figura descrita contenida en el artículo 21-A, ya descrita.

¹⁹ Artículo 21-A: “El que difunda a través de cualquiera de los medios señalados en el artículo 16, hechos de la vida privada de una persona, que causaren o pudieren causar daño material o moral a ella, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, será sancionado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de diez a ciento cincuenta ingresos mínimos mensuales”.

²⁰ Artículo 21-B. “El que sin ánimo de injuriar, impute maliciosamente a una persona, a través de los medios indicados en el artículo 16, un hecho falso relativo a su vida pública, que le causare o pudiere causar daño material o moral, será sancionado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y una multa de cien a quinientos ingresos mínimos mensuales.

El inculpaado podrá excepcionarse probando ante el tribunal la verdad de las afirmaciones”.

²¹ Artículo 16. “Para los efectos de la presente ley se considerarán medios de difusión los diarios, revistas o escritos periódicos; los impresos, carteles, afiches, avisos, inscripciones murales, volantes o emblemas que se vendan, distribuyan o expongan en lugares o reuniones públicas; y la radio, la televisión, la cinematografía, los altoparlantes, la fonografía y en general cualquier artificio apto para fijar, grabar, reproducir o transmitir la palabra, cualquiera sea la forma de expresión que se utilice, sonidos o imágenes”.

Tales figuras delictivas fueron derogadas el año 1991, con la promulgación de la Ley N° 19.048, fruto de un amplio consenso político, al asumir el nuevo Gobierno democrático, luego del término del Régimen Militar, que persiguió la eliminación de todos los delitos que restringían más fuertemente la libertad de expresión. Este objetivo se desprende del Mensaje Presidencial que acompañó el proyecto de ley, en que se consignaba que *“la libertad de expresión es inherente y parte inseparable de un régimen democrático, hasta el punto que se pueda afirmar que este no puede existir sin la plena vigencia de aquella”*. Dicha iniciativa legal fue producto de una política diseñada por el Ministerio Secretaría General de Gobierno que designa una comisión integrada por representantes de las empresas informativas, de periodistas, y de miembros de Escuelas de Periodismo, a los cuales se le solicitó la redacción de dos proyectos de ley²². El primero y más urgente con el propósito de derogar las normas que entorpecen gravemente y limitan la libertad de expresión, y el segundo destinado a la reforma general de la legislación sobre los medios de comunicación, que solo se obtuvo, varios años después con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.733, sobre la libertad de emitir opinión e informar y ejercicio del periodismo, dictada el año 2001.

La Ley N° 19.048 que reforma parcialmente la Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad, aparte de la derogación de los artículos 21-A y 21-B, introdujo una nueva tutela de la protección de la vida privada, con la tipificación de dos tipos penales. La primera figura contenida en un nuevo artículo 22 sancionaba la imputación de hechos relativos a la vida privada o familiar, difundida por los medios descritos en el artículo 16 de la Ley 16.643, efectuada sin autorización del aludido, y que le provocare daño u otras formas de descrédito, como la hostilidad, menosprecio o ridículo. Dicha conducta se castigaba con una pena pecuniaria y en el caso de reiteración con una pena privativa de libertad. El segundo tipo penal, se configuraba con la grabación de palabras o la captación de imágenes de otra persona, sin su consentimiento, que le provocaren las mismas consecuencias y sean difundidos por los mismos me-

²² Martínez Williams, Jaime, *“Lo que deben saber los periodistas”*, artículo publicado en Cuadernos de Información, N° 7, año 1991, editado por el Centro de Estudios de la Prensa, Pontificia Universidad Católica de Chile, pág. 128.

dios que la primera de las figuras descritas²³. El mismo artículo 22, luego de la descripción de las figuras penales, enumera un conjunto de hechos que el legislador calificó como no pertenecientes a la vida privada o familiar, dentro de las cuales se encuentra el carácter de las funciones o actividades difundidas, el espacio físico donde se desarrollan, la autorización del interesado –innecesaria de incluir dado que la descripción de los dos tipos penales ya exigía la ausencia de su consentimiento–, el tipo de documento donde constan los hechos y por último aquellos hechos vinculados a actos delictivos de acción pública. A continuación el artículo facultaba al inculcado para que probara la verdad de sus imputaciones, bajo dos condicio-

²³ Artículo 22° *La imputación de hechos determinados, relativos a la vida privada o familiar de una persona, difundida a través de alguno de los medios señalados en el artículo 16, efectuada sin autorización de esta, y que provocare a su respecto daño o algunas formas de descrédito, tales como la hostilidad, el menosprecio o el ridículo, será sancionada con la pena de multa de diez a cincuenta ingresos mínimos.*

En caso de reiteración o de reincidencia en relación con una misma persona, se impondrá, además, la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.

En las mismas penas incurrirán quienes grabaren palabras o captaren imágenes de otra persona, no destinada a la publicidad y, sin consentimiento de ella, las difundieren por alguno de los medios señalados en el artículo 16, y provocaren las consecuencias señaladas en el inciso anterior.

Para los efectos de los incisos anteriores no se considerarán como hechos relativos a la vida privada o familiar 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 poseyere 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 algunos de los medios señalados en el artículo 16;
- e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y
- f) Los consistentes en la ejecución de delitos de acción pública o participación culpable en los mismos.

Al inculcado de cometer el delito contemplado en el inciso primero de este artículo se le admitirá prueba de verdad de la imputación en los siguientes casos:

- a) Si acreditare que el hecho verdadero imputado, aunque perteneciente a la vida privada, tiene real importancia respecto del desempeño correcto y eficaz de la función pública, o de la profesión u oficio del afectado, o de alguna actividad de significativa relevancia para la comunidad, o
- b) Si el ofendido exigiere prueba de la verdad de la imputación contra él dirigida, y siempre que dicha prueba no afectare el honor o los legítimos secretos de terceros.

En los casos de las letras a) y b) del inciso anterior, probada la verdad de la imputación, el inculcado quedará exento de pena.

Se considerarán, en todo caso, pertenecientes a la vida privada los hechos relativos a la vida sexual, conyugal o doméstica de una persona, salvo que ellos fueren constitutivos de delitos.

nes. La primera se le exigía acreditar la relación entre el hecho verdadero y el interés público de este, desempeño de la función pública, profesional o de alguna actividad de significativa importancia para la comunidad, lo cual dejaba en evidencia un manifiesto error doctrinario. Respecto a las intromisiones no consentidas, no es posible invocar o exigir el criterio de la veracidad, pues se supone que son ciertas, efectivas. De no serlos el afectado tiene la protección de las figuras penales que protegen la honra, donde la veracidad juega el rol de criterio legitimador. El segundo caso donde se le permitía al imputado probar la verdad de sus imputaciones en el largo y confuso artículo 22° era en los casos que el ofendido así la exigiera, con dos excepciones: que la prueba no afectare el honor o los legítimos secretos de terceros. Por último, el inciso final de dicho artículo, define como hechos pertenecientes a la vida privada, los vinculados a la vida sexual, conyugal o doméstica, siempre que no se trate de hechos constitutivos de delitos.

Tanto la Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad como las modificaciones que le introduce la Ley N° 19.048, se derogan en junio del año 2001, por la nueva Ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión y de Información y ejercicio del periodismo, el cual no incluyó tipos penales que penalizaran intromisiones no consentidas en la vida privada de las personas, cometidas a través de un medio de comunicación social. La postura que prevalece en la discusión legislativa del nuevo estatuto de la prensa se fundamenta en el propósito de regular la protección jurídica del derecho a la vida privada en un cuerpo normativo especialmente dedicado a este derecho fundamental. Dicho proyecto de ley inició su tramitación legislativa en junio de 1999 en la Cámara de Diputados denominado "*Proyecto de ley sobre la protección civil del honor y de la intimidad de las personas*", contenido en el Boletín 2370-07 que luego de aprobarlo la Cámara de Diputados, se encuentra en el Senado, en el 2° trámite constitucional.

La única mención a la vida privada de la Ley N° 19.733 está incluida fuera de contexto, en el inciso final del artículo 30, y que se inspira del inciso final del artículo 22° de la Ley 16.643 que recién comentamos. Dicha norma enumera los requisitos que se le exige al querrellado por injurias para alegar la "*exceptio veritatis*" y que son fundamentalmente tres:

1. Que se hubiesen imputado hechos determinados.

2. Que dicha imputación haya sido con motivo de defender un interés público real o bien, y
3. Que el afectado con la imputación ejerciere funciones públicas y que la imputación se refiriere a hechos propios de su ejercicio.

El artículo luego de señalar en seis letras casos de interés público respecto a las personas, señala en el inciso final del artículo 30:

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 único propósito del legislador de incluir dicho inciso en la Ley N° 19.733 a nuestro juicio, fue otorgarles el criterio legitimador de interés público no solo a los acusados por el delito de injurias, sino también respecto a los imputados por intromisiones no consentidas a la vida privada de alguna persona determinada. El interés público que describe nuestra ley, también se denomina en el derecho comparado como “relevancia pública de la información” en el cual también desempeña un papel destacado el carácter de pública o privado de las personas involucradas. Como se afirma tanto por la doctrina como la jurisprudencia extranjera, las personas que desempeñan alguna función pública, o bien que se han expuesto voluntariamente en el ámbito de lo público, no pueden sino aceptar y reconocer necesariamente un ostensible menor grado de protección de la privacidad en sus vidas.

3. Código Penal (Ley 19.423)

El texto original del Código Penal, como ya expresamos careció de normas que protegieran expresamente el bien jurídico vida privada, también llamado intimidad. El año 1995 se incorpora al Código Penal una parcial e inadecuada protección de la vida privada²⁴. La causa directa que originó la rápida discusión y aprobación

²⁴ Ley N° 19.423 de 20 de noviembre 1995, introdujo al Título III del Libro Segundo, un nuevo párrafo (5°) titulado: “*De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia,*” conformado por los artículos 161-A y 161-B.

de dicha norma fue el escándalo político que surgió a raíz del espionaje telefónico en contra del entonces senador Sebastián Piñera a fines de agosto del año 1992. Dicho suceso marca el inicio del debate legislativo sobre la necesidad de mejorar la protección jurídica de la vida privada en nuestro país.

La ley aprobada se compone de dos artículos –161-A²⁵ y 161-B²⁶–, de los cuales en rigor solo el primero se refiere a la protección de la vida privada. El segundo artículo sanciona un tipo de extorsión realizada por medio de alguna de las formas de intromisiones no consentidas descritas en el artículo 161-A.

La respuesta normativa elaborada por los poderes colegisladores para solucionar la desprotección general de la vida privada existente en nuestro país fue inadecuada, lo que no advierte lamentablemente la doctrina penal chilena, la cual –añadiremos–, le ha brindado muy poca atención al bien jurídico *intimidad*, más propiamente llamado en nuestro país, *vida privada*. Existen varias y justas razones para criticar el artículo 161-A del Código Penal. En primer lugar por concentrar en un solo artículo varios tipos penales, al menos cuatro. Protege en este sentido: el secreto de las comunicaciones, el secreto documental, la captación de imágenes o hechos de carácter privado no consentidas por el titular y por último la difusión de cualquiera de los acontecimientos o hechos descritos precedentemente. Desde la perspectiva de la técnica legislativa esto es sin duda un grave inconveniente, pues origina una confusa redacción. Cada figura penal en este sentido,

²⁵ Código Penal, artículo 161-A. “Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 UTM, al que en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado, sustraiga, fotocopie, fotografíe o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado, o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

Igual pena se aplicará al que difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos que se refiere el inciso anterior.

En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a esta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de la ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas”.

²⁶ Código Penal, artículo 161-B. “Se castigará con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales, al que pretenda obtener la entrega de dinero o bienes o la realización de cualquier conducta que no sea jurídicamente obligatoria, mediante cualquiera de los actos señalados en el artículo precedente. En el evento que se exija la ejecución de un acto o hecho que sea constitutivo de delito, la pena de reclusión se aplicará aumentada en un grado”.

exigía una regulación y tratamiento autónomo. En segundo lugar, restringe únicamente la protección al ámbito físico privado –recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público–, dejando sin tutela todas aquellas intromisiones no consentidas efectuadas en un espacio público, sin ninguna razón que lo justifique y pese a que fue advertido en la discusión existente tanto en el Senado²⁷ como en la Cámara de Diputados²⁸. Los tipos penales por otra parte no poseen elementos subjetivos, actuar con la “*finalidad de descubrir la intimidad de otro*”, como lo recoge el Código Penal español, en su artículo 197, lo cual lo convierte en un tipo penal que se agota solo en la acción, en la actuación sin considerar la intención o ánimo del autor. En cuarto lugar el bien jurídico vida privada protege un interés individual o personal del afectado, por lo que la ley debió otorgar para perseguir su sanción solo la acción penal privada, o a lo más, atendida la relevancia actual del derecho conculcado, la acción penal mixta. En quinto y último lugar, los tipos penales descritos están tan mal estructurados, que no especifican si castigan el acto de captar, interceptar, grabar, o reproducir efectuados por alguno de los partícipes de las conversaciones o comunicaciones, o por el contrario, solo por un tercero ajeno, lo cual deja una indeterminación tal del tipo penal, que a nuestro juicio vulnera el principio de legalidad en materia penal que consagra el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política²⁹. La Corte Suprema ha declara-

²⁷ En el informe evacuado a solicitud del Senado, el penalista Manuel Guzmán Vial señaló en lo relativo a las intromisiones o reproducciones no consentidas de conversaciones que: “... *el enunciado de los tipos propuestos dejaría fuera de la censura penal, a las acciones que ocurrieran en lugares públicos. Así, la conversación privada que se tiene en un lugar público, y que es grabada desde distancia, clandestinamente, no se sancionaría, lo que importaría dejar en la impunidad un hecho atentatorio contra la intimidad*”. Sugiere por lo mismo que no haya referencia al lugar donde se realiza la acción. Diario de Sesiones del Senado, Sesión 6ª (Anexo de documentos), págs. 697 y 698.

²⁸ En la discusión particular la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados adoptó varios acuerdos en relación al artículo 161-A propuesto por el Senado. El N° 2 b) expresa: “*Para cambiar el concepto de lugares dentro de los cuales se producen los hechos delictivos. Si el núcleo de la acción delictiva está constituido por la injerencia del tercero en la órbita de intimidad del afectado, no parece lógico que el reproche jurídico se produzca solo cuando la acción punible se realice en lugares privados. De este modo, la conversación privada que se tiene en un lugar público y que es grabada a distancia, no quedaría sancionada*”. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesión 39ª, en jueves 14 de septiembre de 1995.

²⁹ La falta de claridad de tipo penal descrito pudo haberse enmendado en uno de sus aspectos si se hubiese acogido la proposición del penalista Manuel Guzmán Vial, que aunque no objeta en este punto el proyecto propuesto por la

do expresamente la redacción defectuosa del tipo penal descrito en el artículo 161-A del Código Penal en el “*caso Chilevisión, grabación Ministro Daniel Calvo*” lo que analizaremos con más detenimiento en el punto 5.2. de esta investigación³⁰.

4. Criterios utilizados por la jurisprudencia extranjera para resolver el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho la vida privada y a la honra

- 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).

Estos elementos juegan un papel fundamental en aquellos sistemas jurídicos que disponen de procedimientos de tutela civil y penal del derecho a la honra e intimidad (vida privada) regidos por los principios de sumariedad y preferencia. Agotada la vía ordinaria, el afectado queda habilitado para recurrir de amparo al Tribunal Constitucional, en caso que estime que se le ha afectado algún derecho garantizado en la Carta Fundamental.

Nuestro país carece de un tribunal que cumpla con las funciones de los tribunales constitucionales europeos.

Por tal motivo, la casi unanimidad de afectaciones a la honra en nuestro país se ha reconducido al ámbito penal, con la interposición de acciones por injurias y calumnias. En los calificados casos en que los *presuntos afectados* conocen anticipadamente que una empresa informativa o un periodista esté preparando la exhibición de una película, o la publicación de un reportaje, investigación o libro, suelen deducir acciones de protección con el solo objeto que los tribunales superiores de justicia en virtud

Comisión de Constitución del Senado sugirió la siguiente redacción: “*Al que por cualquier medio capte, grabe o reproduzca conversaciones, sin autorización de los que intervienen en ellas...*”. Diario de Sesiones del Senado, Sesión 6ª (Anexo de documentos), pág. 698. (El subrayado es nuestro).

³⁰ Resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia que rechaza los recursos de apelación de los amparos interpuestos por periodistas de Chilevisión y Sebastián Rodríguez, todos procesados en la causa formada con motivo de la grabación con cámaras ocultas al ministro Calvo.

de la dimensión cautelar de la acción (el artículo 20 permite la interposición en caso de privación, perturbación y *amenaza*) impidan su exhibición, publicación o divulgación³¹. En algunas ocasiones también los querellantes en procesos penales por injurias y calumnias han solicitado y obtenido de los tribunales del crimen, la orden de incautación de todos los ejemplares de una edición invocando el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal que ordena dentro de las primeras diligencias que deben decretar el “... *dar protección a los perjudicados...*”³².

³¹ *Caso Libro Impunidad Diplomática y Donoso Arteaga contra Revista Caras*, y todos los casos descritos en el capítulo VIII de la investigación relativos a programas televisivos de investigación, los cuales por la necesidad que tienen los canales de televisión en promocionar anticipadamente su exhibición, el tema central de capítulos, los presuntos afectados suelen tener el tiempo necesario para interponer un recurso de protección con la orden de no innovar incluida a fin de que no se exhiba el programa, mientras el tribunal no se pronuncie sobre el fondo de la acción constitucional.

³² El último caso en donde se decretó esta medida fue en la biografía no autorizada contenida en el libro *Cecilia. La vida en llamas*, escrito por el periodista Cristóbal Peña. El libro basado en la tesis de grado universitaria del autor incluyó pasajes que indignaron a la retratada —una cantante muy popular en la década de los años 60—, como su adicción al alcohol, a las drogas y una tendencia al lesbianismo. Las órdenes judiciales que ordenan la incautación de ediciones completas de libros, en nuestra opinión no se encuentran autorizadas por norma legal alguna, siendo toda decisión que las decreta contrarias al ordenamiento jurídico, aparte de contravenir la libertad consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental que asegura la facultad de emitir opiniones e informar sin censura previa. El artículo 41 de la derogada Ley 16.643 de Abusos de Publicidad autorizaba la requisición de no más de 4 ejemplares, la cual se podía extender a todos los ejemplares de la obra solo en caso de delitos contra las buenas costumbres o contra la seguridad exterior del Estado, provocación de delitos de homicidio, robo, incendio. A su vez el artículo 16 de la Ley 12.927 de Seguridad del Estado facultaba a los tribunales únicamente en casos graves el requisamiento inmediato de toda edición en que aparezca de manifiesto algún abuso de publicidad penado por dicha ley. El Libro Negro de la Justicia, se retira por el requerimiento presentado por Servando Jordán en virtud de dicha ley. La Ley 19.733 sobre Libertad de Opinión e Información y ejercicio del Periodismo derogó dicho artículo, y no incorporó ninguna disposición análoga. Por esta razón toda resolución judicial desde la entrada en vigencia de la Ley 19.733 que ordene la requisición —aunque sea solo un ejemplar—, constituirá una medida ilegal y arbitraria. Pero no solamente contraria al ordenamiento jurídico sino también a nuestro juicio encuadrada en el tipo penal consagrado en el artículo 36 de la Ley 19.733 que sanciona al que “... *en el ejercicio de funciones públicas obstaculizare o impedir la libre difusión de opiniones o informaciones a través de un medio de comunicación social*”.

La resolución decretada por el tribunal de primera instancia que ordenó el retiro de toda la edición del libro *Cecilia. La vida en llamas* causa rol N° 63.135-2002 fue confirmada por la Corte de Apelaciones con fecha 13 de enero de dos mil tres. Cabe destacar de la sentencia, el fundado voto disidente del ministro Sergio Muñoz G. que estuvo por revocar la decisión apelada y alzar la medida dispuesta:

1. Que el Constituyente asegura a toda persona libertad de expresión, que comprende la de informar. Si bien los tratados internacionales suscritos por

4.1. *Primer criterio: 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)*

Este elemento es el criterio o parámetro fundamental para calificar la legitimidad del ejercicio de las libertades públicas cuando entran en conflicto con los derechos a la honra y la vida

Chile y que se encuentran vigentes, permiten al legislador adoptar ciertas restricciones a su respecto, si en ello se tiene en vista, entre otros eventos, el respeto de los derechos o la reputación de los demás, no lo es menos que al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República se descartó contemplar una norma en tal sentido. La legislación interna constituida actualmente en la Ley 19.733, no obstante que no comprende al libro entre los medios de comunicación social atendidas las exigencias de estabilidad y periodicidad en la transmisión de textos, resulta útil para ilustrar la materia que nos ocupa, pues por medio del artículo 1 ha dispuesto en términos generales que la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituye un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley, de modo que tanto por la interpretación restrictiva de las limitaciones de las garantías fundamentales, que su ejercicio no puede ser afectado en su esencia, como por la aplicación de los principios de las leyes penales en el tiempo, en la actualidad no resulta procedente adoptar decisiones en contrario de dicha difusión, siempre sin perjuicio de responder por la conducta en conformidad a la ley, si ello procediere de acuerdo al mérito de los antecedentes que rodean al caso concreto, permitiéndose, solo en el contexto de procesos en que se investiguen ilícitos contemplados en la normativa del artículo 374 del Código Penal, disponer el decomiso de impresos y grabaciones, de acuerdo a los términos de la reforma al artículo 504 del Código de Procedimiento Penal.

2. Que, en todo caso, las medidas cautelares están constituidas por providencias que se pueden adoptar con motivo de la investigación de un hecho que reviste caracteres de delito, sobre la base del principio *fumus boni iuris*, de naturaleza preventiva, provisional y transitoria, dispuestas especialmente durante la etapa de investigación, que puede afectar a personas o bienes y con finalidades probatorias, de cara a asegurar los efectos del delito, la responsabilidad del delincuente o dar protección al ofendido. En el caso de autos la medida cautelar real se decretó para dar protección a la querellante, puesto que, en lo referido a la finalidad probatoria, a los autos se acompañó un ejemplar del libro.

3. *Que en todo orden ideas, cuando un magistrado dispone una medida dentro del procedimiento debe estar inspirado por el principio de la racionalidad, que le obliga a ponderar especialmente su necesidad, utilidad, proporcionalidad y eficacia. Subyace la concepción de ultima ratio del proceso penal, como de las medidas dispuestas en él, dado que resulta impensado que en la actualidad se impida la circulación de una publicación, en atención a las múltiples formas en que se puede dar a conocer y los medios no convencionales de impresión y distribución, como por el hecho que la decisión no puede afectar la libertad de expresión e información, puesto que, cumpliendo las exigencias legales, el imputado o terceros podrán referirse públicamente al impreso y llegar a reproducir nuevamente todo o parte del libro, como de hecho ha ocurrido. Lo anterior no descarta que, en relación con los efectos del delito, resulte procedente asegurar el producto del mismo, adoptando todas las medidas necesarias para evitar el*

privada. Una importante vertiente de este criterio está dado por el carácter público o privado de la persona involucrada, por lo cual adquiere significación la determinación de la posición que ocupa la persona en la sociedad. La tutela de la vida privada de una persona está dada en una proporción inversa a su participación en cuestiones públicas, cualquiera sea el ámbito de donde se proyecte hacia la sociedad.

La jurisprudencia estadounidense se ha pronunciado, como la de ningún otro país sobre este criterio, distinguiendo a lo menos tres categorías de personas: *public officials*, *public persons* y *private persons*³³. A la primera clase de personas pertenecerían todas aquellas personas que tienen la calidad de servidores del Estado. La segunda categoría incluiría a aquellas personas que tendrían la capacidad para influir en los asuntos públicos. Por último, el concepto de personas privadas abarca a todas aquellas personas no comprendidas en las dos primeras categorías. Otra clasificación vinculada a la anterior es la que distingue entre dos tipos de personas públicas: las voluntariamente públicas, que son las que se han expuesto ante la mirada del pú-

uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquiera clase de valores o dineros provenientes de ellos, como cuanto conduzca a evitar la conversión del provecho ilícito en actividades que oculten o disimulen su origen. Este razonamiento no lleva a excluir el siempre posterior análisis material de la publicación de acuerdo a las normas legales pertinentes, haciendo efectiva la responsabilidad penal e incluso sancionando la conducta si procediere.

4. Que no resulta ajeno a este disidente la exigencia elemental y primaria de responsabilidad de quien efectúa una investigación, naturaleza que le asigna el imputado a la publicación, que le impone el deber primero de veracidad en las afirmaciones que se expresan e información que se entrega, si no cita la fuente de las mismas y las asume como propias, dado que en ese caso debe comprobar la efectividad de los hechos si la ley lo permite, de no hacerlo u obtener un resultado erróneo le corresponde a él asumir el costo legal y no al ofendido. En efecto, en una sociedad democrática, en que rigen plenamente las libertades y se asegura la dignidad de todos los individuos, en un debate libre y sin censura previa, cuando se trata de personas de interés público pueden ser inevitables los errores, especialmente cuando tales personas han querido dejar ciertos hechos preservados del conocimiento público radicándolos dentro de su natural derecho a la intimidad, por ello se dispone por el Estado de los mecanismos pertinentes de reparación y represión de tales excesos en forma posterior, en lo cual, sin embargo, debe preferirse siempre de aquellos medios que no limiten los derechos de terceros e incluso del mismo imputado.

La causa criminal finalmente se sobresee al acogerse con fecha 17 de junio 2003 la solicitud de abandono del procedimiento alegada por la Clínica de Interés Público de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales que asumió la defensa del escritor. La sentencia es confirmada por la Corte de Apelaciones el 4 de febrero de 2004.

³³ Clasificación tomada del artículo de García San Miguel, Luis, *Reflexiones sobre la Intimidad como Límite de la Libertad de Expresión*, en *Estudios sobre la Intimidad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pág. 22.

blico por sus actividades o asumiendo puestos destacados en instituciones o desempeñan actividades de interés para el público. La jurisprudencia norteamericana ha comprendido dentro de esta categoría a actores, atletas profesionales, políticos, músicos, intérpretes y animadores. A la segunda categoría de personas públicas, pertenecerían personas involuntariamente públicas, que comprendería a aquellos que no han buscado la atención del público, pero que han sido noticia como resultado de su participación en algún hecho noticioso relevante, como lo serían entre otros, las víctimas de delitos o accidentes, personas procesadas por delitos, o aquellas que han realizado actos heroicos³⁴. De este modo una persona privada puede convertirse en involuntariamente pública si está relacionada con una persona voluntariamente pública³⁵.

La jurisprudencia chilena en escasas ocasiones ha tomado en consideración este criterio, siendo una excepción el caso *Donoso Arteaga y otros con Revista Caras*, en donde la recurrente alega el carácter privado de su cónyuge fallecido, razonamiento que analizaremos en el punto 6.3. de esta investigación.

4.2. Razonamiento elaborado por el derecho comparado respecto al interés público (relevancia pública de la información) y la calidad de las personas involucradas³⁶

La jurisprudencia constitucional española ha sostenido que los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad aceptan voluntariamente un mayor riesgo de que sus derechos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas, alcanzando por tanto respecto de ellos la libertad de información su máximo nivel de

³⁴ Clasificación tomada del artículo de Gregorio Carlos, Greco Silvana y Baliosian Javier, *Impacto de las Nuevas Tecnologías de Comunicación e Información sobre los Derechos de Intimidad y Privacidad*, en *Internet y Sociedad en América Latina y el Caribe*, FLACSO Ecuador, Quito, 2001, pág. 391.

³⁵ Caso *Kapellas v. Kofman*, originado por la publicación en un diario de un editorial crítico a la candidata a un cargo electivo, Ines Kapellas por el arresto de su hijo y al hecho que su hija fuese encontrada vagando por las calles en varias oportunidades, caso en el cual la Corte Suprema de California manifestó que los hijos habían perdido su privacidad por la candidatura de su madre, Ib. Supra. pág. 391.

³⁶ Criterios extraídos del capítulo IX del libro de Saraza Jimena, Rafael, *“Libertad de Expresión e Información frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen”*, Editorial Aranzadi, 1995, Pamplona, España, págs. 225 a 235.

eficacia legitimadora debido a que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de personas privadas que sin vocación de proyección pública se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que por consiguiente reconocer un ámbito superior de privacidad que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos. De este principio, se han enunciado un conjunto de razonamientos, dentro de los cuales destacamos los siguientes:

I. Las personas que se dedican a actividades políticas están expuestas a un más riguroso control de sus acciones y manifestaciones que si trataran de personas privadas sin proyección pública.

II. En un sistema inspirado en valores democráticos la sujeción a la crítica es parte irreparable de todo cargo de relevancia pública. El Tribunal Constitucional español ha afirmado que en un sistema democrático, las acciones u omisiones de un político deben situarse bajo el control no solo de los poderes Legislativo y Judicial sino también de la prensa y de la opinión pública. Esta crítica puede ser molesta, acerba, hiriente, todo lo cual hace que el debate sobre los temas públicos sea desinhibido, robusto y abierto³⁷.

III. La notoriedad pública de una persona puede conferir relevancia pública a la información sobre sus declaraciones, aunque el contenido de tales declaraciones carezca en sí de relevancia pública.

IV. Un elemento que puede desempeñar un papel decisivo se relaciona con los sucesos sobre la cual recae, como por ejemplo hechos asociados a la comisión de delitos, en los cuales existe una total prescindencia de la calidad de las personas intervinientes, ya sea en calidad de responsables o de víctimas.

³⁷ Razonamiento inspirado del caso resuelto por la Corte Suprema estadounidense, "*New York vs. Sullivan*".

V. No puede entonces exigirse a un medio de comunicación que se abstenga de informar sobre lo dicho por quién convierete en noticia cuanto afirme o declare.

VI. La preponderancia o preferencia de las libertades de opinión y de información se fundamenta en la función que estas cumplen en un sistema democrático, al asegurar la existencia de una opinión pública libre e informada en todos aquellos casos que se ejerciten respecto a asuntos que son de interés general.

4.3. Segundo criterio: La veracidad de la información

En los casos de atentados a la honra, la veracidad de lo difundido por el imputado cumple una función esencial en un proceso penal por delitos de injurias y calumnias.

En el delito de calumnia, la situación es menos problemática ya que un elemento integrante del tipo lo constituye la falsedad del delito imputado, de modo que si es verdadero no se configura el tipo penal. La excepción de verdad, por lo mismo se concede en términos muy amplios en el Código Penal:

Art. 415. El acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado.

Tratándose del delito de injurias, la posibilidad de alegar la excepción de verdad es más compleja, debido a muchas de las expresiones que pueden atentar contra la honra de una personas no son susceptibles de predicar su falsedad o verdad.

Por tal razón, por regla general respecto del delito de injurias, la verdad de lo que se publica o difunde es irrelevante, en especial si las expresiones consisten en insultos, garabatos o expresiones groseras, las cuales como ha señalado acertadamente la dogmática penal, no son susceptibles de prueba. Por el contrario, algunas expresiones injuriosas admiten el ejercicio de la *exceptio veritatis* en casos calificados.

Las excepciones están descritas en dos cuerpos legales y sus requisitos son:

- a. Código Penal. Art. 420. Se admite la prueba de verdad de las imputaciones, siempre que:
 - Sean dirigidas contra empleados públicos e incidan,
 - Sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

- b. Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y sobre el ejercicio del periodismo. Al igual que la ley que derogó este cuerpo legal (16.643 sobre Abusos de Publicidad), sigue el mismo principio general consagrado en el Código Penal: por regla general no se admite la prueba de la verdad por las injurias que se cometan por medio de los medios de comunicación social definidos en el artículo 2°.

Excepcionalmente entonces se admite la prueba de la veracidad siempre que se cumplan con las siguientes condiciones enumeradas en el artículo 30 de la Ley N° 19.733.

1. Que se hubiesen imputados hechos determinados y
2. Que concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - 2.1. Que la imputación se produzca con motivo de defender un interés público real;
 - 2.2. Que el afectado ejerza funciones públicas y la imputación si refiera a hechos propios de tal ejercicio.

El artículo enumera de un modo amplio aunque taxativo los hechos que revisten de interés público sobre una persona, y que son 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.

En estos casos, si se probare la verdad de la imputación, el juez debe proceder a sobreseer definitivamente o absolver al querellado, según correspondiere.

Se incluye extrañamente un último inciso, que intenta excluir del interés público un conjunto de ámbitos reservados de las personas, cuyo análisis ya efectuamos.

4.4. *La exigencia de la veracidad en el derecho comparado*³⁸

Existe una abundante jurisprudencia en el derecho comparado, sobre el razonamiento relativo a la (im) procedencia de la exigencia de la veracidad –en especial–, a los informadores sujetos cualificados del derecho a la información.

Expondremos sintéticamente algunos de estos principios elaborados por la jurisprudencia española, los cuales suelen reiterar los criterios y considerandos generales que fundan sus sentencias.

En primer lugar, la veracidad no equivale a la exigencia de la verdad. Veracidad de este modo, se ha entendido un deber de diligencia del informador en la comprobación de los hechos, es decir en una búsqueda procedimental de la información, a la cual los periodistas, como profesionales deben cumplir. Significa una sujeción a estándares mínimos de diligencia y profesionalidad, como el de comprobar, contrastar fuentes, identificarlas, de lo cual resulta insuficiente la remisión a fuentes anónimas. En consecuencia el cumplimiento de este requisito está dado en función de satisfacer las exigencias de la “*lex artis*” de la profesión periodística, más que en demostrar la verdad de la información en sí misma. De este principio se han derivado una serie de enunciados importantes, entre los que vale la pena destacar los siguientes:

³⁸ Extraído del capítulo X, libro “*Libertad de Expresión e Información frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*”, Saraza Jimena, Rafael, ob. cit. pág. 237 a 277.

I. No está amparada por la Constitución quien con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, transmite como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas.

II. Es información digna de protección, aunque sea inexacta errónea o controvertible siempre que no afecte la esencia de lo informado, en cambio no se protege a quienes defraudando el derecho de todos a recibir información, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas.

III. La veracidad de la información no equivale a la objetividad o asepsia de la misma, por ello los medios de comunicación pueden elaborar conjeturas, incluso sobre asuntos que se encuentren radicados en los tribunales de justicia, en caso contrario la única información protegida se limitaría a la transmisión mecánica de información.

IV. La exigencia de veracidad requiere una actuación mayor a la simple remisión genérica de fuentes anónimas o indeterminadas.

V. La exigencia de la veracidad requiere del respeto al principio de presunción de inocencia.

VI. El requisito de la veracidad de la información en el caso de cartas al director. Disminución de la diligencia profesional del director del periódico en la comprobación del contenido de la carta. No es la misma responsabilidad de este respecto a los profesionales que en el medio trabajan.

VII. El Director debe comprobar la identidad del autor de la sección cartas al director, ya que de lo contrario habría impunidad de delitos contra el honor en ciertos espacios o secciones del periódico. Lo contrario es afectar a los lectores de la autoría de la opinión. También el autor puede asumir su responsabilidad.

II. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN A LA VIDA PRIVADA

1. Derecho a la propia imagen. Artículo 19 N° 4 Y 25 CPE

En esta segunda parte del trabajo sistematizaremos los distintos ámbitos que posee la vida privada que ha sido objeto de pronunciamientos por nuestros tribunales de justicia.

El derecho a la propia imagen se protegió por la vía penal a partir del año 1991 con la entrada en vigencia de la Ley 19.048 que introdujo modificaciones –entre otras–, al artículo 22 inciso 2° de la Ley 16.643 de Abusos de Publicidad, y por la que tipifica una la protección de la vida privada de las personas frente a la actuación de los medios de comunicación. Configuró como delito la captación de imágenes de una persona no consentidas por su titular, difundidas por un medio de comunicación y que le provocase daño o descrédito. Esta protección no aparece recogida en la Ley N° 19.733 actualmente vigente que decidió dejar para una ley especial, la protección de la vida privada y cuyo proyecto de ley está en actual tramitación.

También el Código Penal, como ya expusimos, incorpora varios tipos penales que tutelan la vida privada en la figura que describe el artículo 161-A que introdujo la Ley 19.423, en que una de las conductas penalizadas castiga la captación y difusión no consentida de la imagen de una persona. El reconocimiento explícito del derecho a la propia imagen y su tutela desde el punto de vista civil, sin embargo constituyen una tarea pendiente para nuestro legislador.

No obstante, los Tribunales Superiores de Justicia de nuestro país se han pronunciado sobre el derecho a la propia imagen, conociendo acciones de protección. Los afectados han invocado otros derechos al fundar sus pretensiones, en especial el derecho a la honra y la vida privada que garantiza la Constitución Política de 1980, en el artículo 19 *“La Constitución asegura a todas las personas: N° 4, el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia”*.

El ordenamiento jurídico chileno no ha regulado la protección civil de la propia imagen. El proyecto de ley en tramitación ya mencionado sobre protección civil del honor e intimidad de las personas (Boletín N° 2370), incluye dentro de sus disposiciones su tutela civil con lo cual se reconocerá por vez

primera en nuestro país dicho atributo de la personalidad el que comprenderá nombre, voz, e imagen de la persona, tanto respecto a su uso indebido o abusivo, como el reconocimiento al valor comercial que posee.

La protección jurídica de la imagen ha tenido un gran desarrollo en los EE.UU., cuya abundante jurisprudencia ha ido delimitando las distintas dimensiones de la proyección física de una persona. En algunos de los sistemas constitucionales europeos se ha incorporado al catálogo de los derechos fundamentales, dotándolo de autonomía respecto del derecho a la intimidad. La doctrina y la jurisprudencia extranjera ha distinguido a lo menos tres dimensiones del derecho a la propia imagen, cada una fundada en razones distintas y autónomas³⁹. Los primeros argumentos para proteger la propia imagen estuvo asociada a la tutela de la intimidad, la que exigía por tanto una intromisión a un ámbito de reserva no consentido por el titular de la imagen. El segundo aspecto de la tutela de la imagen es el honor y no la intimidad, en donde las hipótesis se configuran al asociarse al titular de la imagen a conductas, situaciones, preferencias, hábitos que le provocan una afectación a su reputación, todas las cuales rebajan la valoración social la persona. La tercera variante de la protección de la propia imagen es la dimensión del valor publicitario que esta posee.

Nuestra jurisprudencia ha resuelto casos vinculadas relativos a las tres proyecciones de la propia imagen, aunque como revisaremos a continuación no ha distinguido con claridad los distintos ámbitos del derecho, y solo desde hace un par de años ha declarado que el derecho a la propia imagen tiene un reconocimiento implícito en nuestra Constitución Política.

1.1. Derecho a la propia imagen y vida privada

La primera y más antigua dimensión de la protección a la propia imagen se vincula estrechamente con el derecho a la vida privada, caso que estuvo una fuerte presencia en los

³⁹ La clasificación la hemos tomado de Amat Llari, Eulalia, *El Derecho a la Propia Imagen y su Valor Publicitario*, Editorial La Ley, Madrid, 1992.

redactores del artículo que dio comienzo a la moderna discusión del “*right to privacy*”⁴⁰.

El titular del derecho a la propia imagen-privacidad tiene la facultad de control y por tanto el poder de impedir la divulgación, publicación o exhibición de los rasgos que lo singularizan como sujeto individual, su imagen propiamente tal, su voz, y su nombre, protegiendo con esto el ámbito privado de la persona y su entorno familiar, el cual queda sustraído del conocimiento de terceros. Esta protección reviste especial importancia en la actualidad, dado al creciente desarrollo de tecnologías y procedimientos que posibilitan enormemente la captación y difusión de imágenes de las personas.

1.1.1. Caso Alvarado Solari contra *Diario La Cuarta*⁴¹

Los casos más relevantes en materia de protección de propia imagen-vida privada, se ha originado en la publicación de fotografías de jóvenes en traje de baño tomadas en distintas playas de nuestro país, acciones que las Cortes en una primera etapa rechazaron al no advertir una vulneración al derecho la vida privada y a la honra que la publicación de las imágenes fotografías le ocasionan a las recurrentes. El primer caso caratulado “*Alvarado Solari, Julio con Diario La Cuarta*”, la Corte estimó inexistente la ilegalidad de la difusión de las fotografías, fundado en que la ley de propiedad intelectual le otorgaba a las empresas periodísticas el derecho de publicar las imágenes de su personal sujeto a contrato de trabajo. Soslaya en consecuencia, la obligación de los fotógrafos en obtener el necesario consentimiento de la persona retratada. Este razonamiento recoge la

⁴⁰ Los autores del histórico artículo publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, “*The right to privacy*” fueron los juristas Samuel Warren y Lois Brandeis. La génesis de dicho trabajo se inspira en la actuación de la naciente *prensa del corazón* de Boston que comienza a publicar fotografías y crónicas de la vida social de la ciudad en la cual era un asiduo asistente Samuel Warren, el cual se había casado con la hija del senador Bayard. Como señala Pérez Luño citando a Miller, el trabajo de los juristas, no tuvo fines altruistas o desinteresados, sino “...dejar a salvo a la alta burguesía de las críticas e indiscreciones de la prensa que por aquel entonces, comenzaba a ser en Estados Unidos un poder importante”. Pérez Luño, Antonio, “*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*”, Editorial Tecnos, 1995, Madrid, 1995, pág. 323 y 324.

⁴¹ Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 1 de agosto de 1989, confirmada por la Corte Suprema con fecha 16 de agosto 1989, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, diciembre-marzo 1990, págs. 126 y sgtes.

línea argumental del caso “*Caszely Garrido, Carlos y otros contra Salo Editores Ltda.*”, el que expondremos al tratar la dimensión propia imagen - valor comercial.

El Tribunal expone como criterio determinante para resolver la acción deducida que:

7º “... el problema consiste en determinar si los hechos que se desarrollan en lugares públicos o abiertos pueden considerarse como parte de la vida privada de una persona. La respuesta adecuada es negativa, porque la circunstancia de que sean realizados en un lugar público está indicando que la presunta afectada no lo considera privado y sobre el particular su voluntad en este aspecto es decisoria. En consecuencia, no puede estimarse vulnerada la garantía constitucional, (...) si se considera que la hija del recurrente se hallaba en un lugar público”.

La Corte por tanto, restringe la tutela de la vida privada al espacio físico donde se realiza la captación de la imagen, hecho determinante para juzgar una presunta vulneración a la vida privada de una persona.

Por tanto, el tribunal desestima la acción constitucional, manifestando que:

“... no es posible concluir que mediante la publicidad de marras se menoscabe la honra de la afectada y su familia, en el sentido de que aquella haya dejado expuesta la buena opinión y la responsabilidad social de las personas que la conocen, sin que sea suficiente para alterar las conclusiones anteriores el manifiesto desagrado que se expresa en el recurso por la indicada publicación, en especial debido al concepto desfavorable respecto del prestigio y seriedad que el merece el diario recurrido”.

1.1.2. Díaz Colom, José contra *Diario La Cuarta*⁴²

La relevancia de este caso es significativa, dado que constituye la primera sentencia en acoger un recurso de protección

⁴² Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 26 de abril de 1993. Publicada en la Gaceta Jurídica, año 1993 octubre, N° 160, Editorial Cono Sur, págs. 143 a 145.

originado nuevamente por la publicación en la portada de la fotografía de una adolescente en traje de baño en el diario *La Cuarta*. El fallo no se funda en el reconocimiento del derecho a la propia imagen de la recurrente, sino la tutela de la honra y vida privada. El padre de la menor deduce la acción de protección debido a la publicación en tres ediciones de la imagen en la primera página del diario de su hija menor de edad captada en traje de baño. Las fotografías, alega el recurrente enfocan principalmente sus partes íntimas lo que *“denosta la imagen de cualquier mujer, en un espacio con fines proxenetistas (...), en que figuran mujeres prácticamente desnudas, con leyendas reñidas con la moral y las buenas costumbres...”*. Manifiesta el recurrente que la publicación de las fotografías fueron hechos sin el consentimiento de la menor, lo cual le ha provocado enormes perjuicios tanto a ella como a su familia, al ser objeto de burlas, menosprecio y ofensas quedando además con la matrícula condicional en el colegio, mientras no acredite que fueron publicadas sin su consentimiento. Los derechos que estima vulnerados el recurrente son: el derecho a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, recogidos en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental. El diario *La Cuarta* en su informe alega que las fotografías y las leyendas que las acompañan no son desdorasas para la recurrente, ni se ha afectado su vida privada y honra. La actuación del diario según el recurrido se encuadra en el derecho a informar el cual se ejerce de buena fe, sin causar menoscabo a nadie.

La Corte de Apelaciones entiende que el recurso se fundamenta en dos hechos. El primero respecto a las fotografías de la menor en traje de baño que resalta sus partes íntimas, lo cual denigra su imagen. El tribunal respecto a este punto, infiere del examen visual de las fotografías, que se captaron tomas de la menor de cuerpo entero, en bikini, en tres poses distintas, de la cual se observa su rostro, y de las cuales aparece disfrutando de un día de playa, sin que exista un propósito malsano que puedan dañar o afectar su honra. El segundo punto que destaca la Corte es la publicación:

1° *“... en primera plana en el espacio destinado permanentemente a mostrar mujeres prácticamente desnudas, con leyendas reñidas con la moral y las buenas costumbres, con grave daño para su dignidad y reputación, afectando además a su familia sin su conocimiento y menos con su anuencia”*.

El tribunal sostiene respecto a este hecho que la publicación frecuente en portada del diario *La Cuarta* de fotografías de mujeres jóvenes en poses sugestivas, exhibiendo las partes eróticas de su cuerpo crea una imagen en el público, desfavorable a la dignidad, respeto y consideración de quien aparece por ese solo hecho en el recuadro.

Siguiendo dicho razonamiento, la Corte estima que la publicación de la menor en primera plana del periódico, en bikini, sin contar con su anuencia o la de sus padres:

5º "... afecta inevitablemente a su vida privada y a su honra, en el círculo de quienes la conocen y pudieren percatarse de que era ella, y solo entre estos, pues no se la identifica en el recuadro..."

La ilegalidad del acto está constituida en opinión del tribunal, por la publicación de las fotografías en días distintos, que compromete el derecho de los padres a educarla, afectando su enseñanza en principios básicos de moral y a la estima a su persona entre sus compañeros de colegio, y que aparece resentida ante su dirección que dejó su matrícula condicional sujeta a la demostración que no tuvo participación en la publicación de las fotografías. La arbitrariedad del acto aparece de manifiesto en opinión de la Corte por el hecho que el diario publique las fotografías sin contar con la autorización de los recurrentes.

La Corte pondera el derecho invocado por el periódico, señalando que:

7º "... el derecho a informar que hace valer el recurrido en su defensa, también de rango constitucional, cede, en este caso, ante la preeminencia de la garantía en estudio, con la cual aparece en pugna al tenor de la propia norma que la contempla en su número 12, inciso 1º, del artículo 19 de la Carta Fundamental..."

Este considerando merece un par de observaciones. El caso a nuestro juicio, no da cuenta de un conflicto entre el derecho a la información y los derechos a la honra y vida privada. La publicación de fotografías en portada en medios de *personas privadas*

o que carecen de relevancia pública, o que no están asociadas a hechos de interés también públicos, difícilmente puede invocar un supuesto derecho a informar. ¿Qué interés informativo puede tener una fotografía en primer plano de una mujer *privada* o desconocida en traje de baño? Nos parece sin embargo que en todo caso, pueden difundirse fotografías o imágenes de personas en lugares públicos, siempre que estas posean un carácter accesorio. Es habitual en este sentido, que los medios de comunicación ilustren crónicas o reportajes acompañadas de planos generales de playas y centros de esparcimientos que comentan por ejemplo, el tiempo, el número de turistas que visita la zona, los cuales sí se encuadran en la libertad de información que ampara el trabajo periodístico. Asimismo quedan protegidos por dicho derecho fundamental las publicaciones de fotografías de personas que posean la calidad de públicas en cualquier lugar de acceso público, y también de personas privadas respecto de hechos o acontecimientos, tales como accidentes, manifestaciones y celebraciones que aparezcan vinculadas a hechos de interés público.

Un aspecto rescatable del breve considerando, tiene sin embargo un elemento positivo, pues efectúa una ponderación entre ambos derechos, al señalar que el derecho a la información “cede” en el caso expuesto, lo que estimamos correcto al no declarar *prima facie* una supuesta mayor jerarquía del derecho a la honra o a la vida privada, como alguna línea jurisprudencial ha declarado.

La Corte de Apelaciones acoge el recurso, prohibiendo de manera absoluta una nueva publicación con fotografías de la menor, ordenando además al representante del diario la entrega inmediata de todos los negativos de las fotografías.

1.1.3. Rischmaui, Francisca contra COPESA (*Diario La Cuarta*)⁴³

Los Tribunales de Justicia acogen nuevamente una acción fundada en los mismos hechos reseñados precedentemente, con lo que se empieza a consolidar el reconocimiento aunque indi-

⁴³ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 8 de septiembre de 1997, confirmada sin declaración por la Corte Suprema de Justicia el 17 de noviembre de 1997. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2ª parte, sección 5ª págs. 126 y sgtes.

recto al derecho a la propia imagen. El mismo Diario *La Cuarta* publica una fotografía de una joven bañista en un balneario de la ciudad de Viña del Mar. La presentación de la acción alega la utilización de la imagen de la recurrente para promover la venta del periódico, lo cual se estima constitutivo de un acto arbitrario e ilegal que perturba el legítimo derecho a la vida privada. En la parte resolutive del fallo, la Corte de Apelaciones razona que si bien la sola publicación de la fotografía afectó la “honra” de la recurrente, afirma:

“... que no es menos cierto que al haberse procedido a ello sin su consentimiento previo, se ha perturbado sin embargo el derecho que al “respeto y protección” de su “vida privada y pública” le asegura la Constitución. En efecto, el nombre y la imagen del individuo, como atributos de la personalidad, no han podido ser utilizados como en este caso sin el consentimiento previo y expreso de su titular, ni tampoco en provecho y beneficio exclusivos de un tercero no facultado por la ley para ello;”

La Corte de este modo estima irrelevante el hecho que la fotografía haya sido captada en un lugar repleto de asistentes, ni que el fin haya sido solo para exaltar “una vez más la reconocida belleza de la mujer chilena”, como afirma en su informe el periódico.

De este modo, el tribunal razona que:

“... el hecho que la fotografía se haya tomado en un lugar público no puede extenderse más allá del arbitrio de la recurrente en cuanto a esa su precisa y limitada significación (...) no puede presumirse ni suponerse consentimiento alguno suyo para que mediante la divulgación pública y masiva de ese hecho o decisión discrecional y privado pueden afectarse, sus demás derechos esenciales, como son entre otros, su voluntad de permanecer transitoriamente en un lugar determinado sin el necesario conocimiento de otros, lo que resulta consustancial y de la esencia y naturaleza misma del derecho que a la protección de su vida privada le asegura la Carta Fundamental”.

Aquí el fallo disocia la protección a la vida privada a un ámbito espacial determinado lo que nos parece adecuado, dado

que la tutela a la vida privada vinculada a esta dimensión de la propia imagen - intimidad no se relaciona con el sitio, lugar o paraje donde se capte la imagen.

El hecho que las fotografías vayan acompañadas de comentarios procaces sobre los rasgos o atributos de las personas retratadas podría también considerarse una afectación al derecho a la honra, aparte del derecho a la propia imagen - vida privada. El proyecto sobre la protección civil de la intimidad, honra y propia imagen –Boletín N° 2370–, que se discute en el Congreso Nacional considera como intromisión ilegítima: *“la captación, reproducción o publicación de fotografías de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos...”*. Sin embargo, señala casos en que el derecho a la propia imagen *“no podrá impedir la captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una proyección de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público y los casos en que la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria a la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento”*⁴⁴. Por tanto, en caso de aprobarse dicho artículo, se reforzará la protección de la imagen de la persona en la dimensión propia imagen - vida privada al permitirse la difusión amplia de planos generales no así de *close up* o primeros planos de personas que puedan individualizarse claramente.

1.1.4. Caviedes Logan con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile Canal 13

Un caso distinto a los expuestos precedentemente se caratula *Caviedes Logan con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile Canal 13*⁴⁵. El caso se origina en el año 1998 por el ingreso de recurrente a la Posta Central de la Asistencia Pública para ser atendido de quemaduras en distintas

⁴⁴ Moción parlamentaria contenida en el Boletín 2370-07, presentada a tramitación el 20 de julio 1999, artículo 10 del texto original, artículo 7° en el proyecto aprobado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados.

⁴⁵ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 15 de noviembre de 2001, causa Rol N° 4795-2001.

partes de su cuerpo provocado por comida caliente, el cual se produjo accidentalmente a consecuencia de su estado de ebriedad. Caviedes fue filmado por un equipo de Canal 13 tanto a la salida de la Posta Central y en la Comisaría de Asuntos de la Familia de Carabineros de Chile, pese a que les manifestó que no mostraran su rostro ni colocaran su nombre en las imágenes. La solicitud fue desatendida, exhibiéndose al día siguiente las imágenes en el Teletrece y en todos los avances del mismo. Años después en agosto de 2001, el programa "Contacto" de Canal 13 transmitió un reportaje sobre "Hombres Golpeados Víctimas o Victimarios", con las imágenes captadas en 1997. El programa lo señala como un hombre agredido, identificándolo por su nombre y apellido y exhibiendo su rostro. El reportaje de Contacto no indicó que se trataba de hechos ocurridos en el año 1998. Las imágenes se exhiben además al día siguiente en "La Mañana del Trece" el cual resume y comenta lo exhibido el día anterior y vuelven a exhibir su imagen. Aduce un atropello a su vida privada, el que le ha ocasionado varios problemas. Discusiones con su pareja, su hijo de seis años se vio profundamente impactado con las imágenes; sus vecinos lo han agredido verbalmente insultándolo, su familia se preocupó por saber si lo ocurrido hace tres años se había vuelto a repetir, en su trabajo ha sido objeto de burlas y en dos oportunidades ha debido ser separado en peleas en que pretendía defender su honor y dignidad. Según el recurrente se ha amenazado, atropellado y desconocido su derecho al respeto a la vida privada y a la honra suya y de su familia; circunscrito a una calidad denigrante de "golpeado o víctima" que impide el normal desarrollo de su vida. Solicita que los recurridos se abstengan de publicar, difundir o transmitir nuevamente las imágenes de su persona. Canal 13 en su informe expresó que el recurrente se presentó como una persona que había sido víctima de agresión doméstica, que informó a los periodistas que le fue arrojada por su mujer una gran olla de comida hirviendo, mientras mostraba las quemaduras de su cuerpo para que el camarógrafo captara las imágenes, y ello ocurrió en la Comisaría de Carabineros encargada de Asuntos de la Familia, donde él había acudido para que el hecho fuese registrado judicialmente. Agregan que la nota periodística de fines de 1998 cubrió un hecho del más alto interés público relativo a violencia intrafamiliar, realizado con pleno consentimiento del interesado, quien hizo declaraciones a los periodistas y facilitó la toma de imágenes de sus quemaduras. Agregan

que de parte del recurrente no hubo *“ninguna expresión de voluntad en cuanto a que la difusión de aquella nota no volviera a repetirse... por lo que era de presumir el mantenimiento de su autorización, por lo que no puede tampoco reprocharse la nota periodística del día 21 de agosto de 2001”*. Terminan solicitando el rechazo del recurso, expresando que el reportaje periodístico no afectó la intimidad o vida privada del recurrente, asegurando que las referidas imágenes no volverán a ser difundidas o transmitidas.

La Corte de Apelaciones elabora el siguiente razonamiento:

Cuarto: Que los antecedentes ya expuestos, apreciados conforme a la sana crítica, permiten concluir que los recurridos retransmitieron imágenes del recurrente filmadas en el año 1998, según dicen “presumiendo el mantenimiento de su autorización...” desde que no había emanado del actor “ninguna expresión de voluntad en cuanto a que la difusión de la primitiva nota periodística no volviera a repetirse”.

Séptimo: Que el acto impugnado en el recurso, esto es, la retransmisión de una nota periodística efectuada tres años antes, y sin mencionar que se trataba de “Imágenes de Archivo” sin contar con la necesaria e indispensable autorización previa del afectado, constituye una trasgresión e injerencia arbitraria en la vida privada y en la honra del recurrente, que se aparta de la legalidad vigente, y que ha menoscabado su dignidad, colocándolo en una situación de desmedro no solo frente a sus familiares, sino también en su ámbito vecinal y laboral, resultando así conculcada la garantía contemplada en el artículo 19 del Constitución en su numeral cuarto que conduce, necesariamente, al acogimiento de la acción cautelar de protección.

La Corte citando el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 19 N° 4 de la Constitución acoge el recurso, prohibiéndole al Canal 13 una nueva transmisión de las imágenes reprochadas en el recurso, y ordenando la destrucción de las matrices y copias que de ellas existan, lo se comunicará por escrito a la Corte el modo y fecha de tal operación.

5. Montiglio Humberto (en favor de Valdebenito Adriaola Alejandra) con diario *Las Últimas Noticias*⁴⁶

Uno de los últimos casos resueltos vinculados a la protección de la propia imagen-vida privada se origina por la publicación en tres oportunidades (17 de diciembre 2002, 11 de enero y 13 de febrero estas dos últimas del año 2003) de la fotografía de una mujer captada desnuda tomando sol en la playa. Expuso la parte recurrente que ya con la primera publicación de la fotografía conversó con una persona del diario *Las Últimas Noticias*, el cual se comprometió a sacar la foto del archivo. Califica el acto de la parte recurrida de arbitrario e ilegal por el uso de una fotografía tomada sin su consentimiento, lo cual lesiona los derechos garantizados en el artículo 19 N° 4 y 24 de la Carta Fundamental. El diario *Las Últimas Noticias* sostuvo en su informe sostuvo, no haber tenido intención de afectar los derechos de la recurrente al haberle tomado la fotografía en un bien nacional de uso público, como es una playa. También alegó la extemporaneidad del recurso, argumentando que la foto impugnada –tal como reconoció la recurrente–, había sido publicada en dos ocasiones anteriores. El plazo de 15 días para interponer la acción constitucional, según sostuvo, empezó a correr desde la primera aparición de la imagen de la recurrente en el periódico. Niega por último haberle producido alguna afectación en sus garantías constitucionales, debido a que la foto en cuestión no afecta el desempeño profesional de la recurrente y no se exhibe más que lo que la propia recurrente decidió al tomar el sol desnuda en una playa pública.

La Corte de Apelaciones lamentablemente desestima la acción de protección, acogiendo la alegación de extemporaneidad de la acción esgrimida por la parte recurrida. El tribunal sostuvo que el acto impugnado es la inclusión de una fotografía en un medio periodístico, acto cuya ejecución ocurrió por primera vez el 17 de diciembre de 2002, fecha desde la cual debe contarse el plazo para la interposición del recurso. A juicio de la Corte, la primera publicación comienza a producir los efectos que la recurrente ha pretendido evitar con su acción. Al ser deduci-

⁴⁶ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 1 de abril de 2003, Rol N° 1.361-2003. Se declaró al recurrente incurso en el apercibimiento efectuado por la Corte de Apelaciones, por lo que se tuvo por no presentado el recurso de apelación.

do el 28 de febrero del 2003, el Tribunal declara la acción deducida en favor de Alejandra Valdebenito Adriaola inadmisibles por extemporánea.

La sentencia de la Corte de Apelaciones tuvo un interesante voto de minoría⁴⁷, que disiente de la declaración de extemporaneidad formulada por la decisión de mayoría del tribunal. Expresa el disidente que el recurso de protección fue interpuesto dentro de plazo toda vez que cada inclusión de la fotografía en el diario:

2°. "...constituye un acto independiente que podrá ser realizado cuantas veces lo determine el poseedor del documento en cuestión y donde la ocasión en que será publicada es un hecho desconocido por la afectada, quien no puede, tampoco preverlo ni evitarlo, por lo que cada vez que ello ocurra se le producirán los efectos dañinos a consecuencia de la arbitrariedad o ilegalidad que le atribuye a la recurrida".

Asimismo, el voto de minoría consigna el hecho que la parte recurrente solicitó al medio periodístico que no prosiguiera utilizando su imagen, no obstante lo cual aquel persistió en el ilegítimo uso, razón por la cual a su juicio no pudo dictaminarse la extemporaneidad de la acción.

Pero más relevante aún, para el análisis de la línea jurisprudencial vinculada a la propia imagen - intimidad que exponemos, es el pronunciamiento en cuanto al fondo de la acción del voto disidente:

3°. "Que si bien es cierto, la recurrente decidió libremente exponerse en un lugar de acceso restringido, lo hizo en circunstancias que hacen presumir que su ánimo no era exhibir su cuerpo a más personas que los que comparten sus propios principios sobre el nudismo y en consecuencia, no era su ánimo que fotografiada en estas condiciones su imagen fuera retratada y expuesta en sucesivas publicaciones de medio masivo...".

⁴⁷ Voto redactado por el Abogado Integrante Emilio Pfeffer Urquiaga.

1.2. Derecho a la Propia Imagen y Falsa Apariencia

Esta dimensión se vincula fuertemente con la protección de la honra, del honor de las personas, más que con su vida privada. En esta situación se encontrarían aquellos casos de captación de imágenes incluso en lugares o recintos públicos. La protección de esta segunda alternativa vinculada a la propia imagen es a la proyección social de la persona frente a los demás, por lo cual se singulariza en la afectación del prestigio, la reputación de la persona, lo cual podría ser además constitutivo de delito de injurias⁴⁸.

El titular del derecho a la propia imagen en esta variante se encuentra dotado del poder de impedir divulgación asociadas a informaciones, conductas, ideas, productos o situaciones que menoscaban, afectan o rebajan la honra, prestigio o reputación del afectado. La doctrina anglosajona se refiere a esta dimensión de la protección de la propia imagen como *"false light"*.

Una de las vulneraciones más habituales en este campo se origina por la actuación de los medios de comunicación que suelen publicar fotografías o imágenes de archivo aportadas por sus centros de documentación para ilustrar crónicas o reportajes de investigación sobre hechos que suelen ser desfavorables para la imagen de las personas al asociarlas, entre otros a enfermedades, adicciones, conductas inmorales, de riesgo, comisión de delitos. También suele deberse al empleo de fotografías o imágenes obtenidas con el consentimiento del titular para un fin y objeto determinado y reutilizadas bajo condiciones diferentes y por tanto no consentidas⁴⁹.

⁴⁸ Artículo 421 Código Penal. *"Se comete el delito de calumnia o injuria no solo manifiestamente, sino por medio de alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones.*

⁴⁹ En el campo de la ética periodística el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación de Chile estimó contrario a la deontología profesional la segunda utilización de una fotografía para fines diversos a los autorizados en la captación original. El primer uso consentido de la imagen mostraba a un menor en su cama que ilustra un artículo sobre la personalidad que se puede inferir a partir de la observación de su habitación. La segunda utilización bajo la leyenda *"Tránsito riesgoso"*, acompañaba un reportaje sobre crisis juveniles y los comportamientos sospechosos que deben observar los padres respecto a sus hijos. La doctrina expuesta por el dictamen emitido por Consejo fue la siguiente: *"Dado que la imagen en cuestión no reviste interés público y que se desenvuelve en la privacidad del domicilio de la persona representada, la autorización que se prestó para su captación debe referirse tan solo al objeto del reportaje que la motivó, aunque se trate de artículos que aborden un mismo tema"*. Denunciante: Alex Klotz, denunciado: diario *El Mercurio*. Sentencia N° 91 dictada el 27 de septiembre

1.2.1. Campos Jop, Doris con I. Municipalidad de Arica⁵⁰

El primer caso que expondremos de propia imagen - falsa apariencia se resuelve sobre la base de la vulneración a la honra. La recurrente no alega vulneración a la propia imagen, sino el derecho a la integridad psíquica y a la honra y vida privada consagrado en el artículo 19 N° 1 y N° 4 de la Carta Fundamental, aunque la afectación de este último derecho no se fundamenta. El caso se origina por la utilización de una fotografía en primer plano de la hija de la recurrente 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, los cuales, según afirma, nunca han existido en su hogar. El uso de la fotografía de su hija lo califica de atentatorio contra la integridad psíquica y honra de su persona y su familia, la cual aduce ha vivido siempre con honor, con conciencia del cumplimiento de sus obligaciones personales, familiares y sociales, lo que vulnera el derecho a la integridad psíquica, artículo 19 N° 1 y 4 –derecho a la privacidad–, de la Constitución Política.

La Municipalidad de Arica en su informe sostiene haber procedido al retiro de los afiches a solicitud de la recurrente y que junto con solicitar rechazo de la acción por extemporáneo, manifiesta que la campaña fue ejecutada dentro de las facultades

2000, publicado en la revista editada por el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación de Chile, año 2000, pág. 21. Otro caso resuelto con anterioridad por el Consejo de Ética se refirió a fotografías tomadas a estudiantes bajo la condición de no ser identificados para ilustrar un artículo sobre el alcoholismo juvenil, acuerdo previo que niega el diario *La Tercera*. Denunciantes: José Ignacio Montes y Ana María Valdivieso, Sentencia N° 7, dictada el 11 de noviembre de 1992, publicada en la Revista del Consejo de Ética año 1992, pág. 28.

⁵⁰ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Arica el 7 de julio 2000, revocada por la Corte Suprema el 3 de agosto 2000. Publicadas en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVII N° 3: septiembre-diciembre año 2000, 2ª parte, sección quinta, págs. 166 y sgtes.

constitucionales y legales de la Corporación municipal, con el fin que la población adulta e infantil tome conciencia y se eduque.

La Corte de Apelaciones de Arica rechaza la acción constitucional, basado en que:

3°. “Que, de la leyenda atribuida como pensamiento de la menor en el afiche, a juicio de estos sentenciadores, no importa, como lo señala la recurrente, imputarles a los progenitores ni componentes de la familia de aquella, que sea maltratada, sino un comportamiento que la misma pretende tener en el futuro, cuando sea mayor, dentro de su grupo familiar que forme. Cabe agregar que en la fotografía Maura Fernanda no aparece con ninguna muestra de violencia física.

La Corte descarta por otra parte que se haya afectado la integridad psíquica al no haberse acreditado que la menor y la familia hayan sufrido alguna alteración de dicha naturaleza. Tampoco advierte una vulneración al derecho a la vida privada y pública y a la honra que asegura el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política en relación con el artículo 22 de la Ley de Abusos de Publicidad. Sostuvo que la sede donde corresponde reclamar la infracción a dicho artículo está en el procedimiento que la Ley de Abusos de Publicidad establece⁵¹. La parte más criticable del fallo está en el razonamiento de la Corte referido al derecho a la honra de la recurrente y su familia que afirma que:

5°. “... cabe desestimar tal infracción al derecho reclamado, por cuanto la niña, con su presencia, está contribuyendo a fines altruistas y sociales, como lo es la reducción del maltrato a los adolescentes dentro de sus grupos familiares, de tal manera que su imagen no ha sido utilizada con el propósito de deshonorarse, y consecuentemente, a su familia”.

⁵¹ La Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad castigaba la captación de imágenes de una persona, no destinadas a la publicidad, sin consentimiento del titular difundidas por un medio de comunicación social que provocase daño o algunas formas de descrédito, tales como la hostilidad, el menosprecio o el ridículo. Dicha ley fue derogada por la Ley N° 19.733 (4 junio 2001) sobre Libertad de Opinión e Información y ejercicio del Periodismo, la cual no incluyó una protección de la imagen como la descrita.

No es posible compartir el argumento de la Corte. La utilización no consentida de la imagen de una persona no puede estar amparada en función del fin que se haga de ella. El derecho a la propia imagen no posee una función social, de modo que ninguna institución puede obligar a soportar tal carga a una persona –con mayor razón si se refiere a un menor de edad–, de contribuir a campañas sociales o de beneficencia. Más aún en el caso expuesto que además vincula la imagen de la menor al maltrato infantil, lo cual no desea la progenitora, por los efectos que le ha acarreado, lo cual ni siquiera debería exponer. La asociación que hacen las personas en la ciudad es la de una falsa apariencia, al relacionar a la menor retratada con el carácter de víctima de actos de violencia.

El razonamiento de la Corte no resulta coherente con la orden que al final de la sentencia le dirige a la Municipalidad de Arica para que fiscalice su propia decisión de proceder el retiro de circulación del afiche que motivó la presentación de la acción constitucional. Si estimó conforme a la ley la actuación del Municipio de Arica no tenía fundamento solicitarle dicho control, la cual tampoco aparece una medida eficaz para impedir un futuro uso indebido de la imagen de la menor, lo cual increíblemente volvió a ocurrir, según explicaremos en el caso siguiente.

La Corte Suprema acertadamente revoca la sentencia y aun cuando advierte que no hay medidas que adoptar, acoge el recurso fundado en los siguientes argumentos.

1º “Que basta la simple observación del afiche en que aparece, en primer plano, la fotografía de la menor en cuestión, para suponer o creer que la niña es o ha sido víctima del maltrato por parte de su familia. En efecto, el rostro de la menor evidencia tristeza y se acompaña de una leyenda que, a más de constituir un deseo de actitud o comportamiento a futuro, permite entrever una conducta actual hacia su persona”.

Seguidamente la Corte Suprema con razón señala, que si bien la Corporación recurrida tiene facultades para realizar campañas a favor de la sociedad, estas deben adecuarse a la normativa vigente y especialmente al respeto a las garantías consagradas por el constituyente a los derechos esenciales de todos los individuos. En este sentido el Tribunal Supremo sostiene que:

“... la Municipalidad de Arica ha incurrido en una acción arbitraria, por cuanto ha incluido en una campaña de maltrato infantil, la imagen de una menor, que se ve afectada junto a su familia ante terceros, desde que aquella aparece como víctima de violencia o agresiones por parte de esta última, circunstancia que, además, de no haber sido discutida en esta causa aparece como inexistente”.

La Corte Suprema 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. Dado que la parte recurrida había solucionado el acto arbitrario con el retiro del afiche impugnado –el cual debía ser fiscalizado–, la Corte estima innecesaria la adopción de medidas, lo cual no fue una feliz apreciación, como veremos en el caso siguiente.

El Tribunal Supremo en consecuencia acoge la acción constitucional basado en el derecho a la honra, sin aludir ni mencionar al derecho a la propia imagen en su dimensión falsa apariencia.

1.2.2. Suárez Campos, Jorge con I. Municipalidad de Arica⁵²

La medida más eficaz para evitar una nueva utilización de la imagen de una persona que han solido adoptar los tribunales de justicia ha sido la entrega de los todos los negativos de las fotografías bajo declaración notarial, lo cual no fue exigido al recurrido en el caso anterior. Esta falta de exigencia motivó la interposición tres años después, de un segundo recurso de protección por la utilización de la misma fotografía de la menor, esta vez por otro organismo público de la ciudad de Arica. La acción constitucional anterior fue interpuesta por la madre de la menor afectada, –que había fallecido–, siendo el recurrente

⁵² 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. La Semana Jurídica N° 153, semana del 13 al 19 de octubre de 2003, pág. 11 y 12.

del nuevo recurso de protección su hermano mayor. La fotografía fue utilizada esta vez en un folleto diseñado por el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes –CONACE–, en una campaña para prevenir el consumo juvenil de drogas. Dicha institución en su informe reconoce haber obtenido la fotografía del afiche municipal contra la violencia infantil, alegando desconocer la existencia de una orden judicial de destrucción, la cual como ya sostuvimos nunca existió.

La Corte de Apelaciones de Arica que había rechazado el primer recurso de protección a favor de la menor de edad en *Campos Jop, Doris con I. Municipalidad de Arica*, sigue de cerca el razonamiento efectuado por la Corte Suprema que había revocado su sentencia. De este modo señala:

3°. *“Que la fotografía de marras donde aparece la menor en primer plano, obviamente induce a creer que la niña mostrada allí ha sido o podría ser víctima del flagelo de la droga”.*

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 debe encuadrarse dentro de la formativa legal vigente, debiendo muy especialmente respetar las garantías constitucionales, lo cual no ha ocurrido en la especie (...), aparece que la ilustre Municipalidad de Arica 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, agravada por la publicidad que ha tenido este hecho...”.*

La Corte reprocha el actuar descuidado del Municipio de la ciudad en razón de la orden que le fue impartida en la sentencia que motivó la interposición del primer recurso de protección, la cual consistía en la fiscalización del retiro de circulación del afiche.

Por tales motivos el Tribunal acoge la acción interpuesta, con costas en razón de la reincidencia y que para reestablecer el imperio del derecho se ordena al Municipio de Arica:

“... tomar todas las providencias necesarias para retirar de circulación, en forma urgente, todos los folletos, afiches y negati-

vos donde aparezca la imagen de la menor ofendida a fin de impedir la repetición de los hechos que dañan su reputación”.

La Corte Suprema confirma el fallo, con una breve declaración:

“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”.

1.2.3. Cohen Sabah Salvador con diario *La Tercera*⁵³

El primer caso que expondremos en esta dimensión del derecho a la propia imagen - honra se caratuló ***Cohen Sabah Salvador con diario La Tercera***. La acción de protección se origina por la publicación de una crónica relativa al sobrepeso de los chilenos que efectúa el periódico. El artículo va acompañado de la fotografía de Cohen en la que aparece su imagen aumentada por medio de un recurso técnico, y que según afirmó, formulaba una directa alusión a su persona. El recurrente sostuvo que la fotografía le fue tomada sin su autorización, enterándose de su publicación por la mofa que provocó entre las personas que lo conocen. Añadió que la crónica y la imagen fueron colocados en diarios murales de gimnasios con el objeto de incentivar la práctica deportiva. Manifestó que tal hecho fue constitutivo de un acto ilegal o arbitrario que afectó el derecho de propiedad sobre su propia imagen, la cual la entiende como la potestad que para impedir a cualquiera retratar sin permiso su imagen, reproducirla o hacer de ella cualquier uso. Viola en su opinión el derecho a la integridad moral, y constituye una intromisión jurídicamente reprochable en su esfera personalísima. Derivado del derecho de propiedad afirmó que el derecho subjetivo a la propia imagen, posee un carácter general, absoluto, extrapatrimonial, esencial, indisponible e imprescriptible, del cual solo puede dispo-

⁵³ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 26 de enero de 2000. Confirmada por la Corte Suprema con fecha 16 de febrero de 2000, que elimina el considerando 5°. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCVII (2000), N° 1 (enero-abril), sección 5ª.

ner el sujeto mismo. El recurrente solicitó por último –en razón de la utilización indebida y arbitraria de la imagen, sin su autorización y con fines comerciales y periodísticos–, la incautación y destrucción de los negativos que corresponden a la fotografía impugnada y se le ordene al Diario *La Tercera* que se abstenga de publicarla y comercializarla y que la retire de la edición de la página web que tiene el medio en Internet.

La Tercera en su informe sostuvo que la crónica relativa al sobrepeso y obesidad a que alude el recurrente fue publicada en la sección “*Ciencia y Salud*” del periódico, en el contexto de campañas impulsadas por el sector médico. La crónica en opinión del diario incluía dos recuadros informativos y una fotografía de un grupo de personas en un lugar público, ninguna de las cuales apareció afectando su imagen, lo ridicularizara, o atentara contra sus derechos básicos, ya que no había referencia a personas en particular incluyendo al recurrente. El diario afirmó que la fotografía fue tomada en el paseo Ahumada, y en razón a que aparecen más de diez personas se estimó improcedente o necesario requerir la autorización de cada una de ellas para su eventual publicación, aparte que las imágenes retratan a las personas que aparecen esfumadas o mirando hacia el lado contrario del fotógrafo. La imagen fotográfica según el periódico no fue adulterada para aumentar la gordura de las personas retratadas y aunque reconoce que el texto de la crónica se puso en la página web, no se incluyó la fotografía. Respecto a la posible utilización por parte de terceros para estimular la práctica de deportes, sostuvo que era ajeno a la decisión del medio. Por tales razones solicita el rechazo del recurso, debido a que la publicación de la fotografía no constituyó un acto arbitrario o ilegal que vulnerase garantía o derecho constitucional alguno del recurrente.

La Corte de Apelaciones en su decisión afirma que en conformidad a los antecedentes fácticos debe distinguir hechos que aparecen como indubitados, de otros que no lo son. Entre los primeros, se encuentra la efectividad que el diario *La Tercera* publicó un artículo titulado “El 58% de los chilenos tiene sobrepeso”, el que además de su texto iba acompañado de dos recuadros y una fotografía. La Corte afirma que de la simple observación de la imagen cuestionada se aprecian varias personas, no individualizadas ni en la crónica, ni al pie de la fotografía –la que carece de texto explicativo–, sin que pueda apreciarse respecto de ninguna su rostro, tanto por estar lejanas y difusas

en la toma, cuanto por estar mirando en sentido contrario del fotógrafo. Respecto a los hechos donde no hay certeza se encuentran la posible alteración de la fotografía para aumentar la imagen de alguno de las personas que ella retrata; que hubiera sido publicada en la página web del diario y por último que se hubiese reproducido por terceros en gimnasios con afanes publicitarios, los cuales solo se afirman en la versión del recurrente, sin más antecedente que los respalden.

En la parte resolutive la Corte sostuvo que la vulneración al derecho a la propia imagen –en su opinión vinculado al derecho de propiedad–, requiere necesariamente como exigencia fáctica básica que la figura utilizada sea reconocible, permitiendo su identificación indubitada. Tal circunstancia en opinión de la Corte no se verificó en la fotografía publicada, en razón de la imposibilidad de individualizar al recurrente en alguna de las figuras que aparecen en la fotografía. Por tal razón la Corte rechaza el recurso de protección interpuesto.

La Corte de Apelaciones, no obstante el razonamiento expuesto en el párrafo anterior, se pone en el hipotético caso en que una fotografía como la impugnada que identificase al retratado pudiese constituir ser constitutivo de un ilícito constitucional. El tribunal de alzada afirmó:

5°. “..... Al respecto puede sostenerse que la simple divulgación de una fotografía en que aparezca una persona en un medio de comunicación no puede constituir per se la violación de derecho alguno, cuando se retrata una imagen costumbrista obtenida en un lugar público al cual el propio sujeto asiste o se exhibe. El límite en estos casos ha de encontrarse en la utilización manifiesta con fines propagandísticos o lucrativos de la imagen, límite que no se encuentra vulnerado por el periódico recurrido en este caso, desde que la fotografía aparece como complemento necesario e ilustración adecuada de un artículo o crónica de utilidad pública relativa a la salud de los chilenos⁵⁴.

⁵⁴ Aunque el recurso de protección es rechazado por la unanimidad de la sala de la Corte, el fundamento 5° no es compartido por uno de los ministros, debido a que según expresa el voto de minoría “.... el derecho a la imagen es personalísimo, propio y esencial, del cual solo puede disponer el sujeto mismo y el hecho de publicarse en un medio de difusión importa una utilización lucrativa para este”. La Corte Suprema confirma la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, pero ordena eliminar el Considerando 5°.

1.2.4. Valdivieso Fuentealba, María del Rosario contra Televisión Nacional de Chile (Programa Enlaces)⁵⁵

En este interesante caso resuelto por la vía del recurso de protección, la Corte de Apelaciones de Santiago⁵⁶ admite y reconoce implícito en la Carta Fundamental el derecho a la propia imagen que infieren de un conjunto de normas constitucionales –artículos 1º, 5º inciso 2º, 19 N° 4 y 24. Al igual que el caso *Campos Jop, Doris* la acción constitucional se acoge, no obstante que el recurrido –Televisión Nacional de Chile, en adelante TVN–, remueve el acto que motivó su interposición, de tal modo que la Corte no podía adoptar medida alguna para tutelar el derecho esgrimido por la actora. Tal actitud no suele ser una práctica habitual en nuestra jurisprudencia constitucional, que suele rechazar acciones constitucionales que se fundan en hechos subsanados –en su mayoría por los recurridos–, o derechamente debido a que no hay acciones eficaces que adoptar pues el acto ilegal ya se ha producido.

El caso vinculado a la protección de la propia imagen en su dimensión honor tiene la particularidad de tratarse de la difusión de una fotografía por Internet, alojada en el portal web de TVN (<http://www.tvn.cl>). La recurrente en su presentación advirtió que en la página web de dicho canal existen varios links o vínculos que permitían acceder a la promoción de distintos programas del canal de televisión, una de las cuales correspondían al programa “*Enlaces*” que emitía el canal estatal. Uno de los links bajo la pregunta *¿Es tu veneno?* contenía varias fotografías una de las cuales identificaba a la recurrente, la que nunca había dado su consentimiento para tal publicación. A juicio de la afectada su imagen quedaría asociada al contenido del reportaje, referido al consumo de la droga llamada éxtasis, con lo quedaría expuesta ante la sociedad como una drogadicta, y como una niña-símbolo del consumo de esa droga en Chile. Sostiene que la publicación de su fotografía constituye un acto atentatorio a los derechos constitucionales garantizados en el artículo 19 N° 4 de nuestra Carta Fundamental –respeto y la protección a la vida privada y pública de las personas y a la honra de las personas–, por lo que solicita la eliminación inmediata de todas las fotogra-

⁵⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia de 26 de febrero de 2003, Rol N° 655-03.

⁵⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 29 de enero de 2003, Rol N° 6.348-2002.

fías en las que aparece su imagen que se encuentran publicadas en el sitio web de ese canal de televisión.

TVN en su informe expone que no le es imputable dicho acto, y por tanto que no tiene responsabilidad bajo el argumento que el programa y el material que se alojaba en su página web lo producía una empresa externa al canal. Por último, sostiene que el recurso debe ser rechazado dado que apenas tuvo conocimiento de la acción procedió a eliminar las fotografías que supuestamente identificaban a la recurrente. No parece plausible esta defensa del canal de televisión en torno a que el programa y su promoción estaba encargado a una empresa externa, dado que ambos se divulgaban por el portal y frecuencia de la estación estatal. Así acertadamente lo declara la sentencia de la Corte de Apelaciones que señala:

“Ello por cuanto no es posible desligarse de la responsabilidad que le cabe a un canal de televisión abierta en el contenido y promoción de los programas que transmite o 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 es en definitiva el canal quien las trasmite, y es él el responsable del contenido de los mismos”.

El acto que origina la presentación, es estimado de tal entidad que la Corte de Apelaciones en su razonamiento en su considerando 6° señala:

“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 a la juventud, no puede ser soslayado por la estación televisiva recurrida afirmando, simplemente, que ya 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 este sentido, la Corte estima la necesidad de adoptar todas las medidas tendientes a proteger el derecho a la privacidad y a la honra de la recurrente, y en lo que es uno de los aspectos más destacados del fallo señala que también se estaría protegiendo:

“... además su derecho a la propia imagen que también tiene reconocimiento implícito en el ordenamiento constitucional”.

La Corte sostiene que la eliminación de la fotografía de la recurrente de la página web de Televisión Nacional de Chile fue consecuencia directa de esta acción constitucional, lo que:

“ ... justifica una condena en costas en razón de la irracionalidad que se advierte al utilizar sin su consentimiento su imagen y vincularla al consumo de la droga de moda hoy entre la juventud, lo cual sin duda, compromete el respeto y protección a su vida privada, su reputación y su derecho a la propia imagen, circunstancia que no podía menos que ser prevista por la recurrida”.

La Corte acoge el recurso, ordenando a Televisión Nacional de Chile la entrega a la recurrente un certificado emitido por el responsable de la página web de cargo de esa estación televisiva en el que conste que su imagen fue eliminada de aquel portal, con costas.

La sentencia tuvo un voto particular que estuvo por rechazar la acción deducida dado el carácter cautelar que esta posee y a la imposibilidad de ordenar medida urgente al no existir el motivo que justificó la interposición del recurso.

La Corte Suprema confirma el fallo, compartiendo el razonamiento del tribunal de alzada, aunque agregando un breve considerando que expresó lo siguiente:

Que la eliminación de la fotografía de la recurrente de la página web de Televisión Nacional de Chile, fue consecuencia directa de esta Acción Constitucional lo que no impide calificar de arbitraria la conducta impugnada por ser un hecho de la causa

que se autorizó la imagen de la recurrente sin su consentimiento, vinculándola al consumo de la droga de moda entre la juventud, lo que sin duda compromete el respeto y protección a su vida privada, su reputación y derecho a la propia imagen, circunstancia que no podía menos que ser prevista por la recurrente.

El más alto tribunal de justicia no obstante corroborar lo actuado por la Corte de Apelaciones, exime al recurrido de la condena en costas a que había sido condenado por este último tribunal.

1.2.4. Ustovic Kaflik, Izet y otra con Sáez Infante, Eugenio y otros⁵⁷

Este interesante caso se vincula a un uso abusivo de una fotografía de la recurrente colocada en una página web junto a textos denigratorios, lo cual sin duda se adecua a la categoría de *propia imagen* asociada al derecho a la honra. La presentación del recurso de protección se origina por un conjunto de actos de acoso que padece la hija del recurrente provocados por un estudiante de su misma universidad. Uno de ellos fue la obtención de su imagen fotográfica registrada en el archivo computacional de la Facultad de Educación Parvularia. El recurrido procede a enviar y difundir la imagen colocada en la página web "*www.xuxetumadre.cl*" acompañada de textos ofensivos, groseros, injuriosos y de menosprecio tanto del padre, como de la hija, lo cual vulneraría su integridad síquica, credos religiosos, personalidad, principios y formas de vida. Ponen de manifiesto que dicho acto se ha mantenido desde una fecha que no se puede precisar y no se ha retirado hasta la fecha de interposición del recurso. Otro aspecto que resaltan es la invitación a visitar la página web publicitada en un diario de circulación universitaria, lo cual al difundirse a un mayor número de personas aumenta el menoscabo que pueden experimentar en su honra. Califican como hecho ilegal la obtención de la fotografía

⁵⁷ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco el 6 de diciembre de 2001, confirmada con declaración por la Corte Suprema por sentencia de 30 de enero de 2002. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIX, N° 1: enero-marzo 2002, 2ª parte, sección 5ª, págs. 20 y sgtes.

del portal de la universidad, extraída de una fuente privada y su difusión la cual sancionaría la Ley 19.223 que tipifica delitos informáticos. La lesión a la honra se configuraría por la inserción de su imagen y su nombre completo en la página web, sin su autorización y acompañada de graves alusiones a su persona, conductas sancionadas tanto por el Código Penal, como por la Ley de Abusos de Publicidad. El recurrente manifestó que el uso de fotografías no puede realizarse sin el consentimiento expreso del dueño de la imagen, el cual posee un derecho de propiedad según el artículo 583 del Código Civil y 19 N° 24 de la Constitución Política. Concluye el recurrente señalando que los actos descritos vulneran el derecho a la vida e integridad psíquica, el derecho a la vida privada y pública y honra de la persona y su familia, y el derecho de propiedad.

El recurso se dirige contra el estudiante, supuesto autor de los hechos y también en contra de la página web <http://www.xuxetumadre.cl> singularizadas en las personas que tienen la responsabilidad técnica y administrativa del portal.

El estudiante recurrido en su informe niega todos los hechos que se le imputan: actos de acoso, obtención de la fotografía del sistema informático de la universidad y envió de la imagen con el mensaje anexo a la página web.

La Corte de Apelaciones manifiesta en conformidad a las pruebas aportadas como un hecho incontrarrestable que la página web www.xuxetumadre.cl ha difundido la imagen fotográfica de la recurrente acompañada de un mensaje grosero, de mal gusto, injurioso y lesivo a la honra, fama e imagen tanto de ella como su padre.

El Tribunal afirma que tanto la fotografía como el texto acompañado fueron difundidos sin la autorización ni el conocimiento de los recurrentes, por lo cual expresa:

4°. Que no puede haber 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 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.

La Corte de Apelaciones, haciendo suyos los argumentos esgrimidos por la parte recurrente, manifiesta que la conducta de difundir la imagen y texto adjunto constituye un acto arbitrario e ilegal:

5° "... 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 fuera 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 previa de estos para aquella conducta".

El Tribunal de Alzada al estimar no acreditado fehacientemente la persona que procedió al envío de la imagen y mensaje anexo a la página web www.xuxetumadre.cl no acoge la acción contra el presunto autor de tales acciones, pero sí respecto a la institución chilena encargada de la asignación de los nombres de dominio terminado en *cl* –NIC-Chile–, que administra el Departamento de Ciencias de la Computación de la Universidad de Chile. También se acoge el recurso respecto del encargado técnico de la página web www.xuxetumadre.cl. En ambos casos, la Corte estima que tienen responsabilidad en la difusión de la imagen y texto relativa a la recurrente. Es discutible la asignación de responsabilidad respecto a NIC-Chile, acrónimo que significa *Network Information Center* de Chile. Dicha institución actúa por expresa delegación de la IANA –*Internet Assigner Number Authority*–, desde mediados de la década de los 80 y que desde el año 1997 tiene un reglamento para la asignación de los nombres de dominio terminados en *cl*. Es criticable la responsabilidad que le asigna el Tribunal de Alzada a NIC-Chile, dado que su función se limita a solo otorgar una dirección IP –grupo de cuatro números que permite localizar un servidor en Internet–. Por ello dentro del conjunto de responsabilidades emanados por contenidos ilícitos en la red Internet, luego del autor de estos, le sigue el proveedor de acceso o conectividad a la red, y por último la del proveedor del sitio o almacenamiento del servidor⁵⁸.

⁵⁸ Los tribunales de justicia se han pronunciado sobre la responsabilidad de las empresas que permiten la difusión de contenidos y el funcionamiento de pági-

La Corte de Apelaciones acoge en consecuencia la acción constitucional deducida, ordenando a la persona de contacto técnico y a la empresa NIC-Chile proceder a eliminar de la página web <http://www.xuxetumadre.cl> la difusión de la imagen y mensaje anexo de la recurrente.

La sentencia tiene un voto de minoría que si bien comparte el carácter ilegal y arbitrario del acto por el cual se recurre, estuvo por rechazar el recurso al estimar que debió ser dirigido en contra de una persona determinada y acreditar respecto de dicha persona su responsabilidad en el acto arbitrario o ilegal impugnado.

La Corte Suprema confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal de Alzada de Temuco. Elimina solo la parte de la resolución que declaró “... *no resultar fehacientemente establecido la persona que envió la fotografía y el texto ya aludidos*”, puesto que a juicio del Tribunal Supremo el recurrido en uno de los documentos acompañados en el expediente reconocía la autoría de los hechos imputados. De este modo la Corte Suprema ordena al recurrido abstenerse de continuar con la actitud de acoso y amenaza respecto de la actora:

nas web en la red Internet, en especial por mensajes ilícitos o abusivos. Un interesante caso resuelto por nuestras Cortes se origina por la publicación que hace una persona ofertando servicios sexuales de una menor y su teléfono de contacto en una página web. El padre de la afectada menor de edad recurre de protección contra la empresa proveedora de acceso y de alojamiento, ENTEL S.A., alegando la vulneración a la integridad física y psíquica, garantizada en el artículo 19 N° 1, de la Carta Fundamental. La acción constitucional es rechazada debido a que el mensaje impugnado fue eliminado, no existiendo a juicio de la Corte un derecho conculcado que proteger. El Tribunal sin perjuicio de lo resuelto, ordena a ENTEL S.A. en su calidad de proveedor de acceso y de alojamiento la adopción de todas las “*medidas técnicas y fácticas que sean necesarias –que no signifiquen censura– para que en lo sucesivo la empresa “Grupoweb”, en su calidad de proveedor de contenido, se abstenga de publicar avisos que en el país, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, sean contrarios al orden público a la moral o a las buenas costumbres, y proceda, en el Administrador de la sección “Avisos Clasificados” subsección “Empleo” y “Diversión, espectáculos” ubicada en el sitio web <http://www.tribu.cl> a eliminar, a lo menos dos veces a la semana, todos los avisos contrarios a las normas y valores señalados precedentemente*”. Esta última parte de la sentencia es criticable, en lo fundamental, por las dificultades técnicas y económicas que acarrea para la empresa recurrida cumplir con la revisión y eliminación de avisos contrarios a la moral, orden público o buenas costumbres. La adopción de medidas que decreta la Corte son incompatibles con el régimen de libertades de expresión y de opinión que asegura la Constitución en el artículo 19 N° 12, el que además prohíbe expresamente la censura previa, consagrando el principio de la responsabilidad ulterior. Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción el 6 de diciembre de 1999, publicada con un comentario en la revista *Gaceta Jurídica*, año 2000, mes de mayo, N° 239, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. págs. 222 a 231.

“ ... y de usar sin su autorización imágenes de esta para difundirlas en Internet y de propagar, por dicho medio o cualquier otro, expresiones injuriosas respecto de los recurrentes”.

1.3. Derecho a la Propia Imagen y Valor Comercial⁵⁹

La tercera vertiente de la protección a la propia imagen originado en el sistema jurídico anglosajón se denomina “*publicity right*” y se refiere a la facultad de control que posee el titular de la imagen sobre el uso comercial de los rasgos que le identifican, tanto imagen (fotográfica convencional, digital o un retrato pictórico), como su nombre y voz. Este derecho le permite controlar el uso comercial de su identidad y con ello a participar en los beneficios que dicha explotación conlleva.

El derecho a la propia imagen - valor comercial, tiene un parentesco derivado del derecho a la dimensión propia imagen-intimidad. El jurista estadounidense Prosser consideraba a este derecho como el 4º supuesto a la invasión de la privacidad, y el único de estas cuatro hipótesis que no atacaba los sentimientos, sino el patrimonio del afectado.

El derecho a la propia imagen - valor comercial es un derecho que tiene una connotación moral –el solo hecho de divulgar la imagen sin consentimiento conlleva ya perjuicios para el titular–, y una económica en el sentido que el afectado ha quedado marginado en la participación de las utilidades que la explotación de la imagen genera.

Los supuestos que el derecho comparado ha enunciado como necesarios para estimar una vulneración al derecho a la propia imagen - valor publicitario de la imagen son:

⁵⁹ Para la industria publicitaria la proyección comercial de la imagen de las personas posee una significativa importancia en especial, cuando se utilizan populares figuras del espectáculo. El Consejo de Autorregulación Publicitaria –institución encargada del autocontrol de los mensajes publicitarios constituida en septiembre de 1987–, resuelve en base al Código Chileno de Ética Publicitaria las denuncias que toda persona presente en contra de las normas y principios que estipula. Algunos artículos regulan la utilización de la imagen comercial de la persona desde distintas perspectivas.

Testimoniales, personificaciones y doblajes. Artículo 8°. “... La ‘personificación’ o ‘doblaje’ deberá ser expresamente autorizada para el caso específico por la persona personificada o doblada”.

Respeto, Privacidad y consentimiento. Artículo 9°. *En consideración a la dignidad en intimidad de las personas, los avisos no deben mostrar o referirse a cualquiera,*

- Utilización no consentida del titular de la imagen de una persona.
- La identidad de una persona debe recaer sobre su nombre, voz e imagen, quedando excluido de esta protección los casos en que no pueda singularizarse, aunque pudiese ser constitutivo de una tutela en la dimensión propia imagen - intimidad.
- Con fines comerciales o análogos. Este requisito exige la utilización de la imagen de una persona asociada a la promoción de bienes o servicios con carácter comercial, en que también se comprende el aprovechamiento económico de la imagen con campañas sin fines de lucro sean estos de carácter filantrópicos o de beneficencia.
- La existencia de daño patrimonial o moral⁶⁰.

Nuestros tribunales de justicia se han pronunciado en algunas oportunidades sobre esta variación de la protección del derecho a la propia imagen asociado al valor comercial. La primera acción planteada por una agrupación de futbolistas profesionales es desestimada y aunque mal fundada fue peor resuelta. El resto de las acciones de protección que analizaremos si bien son acogidas, el derecho esgrimido como vulnerado es el hipertrofiado derecho de propiedad, esta vez sobre la imagen de los recurrentes, en ausencia de un reconocimiento expreso y de un mejor

sea en calidad de privada o pública, a menos que, previamente, se haya obtenido expreso permiso y consentimiento, ni deben los avisos, sin permiso previo, representar o referirse a la propiedad de cualquier persona en la forma que dé la impresión de una recomendación personal. Las imágenes deberán ser respetuosas del concepto dejado por las personas fallecidas.

Imagen Adquirida o Goodwill. Artículo 13°. *Los avisos no deberán hacer uso injustificado del nombre o iniciales de cualquier firma, compañía, institución, o de la marca de un producto o servicio. Los avisos no deberán aprovecharse del "goodwill" o imagen adquirida que tiene el nombre comercial y/o símbolo de otra forma o producto, o del goodwill o imagen adquirida por una campaña publicitaria.*

En uno de los últimos fallos sobre el aprovechamiento indebido de la imagen en su dimensión comercial, el CONAR sobre la base de los artículos 8° y 13 acoge una denuncia sobre un mensaje publicitario difundido por radio, donde una voz con el nombre de Margot Calderón imita la voz de la animadora de televisión Margot Kahl, hecho que admite el denunciado. Rol N° 527/02. Denunciante: *Agencia BBDO (Almacenes Paris S.A.)* contra *D&S S.A. (Supermercado Líder)*.

⁶⁰ Requisitos extraídos del libro, *El Derecho a la Propia Imagen y su Valor Publicitario*, Amat Llari, Eulalia, ob. cit. págs. 11 a 23.

derecho en cual construirlo⁶¹. Dado que el recurso la protección exige la afectación a un derecho constitucional, cabe preguntarse si el derecho a la propia imagen no asociado al derecho a la honra o vida privada, puede encontrar algún fundamento en nuestra Carta Fundamental. Nuestra aún incipiente jurisprudencia empieza a fundarlo en el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental) sobre la imagen, como veremos en las últimas sentencias sobre esta materia, *Zamorano Zamora, Iván y González Ramírez, Fernando*, ambas acciones constitucionales seguidas en contra de la empresa operadora de cable VTR. Sin embargo nos parece que un derecho que se aviene más adecuadamente con dicha tutela es el derecho a desarrollar una actividad económica, garantizado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución en especial si se trata de personas de notoriedad pública. No debe soslayarse que el valor comercial de la imagen de una persona está dada en gran medida por la proyección pública que posea, como es el caso de los deportistas, cantantes, modelos, etc. De este modo una utilización de la imagen no consentida producirá usualmente un menoscabo en los términos de negociación que lleve a cabo con agencias de publicidad o anunciantes, en especial si poseen un alto valor en el mercado publicitario. Otro factor importante en la determinación de los ingresos de las personas “famosas” que participan en campañas o promociones comerciales es el número de intervenciones o participaciones que tenga –mientras menos más alto será su valor–, el que en determinados casos suelen incluso, exigir la exclusividad con las marcas, productos o servicios que promuevan⁶².

⁶¹ Peña González, Carlos, critica que nuestra jurisprudencia invoque el derecho de propiedad, para garantizar no solo los derechos reales y personales en sentido estricto sino también otras situaciones subjetivas. Ob. cit. pág. 669. En el mismo sentido se pronuncia Peña Altero, que comentando la sentencia Orellana Barrera con Caja de Compensación Javiera Carrera que expondremos, sostiene que dicha sentencia “... no incurre en el error de entender que en la especie se vulnera la privacidad de la persona, pero tampoco parece acertada la afirmación de que se vulnera el derecho de propiedad sobre la imagen, pues este derecho es de naturaleza extrapatrimonial y nos parece vinculado con el derecho a la vida pública de la persona que con un supuesto derecho a la explotación comercial de la imagen”. Dicha afirmación a su juicio apoyándose en un artículo de Ramón Domínguez y Alejandro Vergara conllevaría a afirmar la existencia de un derecho patrimonial sobre un derecho de la persona. Véase Nota de pie 72, Peña Atero, José Ignacio, “La Protección del Derecho a la Propia Imagen”, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Volumen 64, 2002, pág. 301.

⁶² En uno de los escasos trabajos académicos sobre el derecho a la propia imagen, Peña Atero siguiendo a Corral Talciani concluye que el amparo al derecho a la propia imagen no asociado al derecho a la honra o vida privada es posible fundarlo en el *derecho a la vida pública* que garantiza nuestra Constitución Polí-

1.1.3. Caso Caszely, Carlos y otros contra Salo Editores Limitada⁶³

Este es el primer caso resuelto por los tribunales de justicia sobre el derecho a la propia imagen, al poco tiempo de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Se origina por una licitación que convoca el Sindicato Interempresas de Trabajadores Futbolistas Profesionales de Chile para la comercialización de un álbum de láminas coleccionables con los nombres e imágenes de los integrantes de la selección de fútbol que se preparaba para participar en el Campeonato Mundial de Fútbol, España 1982. La licitación se resuelve a favor de una de las empresas interesadas, “*Empresa de Difusión Fútbol Chile Limitada*” pero meses después la empresa “*Salo Editores Limitada*” –no elegida en la licitación–, inició la comercialización de un álbum de láminas coleccionables con los integrantes de la selección de fútbol, llamado “*España 82, Mundial de Fútbol*”. Los futbolistas recurren de protección en contra de *Salo Editores Limitada*, alegando la vulneración de los derechos contenidos en el artículo 19 N° 4 –vida privada y pública, y honra de la persona y su familia–, y N° 24 –derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales–, por lo cual solicitan la inmediata publicación, distribución, campaña publicitaria y retiro de la misma de circulación. La editorial recurrida solicita en su informe el rechazo de la acción deducida fundado en que la publicación se encuadra en la libertad de opinión e informar garantizada en el artículo 19 N° 12. Sostiene además que aunque el derecho chileno protege el nombre, las normas aplicables al caso están contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual, artículos 24 c) y 34, relativas al derecho que adquiere la empresa periodística respecto al trabajo fotográfico obtenido del personal sujeto a contrato y al derecho exclusivo del fotógrafo de reproducir, exponer, publicar y vender sus fotografías respectivamente. La empresa *Salo Editores* además afirmó que no vulneró ningún derecho, dado que a su juicio, la recurrente no puede tener el derecho exclusivo a difundir el

tica. Peña Atero, José, “*El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilenas*”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Tomo I, Volumen 63, 2001, pág. 305.

⁶³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 5 de julio 1982, publicada en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 9, agosto 1982, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, págs. 368 y sgtes.

nombre y la imagen de jugadores, atendida su notoriedad, los cuales pueden ser difundidos libremente ya que de lo contrario llevaría al absurdo que los diarios y revistas no podrían publicar fotos y nombres de personas que hacen noticia.

La Corte de Apelaciones en una extensa sentencia, expone algunos hechos que califica de públicos y notorios:

25° “... a) que nuestros futbolistas, y otros que llegan a ser astros del deporte, divulgan con entusiasmo y buscan afanosamente la publicidad como medio de alcanzar jerarquía (status) en el medio en que actúan;

b) que respecto de esa actitud existe, por lo menos aquiescencia tácita e inequívoca de los interesados;

c) que todo gira en torno a la vida profesional de aquellos, a su actividad pública, y no afecta a la esfera de su intimidad (vida privada); y

d) que el uso por terceros de esas imágenes (...), que flotan en el ambiente nacional e internacional, no se divisa una falta de miramientos, de respeto o de consideración hacia las populares figuras deportivas...”.

El tribunal entiende que el derecho a la propia imagen consistiría:

38. “... en la potestad de impedir a cualquiera retratar sin permiso nuestra imagen y reproducirla o hacer de ella cualquier uso, aun cuando sea inocente. El derecho sobre la propia imagen podría ser así una prolongación del derecho sobre el propio cuerpo”;

En esta línea la Corte sostiene que:

40. “... Obtener y utilizar la propia imagen es un derecho sobre la persona o de la personalidad; algo esencial, natural e innato a todo individuo por el solo hecho de serlo y que, como tal, no necesita de un reconocimiento explícito de la ley”;

No obstante, este reconocimiento, el tribunal entiende que:

41. “... ese derecho sobre la propia imagen ofrece excepciones, justifican estas por no contravenir el fundamento que asiste

al mismo, no otro que el respeto a la integridad moral de la persona o a su intimidad”.

La Corte de Apelaciones por tanto, entiende que el derecho a la propia imagen solo se protege en el caso que exista una vulneración al derecho a la honra o intimidad. Recurre a la doctrina extranjera para justificar el carácter excepcional del asunto sometido a su decisión y por lo tanto no merecedor de tutela.

El tribunal tiene presente el carácter de figuras públicas de los futbolistas, para afirmar:

43. “Que atendida la notoriedad de las personas que comparecen (...) a lo que se agrega la confesada calidad de deportista (futbolista internacional) que adorna a cada una de ellas...”.

La Corte tampoco advierte una vulneración al derecho de propiedad de los recurrentes, al no poseer la imagen un carácter de derecho real ni personal, ya que en su opinión no representan un valor pecuniario, son intransferibles, intransmisibles ni están dotados de acción para obtener su reconocimiento judicial.

En definitiva, se desestima las pretensiones de los recurrentes, declarándolas sin lugar, por lo cual la Corte,

43. “... concluye que el uso hecho por terceros –con fines de lucro por cierto– de sus fotografías no vulnera su integridad moral ni su intimidad; tampoco un posible derecho de propiedad sobre sus imágenes”.

El razonamiento judicial nos parece equivocado al no tomar en cuenta un elemento que la Corte no pudo soslayar: la publicación del álbum con las imágenes de los futbolistas no puede considerarse amparado por la libertad de información dado que no era su objeto, sino uno claramente comercial. Por tal razón, era irrelevante analizar el carácter de figuras públicas de los futbolistas, criterio legitimador en un caso hipotético, por ejemplo que un deportista popular o no, se opusiera a la publicación de sus imágenes en un medio de comunicación. El derecho a la propia imagen, al igual que el derecho a la honra y a la vida privada posee umbrales más reducidos tratándose de figuras públicas, en particular para fines informativos, pero que en la dimensión propia imagen - valor comercial la tutela entre personas privadas y públicas suelen igualarse.

1.3.2. Molina Wunderlich, María Soledad contra *Diario La Tercera*⁶⁴

Esta acción constitucional si bien tiene similitudes con los casos expuestos relativos a la protección de la propia imagen - vida privada, dado que se refieren a publicaciones de fotografías en traje de baño en un diario, se diferencian por un hecho fundamental: la recurrente otorgó su consentimiento para ser fotografiada, lo cual nos traslada al campo de la dimensión propia imagen - valor comercial. La acción de protección, sin embargo, como afirma con razón la Corte de Apelaciones en su sentencia, no invoca el derecho a la propia imagen. La actora recurre de protección manifestando que en el año 1980 fue a Portillo a posar para una sesión de fotografías –previo ofrecimiento de \$ 5.000–, con el fin de promocionar la temporada de esquí. Sostiene que hubo un incumplimiento de lo ofrecido y que las fotografías fueron publicadas dicho año con gran escándalo para su familia. Manifiesta que intentó sin éxito recuperar los negativos, y que luego de 5 años, volvió a aparecer una de dichas fotografías, lo cual a su juicio vulnera su derecho a la vida privada y honra, actuando por la vía cautelar con el único propósito de evitar la continuación del abuso de las fotografías.

El *Diario La Tercera* en su informe expone que la publicación de la fotografía impugnada tuvo por objeto promover la temporada invernal, siendo la pose de la recurrente voluntaria, no sugerente ni provocativa, y que actuó profesionalmente en una agencia de modelos que contrató sus servicios para promover dicha temporada de esquí y que como candidata a Miss Chile fue fotografiada por decenas de reporteros de distintos medios de comunicación. Sostiene que la utilización de archivos de fotografías por parte de los medios constituye un legítimo recurso de todo periódico o revista.

La Corte de Apelaciones en su fallo sostiene que la acción al no solicitar protección para la vida –entendemos que la sentencia omitió la palabra *privada*–, no se vislumbra de qué forma pudiese estar amenazada por la publicación de la fotografía que se impugna. Por esta razón el Tribunal se circunscribe a analizar la lesión a la honra, la cual también desestima debido a que la leyenda que ilustra la imagen se limita a expresar: “La

⁶⁴ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el día 21 de agosto de 1985, publicada en la revista *Gaceta Jurídica*, año X - 1985 / N° 62, págs. 58 y sgtes.

cara hermosa del invierno, la nieve. Las hermosas aprovechan, por supuesto para tostarse", lo que no se relaciona con la recurrente. La Corte estima que la recurrente posó voluntariamente para ser fotografiada por medio de una agencia de modelos, con el fin de promover un sano deporte, sin lascivia alguna.

El Tribunal estima que no existe un derecho que amparar, debido a que:

5°. "... el nombre de la recurrente, como atributo de la personalidad, no ha sido tocado y el derecho a la propia imagen no se menciona en el recurso".

Sostiene la Corte que la ley de propiedad intelectual no se refiere al derecho a la propia imagen, sino a los derechos exclusivos del fotógrafo sobre sus obras y a los derechos de las empresas periodísticas de publicar las fotografías del personal sujeto a contrato.

La Corte desestima por tanto la acción constitucional, afirmando:

7°. "Que, evidente nos parece, que el fotógrafo no puede fotografiar a una persona sin su autorización expresa o tácita, aun cuando de la imagen no vaya a hacerse un uso ulterior (artículo 35⁶⁵); más cierto, aún, cuando la propia recurrente confiesa que obró por paga de cinco mil pesos con cargo a una agencia de modelos".

El Tribunal de Alzada entiende según se infiere, que el consentimiento prestado cinco años antes por la recurrente para ser fotografiada se prolongaría en el tiempo y también una utilización de las imágenes para otros fines que los acordados en el momento de la sesión fotográfica, lo cual nos parece objetable. La Corte en definitiva no se pronuncia sobre el uso abusivo de la imagen de la recurrente, el valor comercial que representa para una persona –en especial si es modelo–, dado que no es invocado por la recurrente.

⁶⁵ La cita la entendemos referida a la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual.

1.3.3. Orellana Barrera, Hilda con Caja de Compensación Javiera Carrera y otros⁶⁶

La recurrente, Hilda Orellana, trabajaba realizando labores administrativas en una de las empresas relacionadas a la Caja de Compensación recurrida. Luego de algunos meses de su ingreso a la empresa, se le comunica que con motivo del nuevo aniversario de la institución se le tomarían fotografías a todos los empleados con su familia, luego de lo cual se elegiría la mejor. La imagen ganadora se convertiría en un póster, el que destacaría la atención integral a la familia. La recurrente aseveró que en caso de ser elegida, habría una determinación de la parte económica con posterioridad. La recurrente se entera que aparece junto a su cónyuge e hijo ilustrando varias publicaciones –entre ellas un calendario–, de las empresas recurridas. Reclama en tres oportunidades, y en el último de estos, la despiden. En su presentación sostiene que la exhibición y publicación del calendario implica una utilización indebida, no autorizada de su imagen y la de su familia, garantizado por derecho de propiedad, artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental. La recurrida solicita el rechazo del recurso, esgrimiendo que existió consentimiento de la actora y al hecho que jamás ofreció algún tipo de pago, lo que se probaría con el finiquito firmado por la trabajadora luego de su despido. La Corte desestima con muy buen criterio este último argumento al sostener que:

“... el finiquito acompañado, de ninguna manera conduce a permitir que la recurrida pueda libremente disponer del derecho a la imagen de la recurrente y su grupo familiar con fines de publicidad de sus actividades, puesto que por su naturaleza propia del contrato de trabajo que los unía no puede quedar comprendida entre las obligaciones contractuales, que son las únicas a que puede referirse el finiquito en cuestión”.

⁶⁶ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 27 de marzo 1997, confirmada por la Corte Suprema el 1 de octubre 1997, con un voto en contra que estuvo por revocar fundado en que de los antecedentes del proceso se evidenciaría el consentimiento de la recurrente en ser fotografiada, publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*. Segunda Parte, Sección Quinta, Tomo XCIV, N° 3: septiembre-diciembre, Editorial Jurídica de Chile, 1997, págs. 245 y sigtes.

Respecto al derecho constitucional vulnerado, el criterio del Tribunal de Alzada contenido en el considerado decimotercero expresó:

(13°). Que el derecho a la propia imagen de doña Hilda del Carmen Orellana Barrera (...) queda comprendido en el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, que se refiere a la propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales; entre estos últimos se encuentran aquellos bienes incorporeales que pertenecen a toda persona por el solo hecho de ser de la especie humana. Esto es, se trata de un atributo de la personalidad, entre los cuales está precisamente el derecho a la propia imagen, del que se puede disponer solo por el sujeto mismo. Sin que nadie se pueda beneficiar de ello, sin su expreso consentimiento.

Quien haga uso del derecho a la imagen de una persona natural, sin autorización de su detentador, lo utilice con fines comerciales de publicidad, amenaza, perturba y lo priva del derecho subjetivo de propiedad sobre su propia imagen.

La Corte afirma con razón que el derecho a la propia imagen forma parte de los denominados atributos o derechos de la personalidad acogiendo el planteamiento del recurrente en torno a que se vulneró en el caso el derecho de propiedad. La Corte en este caso no tenía otra opción para fundar su sentencia dado que se trata de un caso donde no hay afectación al derecho a la vida privada u honra, como en la dimensión intimidad y falsa apariencia. Al carecer el derecho a la propia imagen de reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, la tutela de su aspecto patrimonial solo podía justificarse desde el punto de vista del derecho de propiedad.

1.3.4. Zamorano Zamora Iván con VTR Global Com S.A.⁶⁷

El reconocimiento jurisprudencial del derecho a la imagen asociada a su valor comercial se ha consolidado en dos casos resueltos el año 2003 planteados por destacados deportistas de nuestro país.

⁶⁷ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 1009-2003, el día 8 de mayo de 2003. Resolución no apelada.

El primero, interpuesto en representación de Iván Zamorano en contra de la empresa operadora de cable *VTR GLOBAL COM S.A.* se funda en el uso y aprovechamiento no autorizado y con fines comerciales de la imagen de su representado que promocionaba mediante la utilización de una fotografía del futbolista, la transmisión de los partidos de la Copa Libertadores a través del canal de televisión por cable denominado *Fox Sports Premium* cuya transmisión se contrata a través de la empresa *VTR*. A juicio de la parte recurrida, el canal de cable ha violado con su actuar la garantía constitucional contemplada en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución, en razón que su representado no ha autorizado la utilización de su imagen para dichos fines. Solicita se ordene a la recurrida que se abstenga de seguir realizando la conducta antes dicha en cualquier tipo de publicidad, y que se disponga el retiro e incautación de todo el material publicitario en que aparezca la imagen del futbolista.

La empresa de cable, en el informe evacuado, solicita el rechazo del recurso, argumentando que la acción planteada no tiene la finalidad de velar por la extensión del derecho de un particular para hacer uso de la imagen publicitaria de una persona pública. Sostiene además que el recurrido ha actuado de buena fe y ha contado con todas las autorizaciones necesarias para utilizar la imagen del recurrente en la promoción de la Copa Libertadores de América en el Canal *Fox Sport Premium*. Añade el informe, que una vez recibida la carta de los representantes del señor Zamorano, la empresa *VTR* adoptó inmediatamente todas las medidas necesarias para sacar de la circulación el material publicitario que recogía la imagen del futbolista, acogiendo su petición con la exclusiva finalidad de no entorpecer las relaciones con una figura pública de la dimensión del señor Iván Zamorano. No obstante sostiene que se le ha informado a la empresa recurrida que se encontraría facultada expresamente por los organizadores de la Copa Libertadores de América para utilizar las imágenes de esa competencia (incluyendo la de los jugadores que en ella participan). Por tales razones, solicita que se declare que no existen conductas ilegales ni arbitrarias de su representada con relación al recurrente, y que no se han privado, perturbado ni amenazado sus garantías constitucionales.

La Corte de Apelaciones en su razonamiento manifiesta que de acuerdo a los antecedentes agregados a los autos no aparece que el recurrente haya otorgado su autorización –ni a la recurrida ni a terceros vinculados a ella–, para la utilización con fines

propagandísticos de la imagen fotográfica del señor Iván Zamorano Zamora, y, por otra parte, tampoco “VTR Banda Ancha S.A.”, ha demostrado que los organizadores de la Copa Libertadores de América cuentan con la referida autorización.

En cuanto al reconocimiento del derecho a la propia imagen, la Corte sostiene:

4º. “Que, en virtud de lo expuesto precedentemente queda claro que la fotografía del aludido deportista ha sido expuesta sin contar con su anuencia, y, como resulta que el derecho a la propia imagen de una persona natural queda amparado por el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, que se refiere a la propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales; entre estos últimos se encuentran aquellos bienes incorporeales que pertenecen a las personas por el solo hecho de pertenecer a la especie humana. Además, el derecho a la propia imagen constituye uno de los atributos de la personalidad, del que se puede disponer solo por el sujeto mismo, sin que nadie pueda beneficiarse de ello sin su expreso consentimiento”.

La Corte desestima el argumento esgrimido por la parte recurrida que afirmó la inexistencia de un acto ilegal, al sostener:

5º. “Que, el hecho de haber sido retirados por la recurrida “...” no significa que el presente recurso haya perdido su finalidad, puesto que esta acción –de rango constitucional– se ha creado también para impedir cualquier amenaza que se produzca en relación a la garantía constitucional que se dice infringida, y, como no ha sido desvirtuada esta última circunstancia por las afirmaciones de la recurrida, más aún, si esta última ha señalado haber retirado el material publicitario que contenía la imagen del recurrente, solo para no entorpecer las relaciones con este último, forzoso resulta acoger el presente recurso en la forma que se indicará en lo resolutivo”.

En virtud de dicho razonamiento, la Corte de Apelaciones acoge el recurso de protección disponiendo que VTR Banda Ancha S.A., deberá abstenerse en lo sucesivo de utilizar la imagen del señor Iván Luis Zamorano Zamora, sin su autorización, en cualquiera clase de publicidad, bajo apercibimiento de procederse al retiro e incautación de dicho material del lugar donde se exhiba.

1.3.5. González Ramírez, Fernando con VTR Banda Ancha S.A. y VTR Global Com S.A.⁶⁸

En un caso análogo al precedente, resuelto también en el año 2003, tiene la importancia en ser reconocido por nuestro más alto tribunal de justicia en su fallo confirmatorio respecto a otro destacado deportista de nuestro país.

La acción constitucional es deducida por Fernando González Ramírez, representante de su hijo tenista, Fernando González Ciuffardi también en contra de la empresa cableoperadora VTR. El fundamento de su interposición fue la utilización y aprovechamiento en una campaña con fines publicitarios y comerciales, sin autorización alguna, de la imagen de su hijo, a través del uso de diversas fotografías de este en los diarios *La Hora*, *El Mercurio*, revistas *Quince Cero* y *RTV* y también en publicidad móvil en vehículos de locomoción colectiva, con el fin de promocionar la transmisión de distintos torneos de tenis profesional, a través del canal de televisión por cable *Fox Sports*, cuya transmisión se contrata a través de la empresa VTR. Tales acciones a juicio del recurrente vulnera el derecho que la Constitución Política le reconoce y protege a su hijo en el N° 24 del artículo 19, al perturbar y amenazar el derecho que este posee sobre su propia imagen, razón por la cual pide se acoja el recurso y se ordene a las recurridas se abstengan de seguir realizando la conducta denunciada, en cualquier tipo de publicidad.

El recurrido luego de alegar cuestiones formales, informa en cuanto al fondo que el canal *Fox Sports* contaba con todas las autorizaciones legales y contractuales para efectuar las publicaciones referidas. VTR se limitó solo a actuar como intermediario de esa señal de televisión. En este caso, el canal aludido obtuvo legalmente el derecho a transmitir y utilizar la imagen de Fernando González y de los demás jugadores concursantes del circuito profesional de tenis en virtud de contratos válidamente celebrados. En este contexto, continúa, en enero del año en curso, su parte suscribió con la representante en Chile de la señal *Fox Sports* un contrato, de acuerdo al cual esta empresa titular de derechos para

⁶⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3.084/2003, dictada el 11 de agosto de 2003, obtenida de la página Web del Poder Judicial: www.tribunalesdejusticia.cl. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de septiembre de 2003, publicada en *La Semana Jurídica* N° 155, semana del 27 de octubre al 2 de noviembre de 2003, pág. 5.

transmitir un conjunto de materiales y contenido televisivos, autoriza a VTR para distribuir y exhibir a sus suscriptores, entre otros, los torneos de tenis profesional que se detallan. En este marco, concluye, las partes promocionaron las transmisiones de las actividades deportivas pertinentes. Enfatiza la recurrida que por contrato, VTR debía publicitar las transmisiones de esa señal televisiva y, para estos efectos, la misma *Fox Sports* proporcionó las imágenes. Sin perjuicio de lo anterior, una vez recibida la carta de los representantes del hijo del recurrente, se adoptaron todas las medidas para retirar de los espacios públicos las imágenes objetadas. Por otra parte, finaliza el informe, el anuncio de 12 de mayo de 2003, tuvo por exclusivo objeto dar a conocer el contenido de la revista RTV y, en este contexto informativo, se utilizó una fotografía del tenista Fernando González, siendo, en consecuencia, falsa la existencia de una campaña publicitaria. Termina señalando la empresa VTR, que el hijo del recurrente es una figura pública y que por lo mismo, no puede pretender prohibir, con carácter general, la reproducción de su imagen, por lo cual solicita el rechazo del recurso de protección deducido en su contra.

Luego de examinar cuestiones formales, la Corte analiza la pertinencia de la acción de protección en lo que dice relación con las diversas publicaciones en que aparece el hijo del recurrente, los cuales en opinión de la empresa VTR la imagen del tenista se contiene en el marco de los reportajes de la revista relativos al tenis y en consideración que se trata de un personaje público protagonista de dicha actividad deportiva, que aparece diariamente en noticiarios, diarios y revistas, precisamente por ser relevancia en el ambiente tenístico. Por tales razones a juicio del Tribunal debe ponderarse el contexto en el que la imagen es utilizada y los fines con que ella se realiza. En cuanto a la promoción de las transmisiones deportivas de la señal de televisión por cable, la empresa VTR manifiesta, según relata la Corte, que *Fox Sports* es la que cuenta con autorización para esas publicaciones y VTR solo ha sido intermediaria. El canal *Fox Sports*, mediante contratos válidamente celebrados, el 31 de octubre de 2001 y el 17 de diciembre de 2002 fue habilitado para transmitir la imagen del recurrente y de los restantes participantes del torneo tenístico de ATP Tour. En esta virtud el 16 de enero de 2003, VTR suscribió un contrato de distribución y exhibición de materiales y contenidos televisivos con Distribución y Productora de Televisión Fox Sports, los cuales autorizaban la exhibición de los torneos de tenis profesional del ATP Tour.

En cuanto a las publicaciones realizadas en la revista RTV que se envía a los suscriptores de la televisión por cable, la Corte de Apelaciones de Santiago manifiesta que:

8°. *“...No permiten concluir que se está en presencia de un acto ilegal o arbitrario que afecte la garantía constitucional del N° 24 del artículo 19. En efecto, el tenista señor González aparece en dicha publicación, junto a otros tenistas internacionales, a manera de ilustración de su reportaje sobre Roland Garros, que es un evento deportivo a nivel mundial, por lo que no parece válido sostener que se afecte la imagen del tenista recurrente que es obviamente, como habitual partícipe de dichos certámenes, una figura que constantemente ilustra noticieros televisivos, periódicos y revistas. En consecuencia, la reproducción de su imagen en la revista RTV no constituye ni privación, ni perturbación o amenaza de sus garantías constitucionales, lo que conduce a desestimar, también en esta parte, el recurso”.*

Por dichos fundamentos, la Corte de Apelaciones desestima la acción constitucional presentada, la que fue acordada con un voto disidente que fue de la opinión de acoger el recurso de protección deducido en estos autos, teniendo para ello en cuenta:

“... que con los actos que en él se reclaman, se ha vulnerado el derecho que el recurrente le reconoce el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en síntesis, el derecho de propiedad sobre la imagen del tenista Fernando González Ciuffardi. Tiene también en consideración que, si bien el derecho a la imagen personal no se ve en principio vulnerado al exhibírsela públicamente como parte de un grupo colectivo de deportistas, sí se ve afectado el derecho a dicha imagen si, como en el caso de la especie, se ha hecho una utilización comercial de la misma, lo que no ha podido realizarse legalmente por la recurrida sin el consentimiento y la autorización previa, especial y explícita del derecho de dicha imagen”.

La Corte Suprema repasa aspectos doctrinarios de la acción de protección antes de analizar el fondo del recurso, señalando que:

1°. *“... el recurso de protección (...) constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa*

misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio

2º. Que, como surge de lo expresado previamente, constituye requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto ilegal esto es, contrario a la ley, según la acepción o definición contenida en el artículo 1º del Código Civil –o arbitrario producto del mero capricho de quien incurre en él–, que provoque alguna de las situaciones que se han indicado y que afecten una o más de las garantías constitucionales protegidas. Solo en caso de darse alguna de las dos primeras exigencias, que no son copulativas, según surge de la redacción del precepto Constitucional que la consagra, cabría entrar al análisis de las garantías constitucionales que pudieren estar amagadas o afectadas, ya que de otro modo esta última tarea podría no revestir utilidad;

El máximo tribunal de justicia de nuestro país expone que la empresa recurrida señaló haber actuado en uso de una supuesta autorización de la señal televisiva de cable denominada Fox Sport, con lo que reconoce haber efectuado la publicidad impugnada sin acreditar que el tenista afectado Fernando González C., haya dado las autorizaciones pertinentes para la propaganda aludida.

La Corte Suprema reconoce expresamente el valor comercial del derecho a la propia imagen y de la vulneración que es objeto originada por su aprovechamiento no consentido señalando:

7º) Que el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, que se ha estimado vulnerado, establece: La Constitución asegura a todas las personas: "... El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales...". La imagen corporal es un atributo de la persona y, como tal compete a la persona el uso de su reproducción por cualquier medio con fines publicitarios o lucrativos; conforma en consecuencia, un derecho incorporal protegido por la norma constitucional señalada. Cabe precisar, además, que la persona de que se trata es ampliamente conocida, y su fama y prestigio han sido laboriosamente conseguidos a través de su propio esfuerzo individual, en este caso, en el terreno deportivo-tenístico y por

consiguiente el uso de ilustraciones en que ella aparezca tendrá ciertamente una decisiva influencia en el público consumidor, en favor del anunciante, quien de esta manera usufructua del beneficio económico que de tal difusión se deriva, en perjuicio del recurrente. De aquí entonces, que la empresa recurrida, para poder utilizar la referida imagen, ha debido contar, necesariamente, con la autorización de la persona en cuyo favor se recurre, cuya es la facultad de otorgarla o no, y si lo hace es a él a quien compete fijar las condiciones en que se realice, o acordar los términos pertinentes con quien desea difundirla como base para implementar alguna campaña publicitaria. En la especie, está claro que ello no ocurrió y en consecuencia, la difusión denunciada constituye una conducta ilegal que transgrede la garantía señalada”.

Por tal razonamiento la Corte Suprema, revoca la sentencia apelada, acogiendo el recurso de protección deducido, ordenando a ambas empresas recurridas –VTR Global Com S.A. y su filial VTR Banda Ancha S.A.–, abstenerse de continuar efectuando publicidad con utilización de la imagen del tenista profesional Fernando González Ciuffardi.

2. Vida privada y principio de la autonomía de la persona. Artículo 19 N° 4, CPE

Existe un ámbito de protección de la vida privada vinculado estrechamente con una de las dimensiones de la libertad de expresión. Como se sabe esta puede entenderse desde una concepción libertaria o democrática, dependiendo de los intereses de expresión que se tomen en cuenta. El primero atiende al interés autoexpresivo de los ciudadanos, sea como personas individuales o bien organizados en colectivos que comparten una misma ideología o unidad de propósitos. En cambio la dimensión democrática de la libertad de expresión, se dirige más que asegurar meros intereses de autoexpresión, a consagrar un conjunto de condiciones mínimas para que distintas y múltiples opiniones puedan ser expuestas al público, de modo de posibilitar un adecuado autogobierno ciudadano⁶⁹. La dimensión li-

⁶⁹ Fiss, Owen, *La Ironía de la Libertad de Expresión*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 30.

bertaria o autoexpresiva de la libertad de expresión no se restringe a la sola libertad de opinar o de informar, sino a cualquier exteriorización o manifestación de ideas, actitudes o incluso concepciones de vida no discursivas^{70, 71}.

El ámbito autoexpresivo de la libertad de expresión se relaciona con el principio de autonomía de la persona que se configura a partir de la adopción de decisiones que van configurando nuestro el proyecto de vida pensado y diseñado. Una de sus manifestaciones tiene que ver con nuestra apariencia personal, y dentro de este, se encuentra el vestuario, adornos, objetos, símbolos, la manera de llevar el pelo, cualquiera de los cuales posee y adquiere importancia según nuestra subjetividad. La defensa de cualquiera de los aspectos que forman nuestra apariencia personal, puede construirse en torno al derecho a la vida privada. En cambio si se trata ya no de la mera vestimenta, sino de símbolos, pancartas, afiches, prendedores, que exprese una posición política o religiosa constituirían un tipo de comunicación no discursiva que debería quedar amparada bajo la libertad de expresión^{72, 73}.

⁷⁰ En opinión de Toro, Marcelo –la que compartimos–, solo se ha interpretado en nuestro país la libertad de expresión en su dimensión libertaria, la cual califica de estrecha y reducida solo a las libertades de opinión e información. Véase Taller de Análisis Jurídico, Materiales Volumen II: Libertad de Expresión, primer semestre 2002, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Diego Portales, pág. 38.

⁷¹ La jurisprudencia estadounidense ha analizado bajo la Primera Enmienda dimensiones tan diversas de la libertad de expresión, tales como el financiamiento de campañas políticas, Internet y los menores de edad, la quema de la bandera, los discursos de odio, violento, racista, el derecho de asamblea, reunión y petición entre otros.

⁷² Un importante caso resuelto por la jurisprudencia norteamericana sobre la libertad de expresión de estudiantes fue *Tinker v. Distrito Escolar de Des Moines*. Mary Beth Tinker era una estudiante de 13 años, vivía en Des Moines, Iowa en 1965, cuando escuchó un discurso del senador Robert Kennedy que invitaba a sus conciudadanos a colocarse una banda negra en el brazo como señal de protesta por la guerra de Vietnam y de apoyo a la tregua propuesta para la navidad de dicho año. La estudiante y un grupo de amigos siguieron el llamado del congresista y asistieron a clases con el brazalete negro, aunque la Junta Escolar había votado a favor de expulsar a los alumnos que las llevaran por constituir a su juicio una influencia perturbadora. Mary Beth entró a clases con el distintivo por lo cual es llevada a la oficina del director y expulsada sin mayor trámite. La estudiante y varios alumnos presentaron una demanda judicial basado en la medida constituía una vulneración a la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense que garantiza la libertad de expresión. La jurisdicción de Iowa rechazó la demanda, estimando que la decisión adoptada por el uso de los brazaletes era razonable dado que tenía el propósito de evitar los disturbios que ocurrirían en las salas de clases por la reacción de los alumnos en desacuerdo con la posición de Mary Beth y sus amigos. Los estudiantes llegan a la Corte Suprema de los Estados Unidos, luego de transcurridos tres

En escasas ocasiones nuestra jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta dimensión de la vida privada, siendo el caso que expondremos a continuación una de estas raras excepciones.

años de su expulsión. El máximo tribunal de justicia acogió la presentación fundado en que *"... ni los estudiantes ni los maestros pierden sus derechos constitucionales al cruzar el umbral de la escuela, los cuales deben aplicarse con cuidado a la luz de las características especiales del entorno escolar. Por ejemplo puede permitirse el uso de botones, bandas en los brazos, afiches, y panfletos, no así los símbolos de las pandillas. Los funcionarios de la escuela trataron de castigar a los alumnos porque estos expresaron su opinión en una forma silenciosa y pasiva, que no dio lugar a ningún desorden o perturbación. Cualquier desviación de la reglamentación más absoluta puede ser motivo de problemas. Cualquier discrepancia con la opinión de la mayoría puede inspirar temor. Cualquier palabra que se pronuncie en el aula, en el comedor o en el Campus, que no coincida con las opiniones de otra persona puede ser la causa de una discusión o de un disturbio. Sin embargo nuestra Constitución afirma que deberemos correr este riesgo y nuestra historia nos enseña que este tipo de libertad peligrosa —este tipo de apertura—, es la base misma de nuestra fortaleza nacional y de la independencia y vigor de los estadounidenses que crecen y viven en esta sociedad permisiva y a menudo polémica. En nuestro sistema, los estudiantes no pueden ser vistos como receptores pasivos de lo que el Estado decida comunicarles y nada más. No se les debe obligar a expresar solo los sentimientos que gozan de la aprobación oficial. Los estudiantes tienen derecho a expresar su propia opinión".* Peck, Robert, *La Protección Constitucional*, publicado por el Servicio Cultural e Informativo de los Estados Unidos, 1992, pág. 12 y 13.

- ⁷³ Se trata en todo caso de una clasificación arbitraria, dado que la sola vestimenta puede revelar la pertenencia a algún credo religioso o movimiento político, cultural o social. Un caso de plena actualidad vinculado a este materia se discute con intensidad en Francia. El 10 de febrero de 2004 los diputados de la Asamblea Nacional aprobaron por abrumadora mayoría de 494 votos a favor y 36 en contra, un proyecto de ley que prohíbe en las escuelas públicas el uso de símbolos religiosos ostensibles, como el kipá judío, las cruces cristianas y los velos islámicos. Los opositores a la ley alegan que en nombre del sistema de libertades y de la defensa de la igualdad pueda provocarse la exclusión escolar de los menores, muchos de los cuales usan los símbolos por presión de sus familias y el entorno que los rodea. A favor de la aprobación de la ley podemos extractar las razones que ha expuesto Peña-Ruiz: *"La escuela laica es uno de los últimos lugares en priorizar todo lo que une a los seres humanos sobre todo lo que los separa. Razón por la cual no debe estimular las diferencias de identidad o la estigmatización sexista, sea por motivos religiosos o no".* (...) *"La escuela laica se preocupa simplemente de que el régimen de afirmación de esas diferencias siga siendo compatible con el universalismo de los derechos y con la libertad que tiene cada cual de definirse o de redefinirse sin tener que jurar fidelidad de ningún grupo".* (...) *"La concordia interna de la escuela se debe en gran medida a que los alumnos no piensan en singularizarse o desmarcarse".* (...) *"La regla no prohíbe la expresión discreta de una creencia o de una convicción, sino que proscribiera cualquier manifestación de pertenencia religiosa a través de una vestimenta o de un símbolo. Algunos responsables de establecimientos escolares informaron que en los patios de ciertos liceos ya se habían formado grupos de alumnos de la misma religión, con los consecuentes riesgos de tensiones y enfrentamiento que ello implica. El día de mañana miles de muchachas darán gracias a la República por haber preservado su derecho a ir a la escuela con la cabeza descubierta y a sentarse junto a varones con el mismo status que ellos".* Peña-Ruiz, Henri, *"Laicismo y justicia social, palancas de la emancipación"*, *Le Monde Diplomatique*/abril 2004, N° 40, Edición chilena, págs. 32 y 33.

2.1. *Vodanovic Natalio, con Colegio Windsor*⁷⁴

Los hechos que origina la presentación de un recurso de protección fue la dictación por parte de la dirección de un establecimiento educacional privado a comienzos del año escolar, de un conjunto de prohibiciones para los alumnos, como el uso de pelo largo y aros para los varones; la tintura de colores fucsia, verde y amarillo para las mujeres, y para ambos el tomarse de la mano y darse caricias entre pololos. A los días siguientes, pese al reclamo de algunos alumnos se controla el cumplimiento de las medidas adoptadas.

El padre de dos alumnos deduce recurso de protección en contra del colegio, alegando que el procedimiento adoptado por la autoridad educacional lesiona profundamente la integridad y personalidad de los jóvenes que han sido objeto de su aplicación coactiva, contrariando además el derecho inalienable de los padres a dirigir y orientar su desarrollo conforme a sus creencias y valores, todo lo cual vulnera la igualdad ante la ley y el derecho a la vida privada y amenaza el derecho de propiedad en razón de una posible expulsión del colegio. El colegio en su informe solicita el rechazo del recurso por extemporáneo o su rechazo al no advertir existencia de los presupuestos constitucionales que habilitan la interposición de la acción constitucional.

La Corte de Apelaciones en su fallo advierte que las prohibiciones que originaron la presentación de la acción constitucional, no aparecen consignadas en el reglamento del colegio, ni en su guía académica. El tribunal cita las siguientes normas constitucionales y legales: la libertad de enseñanza consagrada en el artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental; la Ley N° 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza y el D.F.L. N° 1 sobre el Estatuto de los Profesionales de la Educación, determinando que dicha normativa consagra la libertad de educación, lo cual supone el reconocimiento del Estado a los educadores la plena libertad para desarrollar su actividad, garantizando con ello la calidad de la enseñanza con un alto grado de exigencia académica a los educadores. La Corte también tiene presente la Declaración de los Derechos del Niño ratifi-

⁷⁴ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, el 28 de julio de 1998, revocada por la Corte Suprema el 20 de septiembre de 1998. Ambas sentencias publicadas en la *Revista de Derecho* de la Universidad Austral de Valdivia, con comentarios de Juan Carlos Ferrada, Volumen IX, diciembre 1998, págs. 223 y sgtes.

cada por nuestro país que dispone como principio rector en el interés superior del niño, la responsabilidad primera que recae en los padres de educarlos y orientarlos.

El tribunal, de acuerdo a dichas normas, manifiesta que la educación y los derechos del niño supone a los educadores adecuar su entrega dentro de los lineamientos básicos técnicos y pedagógicos para obtener el elevado objetivo encomendado, de ahí que para la Corte sea idónea cualquier exigencia que apunte a una mejor organización del establecimiento, tales como horario, comportamiento y conductas.

El tribunal no obstante dicha facultades que le reconoce al colegio, manifiesta que:

8°. "... las exigencias hechas a los alumnos en orden a respetar ciertas convenciones sociales, o modas, aparece intrascendente y del todo ajeno al fin perseguido por la educación, porque tales convenciones sociales o modas corresponden evidentemente a la vida privada de los individuos y en el caso de autos atendida la edad y condición de los educandos de los menores afectados, son de responsabilidad de sus padres y no se divisa que las mismas pudieren implicar el resguardo del cometido entregado a los educadores, en términos de que estos estén en condiciones de exigir las coercitivamente sin incurrir en arbitrariedad; la moda en verdad no parece ser parte del cometido educacional de acuerdo con lo analizado".

La Corte interpretando la norma contenida en la Declaración de los Derechos del Niño que para su pleno y armonioso desarrollo de su personalidad requiere amor, comprensión, tolerancia y amistad, expresa que de dicho contexto el respeto por este:

9°. "... implica aceptarles su forma de vestir, de peinar, y de convivir cuando corresponden a un consenso social entre sus pares que lo identifica y le da seguridad; el largo de la cabellera, el uso de adornos en su cuerpo, el tipo de vestimenta, el empleo de un mayor o menor colorido para adornar su rostro o cabellera, forman parte de la rebeldía propia de la juventud, que necesita canalizarse en alguna forma, siendo estas modas o costumbres transitorias una de las formas en que expresan tal rebeldía y no parecen vulnerar los principios y propósitos básicos de enseñanza propuestos por el Establecimiento Educativo ni atentan en contra del orden público, la moral, o las buenas costumbres.

Añade el Tribunal que:

“... el intercambio de sanas caricias forma parte de la formación afectiva de los jóvenes, considerando en particular que los Colegios Mixtos, como el dirigido por los recurridos, facilitan el natural contacto directo entre hombre y mujeres”.

La Corte en base a dicho razonamiento estima que la adopción de las medidas dictaminadas por el colegio:

10º. *“...transgredió la disposición constitucional del artículo 19 N° 4 que dispone el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia teniendo en cuenta que la normativa impuesta ingresó en la vida de los alumnos en la relación con sus familias y transgredió en el área que fueron impuestas la disposición de las declaraciones de los derechos del niño contenidas en el principio 7, que entrega la responsabilidad de la educación y orientación de los niños en primer lugar, a sus padres. Norma esta última que de conformidad al artículo 5º de la Constitución Política, tiene rango constitucional. Perspectiva desde la cual el acto impugnado resulta ser ilegal, y arbitrario si se tiene en consideración que persigue un objetivo ajeno a las propuestas de la educación y no tiene un fundamento racional.*

Si las decisiones cuestionadas en este recurso, se miran desde un punto de vista disciplinario, las que fueron adoptadas por los directivos del Colegio Windsor School de imponer las acciones u omisiones que se reprochan por el recurso, si bien podrían ser justificadas desde un punto de vista disciplinario trascienden el ámbito meramente educacional del colegio”.

La Corte de Apelaciones en conformidad a dicho razonamiento acoge la acción de protección deducida respecto a las prohibiciones y restricciones objeto del recurso adoptadas por el colegio, no así de otras peticiones formuladas por el recurrente, las cuales se rechazan por ser incompatibles con el objetivo del recurso de protección.

La Corte Suprema revoca el fallo. La primera cuestión que el máximo tribunal decide analizar incide sobre si el acto impugnado adolece de ilegalidad o arbitrariedad, para lo cual entien- de necesario estudiar algunos conceptos de orden general y jurídico.

Para tal objeto cita las normas constitucionales referidas al derecho a la educación y la libertad de enseñanza, consagradas en los N° 10 y 11 respectivamente del artículo 19 de la Carta Fundamental y la Ley N° 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza. De dichas disposiciones el máximo tribunal de justicia de nuestro país, infiere que en nuestro país existe:

9°. “... una amplia libertad de enseñanza, que no se refiere solo a determinar los contenidos programáticos de las asignaturas o a los métodos docentes que utiliza, sino también a definir la filosofía educacional, expresada en los principios y valores que la inspiran y en los objetivos que pretende, todo ello sin más limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”.

La Corte Suprema, enumerando las prohibiciones impugnadas –uso de pelo largo y aros en los varones; determinados colores de pelos en las mujeres, y caricias entre pololos–, no las entiende atentatorias de la libertad de enseñanza que la Constitución y la Ley 18.962 Orgánica de Enseñanza autorizan. Este argumento nos parece equivocado, dado que los derechos que esgrime el recurrente como vulnerado es la igualdad ante la ley, el derecho a la vida privada y el de propiedad, los cuales nuestro máximo tribunal de justicia no analiza. El planteamiento que el tribunal no asume el punto controvertido, esto es, si las prohibiciones adoptadas por el colegio vulneran los derechos que alegan conculcados los recurrentes.

La Corte Suprema estima evidente también:

11° “... que las prohibiciones establecidas por el “Windsor School” pueden no ser del agrado ni merecer la aprobación por unanimidad de los padres familia y que incluso algunos consideran que tales medidas son anticuadas o puritanas o atentatorias a la libre expresión; pero sin duda otra porción, grande o pequeña, de los apoderados sí las aprueban, las califican de un modo diferente e incluso pueden figurar entre los factores que han considerados para elegir colegio para sus hijos. La posición de unos y otros puede ser igualmente respetable. De ahí la importancia fundamental de la libertad de enseñanza, que permite que haya establecimientos educacionales con principios diferentes, siempre que no se contravengan las limitaciones enunciadas”.

El máximo tribunal de justicia de nuestro país, en un argumento que tampoco compartimos no advierte que uno de los derechos invocados por el recurrente es el respeto y protección a la vida privada, el cual no puede analizarse bajo la perspectiva de las preferencias de mayoría o minoría que puedan tener el resto de los apoderados del colegio, ya que como todos los derechos fundamentales constituyen un reconocimiento a la personalidad moral de los ciudadanos fundados en la dignidad de la persona humana.

La libertad de enseñanza a juicio de la Corte Suprema, facultada a los establecimientos educacionales:

12°. "... para imponer normas de presentación personal y de conducta para los alumnos, las que se encuentran naturalmente inspiradas en sus propósitos de enseñanza, formativos y valorativos, que pretenden transmitir a sus educandos".

El máximo tribunal de justicia continúa razonando desde la perspectiva de la libertad de enseñanza:

13°. Que esta pluralidad de visiones de los colegios es esencial para que los padres de familia puedan ejercer realmente su "derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos", que establece la Constitución en el N° 11 del artículo 19. Este proceso de elección debe ser precisamente la ocasión para que los padres conozcan los valores que inspiran la acción educadora y las normas pedagógicas usadas para transmitirlos.

14°. Que no es atinado seleccionar para los hijos un colegio cuyos principios no son conocidos a fondo y reclamar después judicialmente contra él con la pretensión de que sean cambiados, sin que se conozca siquiera la opinión de otros apoderados, ya que de ningún modo consta la representación de otros apoderados que el recurrente se atribuye.

El Tribunal Supremo por último recurre a un ejemplo para resaltar la falta de fundamento de la acción deducida. Es el caso eventual de padres católicos que matriculan sin darse cuenta a un hijo en un colegio mormón, no podrían intentar con posterioridad que el colegio cambiase sus valores y métodos. No nos parece afortunado el ejemplo planteado vinculado al complejo campo de la moral religiosa. Claramente los padres no podrían reclamar un

cambio de religión, dado que la doctrina religiosa de un establecimiento educacional suelen constituir uno de los elementos decisivos que tienen los padres en la elección del colegio de sus hijos, lo cual es difícil que lo puedan soslayar. Un mejor ejemplo para explicar el conflicto planteado hubiese sido el siguiente: Los padres matriculan en un colegio católico a su hijo, y este no desea recibir la primera comunión, decisión que apoyan sus progenitores. ¿Tendría el establecimiento educacional en virtud de la libertad de enseñanza, y de la doctrina religiosa ampliamente conocida e informada a la familia, la facultad de aplicar alguna sanción al menor por dicha decisión? Creemos que no, ya que con prescindencia de la orientación religiosa de una institución, una persona y aun los menores de edad requieren tener libertad para recibir los sacramentos. Todo acto de coacción que imponga el cumplimiento de una norma religiosa o moral, queda privada de toda significación si no es aceptada libre y espontáneamente por el sujeto al que va dirigida y que le debe observancia.

Concluye la Corte que la directiva del colegio no ha cometido un acto ilegal o arbitrario alguno al aplicar las prohibiciones, por lo cual rechaza el recurso deducido revocando la sentencia adoptada por la Corte de Apelaciones⁷⁵.

⁷⁵ Una interesante y exhaustiva investigación sobre el derecho a la educación y la discriminación analiza entre otros problemas las normas sobre expulsión de establecimientos educacionales en razón del uso del uniforme escolar y la apariencia personal, y las opiniones recogidas sobre dicho punto en una mesa de trabajo convocada por el Ministerio de Educación, las cuales inciden directamente con el caso expuesto.

“Para algunos, se puede cancelar la matrícula por este motivo. Quienes así piensan privilegian, en primer término, la libertad que tienen los establecimientos para implementar y desarrollar sus proyectos educativos, con sus propias orientaciones y carisma, de tal manera que sus normas y proyectos sean coherentes y por consiguientes exitosos. En segundo lugar estiman que es un deber preferente de los padres, no de los alumnos, definir ciertas pautas de comportamientos para sus hijos. En último término, la escuela es un lugar de formación de hábitos y las normas que establecen los colegios apuntan en esa dirección.

Para otros no es permisible la cancelación de matrícula por este motivo. Para estos, se debe privilegiar la libertad de cada persona, incluyendo la de estudiantes, para definir su propia identidad y estilo, siempre que estos no irroguen daño a terceros, en el entendido que ellos también tienen espacios de autonomía progresiva en la medida en que van creciendo. En segundo término, valoran la diversidad necesaria en las escuelas que permita la creación de ambientes, y en términos más amplios de una sociedad más tolerante para que los estudiantes adquieran espíritu crítico y autocrítico. Por último, el derecho que debe ser reafirmado es el derecho a la educación”. Casas Becerra, Lidia, Correa Sutil, Jorge y Wilhelm Koester, Karina, *Descripción y análisis jurídico acerca del derecho a la educación y la discriminación*, en Cuadernos de Análisis Jurídico N° 12, serie publicaciones especiales, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, noviembre 2001, págs. 218 y 219.

3. Intimidad corporal. Artículo N° 19 N° 4, CPE

3.1. Caso: “Bohme Bascuñán, Manuel / Clínica Alemana”⁷⁶

La tutela de la vida privada entendida como la protección frente a injerencias o intervenciones de terceros no consentidas por su titular tiene un sensible campo de aplicación en el campo de la medicina en especial el referido a las *intervenciones corporales*⁷⁷. La protección del cuerpo humano, en esta dimensión, no solo estaría amparado por el derecho a la vida privada sino también por el derecho a la integridad física y psíquica, al derecho de todo inculpadado de no declarar contra sí mismo, y el derecho a la salud. En este sentido toda persona tendría en principio la opción de negarse a que le extraigan sangre, muestras de pelo para detectar un eventual consumo de drogas; pruebas hematológicas, bioestadísticas, o de ADN para indagar sobre la paternidad, participación en delitos sexuales, lo cual debe ser compatible con la inclusión de presunciones legales, –no de derecho–, en aquellos casos que se rehúsen tales intervenciones^{78, 79}.

⁷⁶ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de noviembre de 1992, confirmada por la Corte Suprema, 16 de diciembre de 1992, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LXXXIX, N° 3: septiembre-diciembre 1992, sec. 5ª, pág. 345.

⁷⁷ Rebollo Delgado recoge la definición de intervención corporal dada por González Cuellar, que comprendería “todas aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él”. Comprendería en consecuencia, los análisis de sangre, cacheos, pruebas de alcohollemias, reconocimientos médicos, registros anales y vaginales, exámenes radiológicos, ecografías, a los cuales agregamos tests de embarazos exigidos para la postulación a empleos, práctica cada vez más frecuente en la Administración Pública y empresas privadas. Rebollo Delgado, Lucrecio, *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pág. 175.

⁷⁸ La Ley 19.585 incorporó al Libro I del Código Civil nuevo título VIII *De las acciones de filiación* que el artículo 199 inciso 2º, establece: *La negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configura una presunción grave en su contra, que el juez apreciará en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil.*

Por su parte la Ley del Tránsito faculta en el artículo 189 a Carabineros a someter a cualquier conductor a pruebas respiratorias o de otra naturaleza con el objeto de detectar alcohol en el organismo, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. También establece que la negativa injustificada a someterse a dichos exámenes se considera una presunción legal del estado de ebriedad, intoxicación por estupefacientes o sustancias psicotrópicas, según sea el caso. También la misma ley configura en casos de accidentes del tránsito una presunción de cul-

Nuestros tribunales resolvieron un caso relativo a la intimidad corporal, aunque con un importante matiz: la paciente otorgó su consentimiento para su realización de la intervención médica, aunque no su filmación que fue el hecho que motivó el recurso.

El fallo nos parece relevante además por el intento de la Corte en aportar una conceptualización del ámbito de lo privado.

El caso se origina por el ingreso de una mujer a una clínica aquejada de una diarrea aguda acompañada de un cuadro febril. Se le practica un examen de rectoscopia durante el cual ingresan con la autorización del médico tratante personas ajenas al centro médico que proceden a filmar desde distintos ángulos a la enferma, *“haciendo denigrante un análisis que de suyo denigrante para ella”*, al tenor de la acción deducida, sin que haya autorizado la filmación.

La Clínica en su informe al tribunal expone que efectivamente celebró un convenio con una empresa de filmaciones para que realizara un video institucional destinado a *“condensar la cuantiosa información que en ella se realizan”*, entre los que se destacarían los tratamientos a distintas enfermedades, dentro de las cuales se encontraba la que padecía la recurrente. Reconoce la filmación del examen practicado a la actora, alegando sin embargo que esta se encontraba totalmente cubierta por una sábana, sin que el equipo de filmación pudiese *“ver su rostro ni las zonas pudentes de su anatomía”*, y a la circunstancia que no hubo oposición de la paciente que estaba consciente, ni de la enfermera particular que la asistía, ignorándose la existencia de parientes en las salas del recinto médico. La Corte de Apelaciones en su razonamiento desecha los argumentos de la clínica, como el que la filmación no identifique a la recurrente, señalando en una de las muy escasas

pabilidad, la negativa también injustificada a practicarse los exámenes destinados a detectar alcohol o drogas en el cuerpo de los conductores.

⁷⁹ La Corte Suprema de la República Argentina reconoció el derecho de una hija de desaparecidos durante el régimen militar a no someterse a un examen de ADN para no perjudicar a su padre adoptivo. Un juez federal y la Sala I de la Cámara Federal había ordenado la realización de la prueba con el auxilio de la fuerza pública en el caso de oposición de la recurrente. El máximo tribunal de justicia argentino ponderó los intereses de la persona a no sufrir violaciones a su privacidad con el interés estatal de perseguir penalmente a los inculpados. Luego de dicho análisis la Corte determinó apoyar la decisión de la recurrente, fundado en que la negativa de la persona mayor de edad a que su cuerpo, o elementos de este sean utilizados para extraer elementos de prueba que posibiliten la condena de aquellos a quienes la ley procesal autoriza a proteger. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia dictada el día 30 de septiembre de 2003.

conceptualizaciones aportadas por los tribunales nacionales sobre este derecho fundamental, que:

“... no implican que no haya habido una vulneración por parte de la recurrida al respeto y protección de la vida privada de una persona, más aún teniéndose en consideración que conforme a los cánones de la cultura a la cual pertenecemos, ciertas partes del cuerpo humano, entre ellas, aquella que fue objeto de la filmación, no deben ni pueden exhibirse a menos que la propia persona implicada lo autorice de modo expreso, lo que no consta...”

El tribunal tuvo a la vista el examen de rectoscopia practicado a la actora, de un minuto y dieciocho segundos, existiendo dos tomas de cinco segundos en total sobre una parte descubierta del cuerpo de la paciente, que corresponde a la región de las nalgas, aunque aparece cubierta con una sábana verde que impide que se le pueda ver el rostro, aparte de la zona del examen que aparece enmarcada en un cuadrilátero perforado en dicha sábana. Por tales razones, la Corte señala que:

“... el solo hecho de no haberse obtenido la debida autorización para que personal ajeno a las necesidades del examen que se ejecutaba, ingresara al recinto donde se practicaba y se haya filmado este y la parte del cuerpo señalado, implica una acción ilícita, pues contraviene el derecho de toda persona a que se le respete y proteja su privacidad”.

La Corte por tanto, acoge la acción constitucional intentada en lo se refiere a la retención y destrucción del casete que contienen la filmación relativa a la rectoscopia de la paciente. La Corte Suprema confirma la sentencia, con la única prevención de condenar al pago de las costas a la clínica recurrida, que la Corte de Apelaciones había desestimado.

El fallo nos parece acertado en cuanto a la necesidad de exigir una autorización expresa al titular para efectuar una filmación, aunque podría haberse hecho cargo del argumento de la recurrida respecto a que no es posible identificar a la paciente. Esta última exigencia es aplicable a la protección del derecho a la propia imagen, que supone una persona reconocible, pero que en el caso de intimidación corporal como el que expusimos, resulta irrelevante.

4. La inviolabilidad de toda forma de comunicaciones privadas. Art. 19 N° 5 de la Constitución Política

La Carta Fundamental de 1980 consagró el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones conjuntamente a la protección al hogar. La breve regulación constitucional excepcionalmente permite la interceptación, apertura o registro de las comunicaciones y documentos privados, siempre que los casos y las formas de llevar a cabo tales actuaciones se encuentren autorizadas por una norma con jerarquía de ley.

El secreto de las comunicaciones ha adquirido una creciente y significativa importancia en los últimos años, en gran parte debido al uso y acceso masivo de la población a nuevos y complejos sistemas de escuchas y espionaje por la constante reducción de sus costos. La legítima y razonable expectativa de mantener conversaciones y comunicaciones sin que nadie las escuche o interfiera, forma parte sustancial del ámbito de la vida privada de las personas.

Su relevancia ha sido puesta de manifiesto en uno de los escasos trabajos dedicados al estudio de esta garantía constitucional —específicamente a las intervenciones telefónicas—, en el ordenamiento jurídico nacional. Así se ha afirmado que *“la trascendencia de este derecho deriva, por una parte, de que la comunicación privada es una forma de expresión personal en que se manifiestan rasgos de intimidad no expuestos al conocimiento de cualquiera; y también, de que la privacidad de las comunicaciones constituye un valor esencial para el hombre, que emana de su propia naturaleza, y que le permite tener conciencia de su individualidad e independencia, y desarrollar el sentido de ser una persona única e irrepetible, con un derecho inalienable a su propia dignidad”*⁸⁰.

⁸⁰ Gálvez Blanco, Ricardo, *“Intervención de Teléfonos en la Legislación Chilena”*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19 N° 3, pág. 482. El artículo analiza las distintas normas contenidas en el Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Ley 18.314 sobre conductas terroristas y Ley N° 18.168 de Telecomunicaciones a la luz de la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 5 de la Carta Fundamental. El autor concluye en función a los requisitos exigidos por dicha garantía constitucional que permite la interceptación solo en los casos y formas determinados por la ley, que *“... es posible afirmar que en Chile no existen normas legales que permitan hacer uso de la limitación de la inviolabilidad de las telecomunicaciones privadas, que autoriza la parte final del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República”* El trabajo fue elaborado el año 1992, por lo que no se refiere a las normas contenidas en el nuevo Código Procesal Penal que estipula en los artículos 222, 223, 224 y 225 la forma y los casos en que se autoriza la interceptación de las comunicaciones telefónicas y otras formas de telecomunicaciones, así como su registro, notificación al afectado y la prohibición de utilización como medio probatorio.

Los Tribunales de justicia se han pronunciado en escasas ocasiones sobre este derecho constitucional, y las veces que lo han hecho no han sido a nuestro juicio resueltas correctamente.

4.1. Caso interceptación telefónica senador Piñera

El primer caso ocurrido en 1992 produjo un justificado escándalo público, dado que un oficial del Ejército de Chile grabó una conversación de teléfono celular al entonces senador Sebastián Piñera, que aspiraba a convertirse en precandidato del partido Renovación Nacional a las elecciones presidenciales de 1993. La comunicación interceptada fue difundida con posterioridad en el programa de televisión "A eso de ..." que se emitía en directo, por el presidente del canal de televisión Megavisión, al cual asistía como invitado la víctima del espionaje. La conversación del senador mantenida con un amigo versaba sobre la forma en que un periodista –amigo en común–, y panelista permanente del programa donde se difundió la conversación, debía interrogar a su adversaria, también precandidata presidencial de dicho partido político. Se constata a partir del espionaje la desprotección general del derecho a la vida privada garantizado únicamente en la Constitución Política en el artículo 19 N° 4, pero cuyo desarrollo normativo no se había efectuado. Hemos expuesto ya las críticas a dicha Ley N° 19.423, la cual se dicta rápidamente como reacción a la desprotección que se advierte respecto a la vida privada, que provoca la grabación telefónica. Por los tipos penales introducidos por esta ley fueron procesados los periodistas de Chilevisión en el caso de la utilización de la cámara oculta al ministro Daniel Calvo que analizaremos en el acápite siguiente.

Los tribunales de justicia conocen el caso por la investigación que abre la justicia militar en contra del capitán de Ejército autor de la interceptación y grabación de la conversación. El senador Piñera deduce un recurso de queja contra la Corte Marcial que había resuelto no someter a proceso al militar por el tipo penal descrito en el artículo 36 B de la Ley de Telecomunicaciones.

La Corte Suprema desestima el recurso fundado en el siguiente razonamiento:

4° Que, si bien es cierto que esta Corte concuerda en la circunstancia de que la conducta antes indicada sería violatoria de la

garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 5 de la CPR, no es menos cierto que no puede estimar que la misma sea constitutiva de la figura delictiva descrita y sancionada en la letra B) de la Ley N° 18.168, que sanciona al que “maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicación, ... lo cual no comprende el escuchar clandestinamente una conversación telefónica privada, grabar esta o difundirla”.

6° Que a mayor abundamiento, como se desprende de la lectura del tipo penal consagrado en el artículo 36 “B” de la Ley N° 18.168, del contexto de dicho cuerpo legal, así como de la historia fidedigna de la introducción de la expresión “interceptar” al texto de la Ley N° 18.168 que tuvo por objeto incluir la obstrucción de una vía de comunicación, lo que por ella se pretende resguardar, el bien jurídico protegido, es el normal desenvolvimiento de los servicios de telecomunicaciones y no la privacidad de las conversaciones que se sostengan a través de los mismos...^{81, 82.}

⁸¹ Considerandos de la sentencia consignados en el informe evacuado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados en el proyecto de ley presentado a raíz del caso de espionaje telefónico, contenido en el Boletín 818-07, convertido en la Ley 19.423 (20 de noviembre 1995). Diario de sesiones del Senado, Sesión 6ª (Anexo de documentos), págs. 690 y 691.

⁸² *La resolución de la Corte Suprema fue objeto de una fuerte crítica en la discusión parlamentaria del proyecto de ley presentado por el senador Otero. “Sostener –como lo hace la Corte–, que la comunicación celular no está comprendida dentro de nuestras normas penales configura, a mi juicio, un error de proporciones, porque la intención de la Constitución y del sistema legislativo es, evidentemente, proteger, en palabras de aquella, “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”. La ley penal no podía prever el establecimiento de un sistema de comunicación como la telefonía celular, pero la propia Carta Fundamental utiliza la palabra “interceptar”. Y el sentido que da a esta última el Diccionario de la Real Academia es el mismo que le asigna la Corte Suprema. Se entiende que intercepta quien se apodera de una cosa antes que llegue al lugar o a la persona que se destina. Lo que se hizo fue exactamente eso: alguien se apoderó de una comunicación antes que ella llegara a su destinatario. (...) Pienso que esa ramplonería interpretativa es absolutamente inadmisibles. Está meridianamente claro en la Constitución que sus disposiciones sirven para interpretar las leyes, y las palabras que utiliza son las mismas que emplea la norma penal. En efecto, el artículo 36 de la Ley N° 18.168 sanciona al que “maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones”. Pues bien, según la definición del vocablo –“apoderarse de una cosa antes que llegue a su destino”– cabe entender que se intercepta una comunicación cuando se toma conocimiento de ella antes que llegue a su destinatario, aun cuando este después la reciba. Intervención del senador Sergio Diez, Diario de sesiones del Senado, sesión 7ª, miércoles 30 de junio de 1993, págs. 772 y 773.*

En consecuencia la gravedad de la conducta cometida por el militar queda sin sanción penal por la falta de adecuación al tipo penal descrito por la Ley de Telecomunicaciones⁸³.

4.2. Caso CODEPU contra Gendarmería de Chile

Los tribunales superiores de justicia se pronunciaron a los pocos años de otro caso de intervención telefónica, cuyos hechos son los siguientes: en abril de 1992, los abogados del Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo –organización de defensa de personas privadas de libertad, denominados “*presos políticos*”–, toman conocimiento a través de los medios de comunicación de la existencia de micrófonos instalados en la Cárcel de Alta Seguridad, –en adelante CAS–, quince fueron descubiertos por los internos del penal, dos de los cuales se exhibieron en una conferencia de prensa convocada para denunciar la instalación de los artefactos. Agregan que en la CAS existirían cerca de un centenar de micrófonos repartidos en las celdas, dormitorios, baños comedores, lugar para recibir visitas, incluyendo el sitio donde se efectúan las visitas conyugales, estimando como muy probable que existan en los lugares donde los presos se entrevistan con sus abogados, dada la no existencia de lugares destinados especialmente para tal fin. Por tales motivos, deducen un recurso de protección a favor de los presos, alegando la perturbación de los derechos consagrados

⁸³ La divulgación en el programa “*A eso de...*”, de Red Televisión Megavisión, motivó la aplicación de una multa de 150 UTM por el Consejo Nacional de Televisión encargado de velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, al estimar que transmitir la “...grabación de una conversación telefónica privada obtenida sin el consentimiento de sus protagonistas, y por ende a juicio de este Consejo, con infracción a la norma que consagra la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. La difusión pública de dicha grabación causó daño a la dignidad de los protagonistas de dicha conversación, a la persona aludida en el diálogo y a un tercero a quien se le imputó una participación en los hechos, y vulnera valores morales y culturales propios de la Nación”. La sanción aplicada por el Consejo fue dejada sin efecto por la Corte de Apelaciones de Santiago que acoge el recurso de apelación presentado por el canal de televisión. El Tribunal estima loable “... el propósito del Consejo Nacional de Televisión en orden a tutelar derechos de tanta entidad como son la dignidad, el honor, y la privacidad de las personas, pero cabe puntualizar que la protección a esos bienes jurídicos se encuentra entregada por el ordenamiento jurídico al órgano jurisdiccional; da testimonio de ello el proceso que en sede penal se instruye en relación con los mismos hechos que motiva el presente recurso”. Considerando 18°. Sentencia por la Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de noviembre de 1992. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XC (1993), N° 1 (enero-abril), Sección 5ª.

en el artículo 19 números 4, respeto y protección de la vida privada tanto de los encarcelados como de parientes y otros visitantes, y 16, libertad de trabajo y su protección, respecto de los abogados, al vulnerarse la actividad profesional en lo relativo a la normativa del secreto profesional que obliga a los defensores a resguardar los secretos confiados por sus defendidos, como el impedir a terceros el acceso a dichas conversaciones. El Director Nacional de Gendarmería a cuya institución esta confiada la administración de los establecimientos penales –entre los que se encuentra la CAS–, reconoce la instalación de los micrófonos, acción que aducen cuenta con el respaldo de normas reglamentarias y cuyo objeto es el velar por la seguridad interior de los recintos carcelarios recludos en unidades de alta seguridad. Para tal fin, expresa, dispuso la instalación de mecanismos que pudiesen recoger información relativa a la planificación de ilícitos en el interior, por parte de los dirigentes de los grupos terroristas recludos, lo que se efectuó en opinión del Director de Gendarmería con la *“reserva adecuada, respetando la vida privada de los internos, no estando destinada a intervenir las comunicaciones ni entrevistas de los internos con sus profesionales letrados”*, añadiendo que la instalación de los mecanismos de escucha fue realizada en los lugares de permanencia habituales de los reos terroristas, con exclusión de la sala de entrevistas de los internos con sus abogados, de modo de asegurar su libertad y privacidad. Tales medidas, justifica, se adoptaron en virtud de normas reglamentarias que le otorgaban la facultad para diseñar en la Unidad Especial de Alta Seguridad, entre otras medidas de seguridad un sistema de escucha, los cuales afirma, no se habrían utilizado nunca. El Ministerio de Justicia, en su informe y cuya institución depende Gendarmería, corrobora lo expresado por el Director de dicho organismo. La Corte de Apelaciones en su sentencia⁸⁴ determina, primeramente, que para resolver la acción deducida es necesario establecer si la instalación de los sistemas de escucha en la Unidad Especial de Alta Seguridad por parte de Gendarmería se adecua al ordenamiento jurídico vigente y a las potestades que le han sido conferidas y en este caso que se haya hecho uso razonable de tales elementos. El tribunal descarta la instalación de sistemas de

⁸⁴ Recurso de Protección *“Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo (CODE-PLU)/Gendarmería de Chile y otro”*, Revista Fallos del Mes N° 440 - N° 4, págs. 724 y sgtes.

escucha en los lugares donde los presos reciben a sus abogados o donde se efectúan las visitas conyugales –dado que tanto Gendarmería como la Ministra de Justicia negaron su existencia–, y a que los actores solo lo estimaron como probable, de lo que no hay antecedentes en el expediente que lo demuestren, y de lo cual no es posible hacerlo por el ejercicio de una acción cautelar. La Corte cita varias normas de rango legal y reglamentario, en especial, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que confiere a la Administración Penitenciaria la obligación de velar por la vida, integridad y salud de los internos, “...*permitiéndoles el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal*”. En tales condiciones, la Corte sostiene que la actuación de Gendarmería de Chile se ha ajustado a sus potestades jurídicas, no siendo por tanto arbitrario su proceder, por cuanto ha velado por la seguridad interior del recinto carcelario y por la integridad física de presos y custodios, previniendo de este modo la planificación de ilícitos. El tribunal también hace suya la versión de los órganos gubernamentales, afirmando que los aparatos de escucha no se han activado dado que están destinados a utilizarse solo en las situaciones que existan antecedentes relacionados con movimientos o acciones ilegales o anti-reglamentarias planeados por los internos. En virtud de dicho razonamiento, la Corte estima que no existe una acción u omisión arbitraria o ilegal por parte de Gendarmería de Chile que haya vulnerado los derechos que los recurrentes estiman conculcados, declarando sin lugar el recurso de protección deducido. La Corte Suprema de Justicia confirma la resolución adoptada por la Corte de Apelaciones, sin declaración.

5. Cámaras ocultas y derecho a la vida privada

El periodismo de investigación tiene como uno de sus procedimientos más controvertidos la utilización de cámaras ocultas. La objeción principal se origina en el engaño casi siempre necesario que efectúa el periodista, donde surge la siguiente reflexión de carácter deontológico: ¿Si el periodismo posee la pretensión de informar verazmente a la ciudadanía, puede recurrir a esta técnica de investigación encubierta basada en la mentira para obtener un objetivo socialmente valioso como es, por ejemplo, el informar sobre ilicitudes, sean estos hechos delictivos o bien irregularidades administrativas? Se trata en definitiva de un conflicto, de antigua data en el periodismo moderno,

especialmente debatido en la tradición del periodismo de investigación estadounidense, los cuales en muchas ocasiones han terminado en las cortes de justicia por demandas de los investigados que esgrimen la afectación del derecho a la vida privada, o la defraudación, engaño, difamación, violación de domicilio desarrollados para llevar a cabo tales acciones.

El procedimiento de utilización de cámaras ocultas acarrea además en muchas ocasiones rechazo en las audiencias, que ven a los periodistas a personas inescrupulosas que se valen de cualquier método para lograr sus objetivos, lo cual termina por victimizar a los sujetos investigados, transfiriendo con ello la discusión del programa de investigación a la legitimidad de los métodos empleados para tales fines.

Por esta razón en el ámbito del ejercicio profesional del periodismo, se postula para los informadores y medios de comunicación ciertas exigencias mínimas para el empleo del mecanismo de la cámara oculta, es decir, no se declara en principio su prohibición, pero sí se sujeta a mayores exigencias que la elaboración de una investigación cualquiera. Así las preguntas que debería formularse en una sala de redacción de un medio –porque debe ser el resultado de una decisión que involucre al equipo periodístico o a lo menos su editor–, antes de su empleo, son las siguientes:

¿Es el único modo de contar con una historia importante sobre un tema significativo? ¿Tiene la investigación un evidente o vital interés público? ¿Además de ser el único modo, dicha herramienta es el último recurso? De modo que, ¿se han agotado todas las demás vías de obtener la misma información, tales como métodos tradicionales de entrevista, búsqueda y obtención de información de documentos y bases de datos? ¿Han sido contrastados los hechos y ha sido puesta la información en un contexto adecuado? ¿Es mayor el principio al que se sirve, que la inconsistencia de buscar la verdad a través del engaño?⁸⁵.

El periodismo nacional no tiene una fuerte tradición investigadora, lo cual ha incidido en la escasa utilización del mecanismo de cámaras ocultas. Esta tendencia sin embargo parece estar cambiando en el último tiempo, principalmente por las exigen-

⁸⁵ De Arza, Andrea y Bielsa, Rafael, *Cámaras ocultas, realidades encubiertas*, en Anuario de Derecho a la Comunicación, Temas de Debate, Editado por la Universidad de Buenos Aires, 2000, págs. 56 y 57.

cias de la competencia en el mercado informativo, y a la revalorización de la función de los medios de comunicación menos contemplativa y más en sintonía con las funciones que deben desempeñar en una sociedad democrática. Por esta razón podemos prever que los conflictos en los procedimientos de obtención de la información debiesen aumentar en el futuro, aunque el procesamiento, a fines del año 2003 de los periodistas de Chilevisión podría desalentar su utilización.

Uno de los casos más controvertidos en nuestro país y el cual se encuentra actualmente en los tribunales de justicia se origina precisamente en una investigación con cámara oculta sobre la presunta inhabilidad de un juez para investigar una red de pedofilia. Si bien el caso aún no tiene sentencia de término se han dictado importantes resoluciones donde ya se ha evaluado la legalidad del procedimiento de investigación.

Pero también la utilización de cámaras tiene otro ámbito no relacionado con la investigación periodística, sino que con lo que se conoce como la videovigilancia, mucho menos debatido y que por el que se ven afectadas ya no personas individuales, sino la sociedad en su conjunto que día a día circulan por calles, plazas y avenidas. En este último ámbito no ha habido una oposición decidida en contra el empleo de la utilización de cámaras, y tampoco han existido acciones judiciales que cuestionen la legalidad de la instalación de estas tecnologías. El único caso de cámaras de vigilancia se ha planteado ha sido en dentro de una empresa privada.

A continuación veremos dos casos de cámaras ocultas. El primero vinculado a la puesta de cámaras en una industria por parte del empleador y el segundo en el ámbito del periodismo de investigación en contra del ministro Daniel Calvo.

5.1. *Sindicato Nacional Interempresas con Electroerosión Japax Chile S.A.*⁸⁶

Como afirmamos, uno de los aspectos menos abordados en nuestro país vinculados a la vida privada se refiere a la videovigilancia, es decir, la colocación de cámaras grabadoras de

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, *Gaceta Jurídica* N° 275, mayo 2003, pág. 73.

imágenes –en ocasiones de conversaciones–, en lugares tanto públicos como privados. Así desde hace ya algunos años se han instalado en calles, plazas, edificios, bancos, instituciones financieras, restaurantes y estadios cámaras de vigilancia a veces visibles, pero las más de las veces imperceptibles a la vista del hombre. Las justificaciones para su instalación suelen vincularse a la prevención de actos delictivos y a la protección de personas y bienes públicos y privados. Sin embargo, en pocas ocasiones se discute los efectos que conlleva sobre la vida privada de las personas, con prescindencia del carácter público o privado del lugar en que se encuentre. Por esta razón en países sensibles a las amenazas que originan las nuevas tecnologías se exige la autorización de las autoridades encargadas del orden público para instalarlas, las cuales deciden sobre la base de criterios de proporcionalidad, idoneidad y de intervención mínima. La utilización de las cámaras también queda sujeta al control de órganos estatales. Es indudable la afectación al ejercicio de los derechos que provoca la instalación de cámaras de vigilancia, lo cual fue expuesto con claridad la famosa sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1983 sobre inconstitucionalidad parcial de la Ley del Censo y de Población que manifestó respecto a este punto lo siguiente:

“Quien se siente inseguro de sí en todo momento se registran cualesquiera comportamientos divergentes y se catalogan, utilizan o transmiten permanentemente a título de información, procurarán no llamar la atención con esa clase de comportamientos. Quien sepa de antemano que su participación, por ejemplo, en una manifestación cívica va a ser registrada por las autoridades y que podrán derivarse riesgos para él por este motivo, renunciará presumiblemente a lo que se supone un ejercicio de los correspondientes derechos fundamentales”^{87, 88}.

Por tal motivo toda utilización de cámaras de videos debe ser autorizada en función de la utilidad concreta y real que produce. En nuestro país aunque no existe una ley específica

⁸⁷ Citado por Rebollo Delgado, Lucrecio, *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pág. 167.

⁸⁸ La sentencia del Tribunal Constitucional alemán fue publicada en Chile por la Revista Derecho Público Contemporáneo, Agrupación de Abogados de la Contraloría General de la República, año 3, N° 7, enero-junio 2002, comentada por el profesor español Emilio Suñé Llinas.

sobre el funcionamiento de cámaras ocultas, las personas podrían controlar eventualmente las imágenes a través de los derechos que concede la Ley 19.628 sobre la Protección de Datos de carácter personal, cuya definición de dato personal⁸⁹ –los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificado o identificable–, es suficientemente omni-compreensiva para incluir una grabación de imagen y sonido.

Nuestros tribunales no han conocidos casos relativos a cámaras de vigilancia colocadas por instituciones encargadas del orden público, aunque sí la puesta por una industria de propiedad privada que pasamos a exponer.

El Sindicato Interempresa deduce en recurso de protección 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 los siguientes hechos: La empresa se dedica preferentemente a la producción en la cual los trabajadores efectúan sus labores en máquinas que están ubicadas en un taller al que no tiene acceso el público. Los recurrentes constatan que frente a las máquinas accionadas por los trabajadores, la empresa había instalado cámaras de video, las cuales poseían un alto grado de sofisticación, que permitía incluso seguir a los trabajadores desde un vehículo en marcha. Los recurrentes entienden que hay un ejercicio abusivo de la empresa, toda vez que al establecer estos controles no persigue una finalidad legítima, sino claramente discriminatoria debido a que ha dirigido esta fiscalización exclusivamente a los trabajadores sindicalizados. En apoyo de la acción que deduce invoca 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, así como la prevalencia que la dignidad de los trabajadores tiene respecto de los mecanismos de control empresarial. Concluye solicitando que junto con acoger la acción deducida se ordene el cese inmediato de los controles por cámara instalados por la empresa.

⁸⁹ Artículo 2°. “Para los efectos de esta ley se entenderá por: letra f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales identificados o identificable”.

La empresa a su vez informa que las máquinas filmadoras se pusieron en las áreas de producción, que son lugares abiertos con visión absoluta por parte de los demás trabajadores, supervisores e incluso clientes. Por lo tanto, añade, las cámaras no se encuentran ubicadas en los baños, salas de vestuario, comedores, pasillos o lugares de esparcimiento, por lo cual no se puede estimar que la empresa atente en contra de la intimidad de las personas, su vida privada y honra. Añade que las cámaras de video no tienen sistema de sonido, es decir, se puede ver, pero no escuchar. Explica también que la instalación de las máquinas filmadoras obedece 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. Agrega que el riesgo de incendio es constante y la complejidad de los equipos hace necesario una vigilancia permanente respecto de ellos. Por otra parte dice que la necesidad de los monitores en las salas de producción resulta indispensable habida cuenta que la maquinaria no descansa, ya que ha sido programada incluso para trabajar sola durante los fines de semana, e incluso después que se retira el turno de la noche a las 3.00 AM. Por esta razón, afirma, el monitoreo a distancia se hace imprescindible. Reitera que no se está monitoreando a los trabajadores sindicalizados como erradamente se sostiene en el recurso. Los monitores se encuentran frente a la maquinaria, para ser usada por quien sea. Es evidente que quien la opera, según la empresa será visto, pero si se aparta del ángulo de los siete grados que poseen los monitores, la invisibilidad es absoluta. Por dichas razones, entendiéndose además que la actividad desplegada por la empresa recurrida es total y absolutamente lícita y se encuentra protegida en el artículo 19 N° 21 y 24 de la Constitución Política de la República, solicita el rechazo del recurso.

La Corte de Apelaciones rechaza la acción constitucional deducida sobre la base del siguiente razonamiento:

En primer lugar el tribunal no advierte 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 de ha deducido el recurso.

La Corte manifiesta también:

4°. *“Que, en efecto, sin perjuicio que los recurrentes no han demostrado que la empresa en la que laboran utiliza cámaras de video 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 video 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 expuestos a sufrir anormalidades 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 solo un resultado secundario o accidental”.*

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

La Corte Suprema confirmando la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada cree necesario formular una breve declaración que limita el empleo de las cámaras de video, enfatizando las restricciones a que se encuentra sometida la utilización de estos instrumentos:

“... entendiéndose que la grabación instalada tiene como única finalidad la seguridad de los trabajadores y del proceso de producción, y no puede ser utilizada para otro objeto...”

Por último cabe consignar que el recurrente no invoca una reciente reforma al Código del Trabajo –Ley 19.759 (5 de octubre 2001)–, que introdujo normas destinadas a reforzar el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en el mar-

co de las relaciones laborales. Uno de ellos es el derecho a la privacidad, de modo que el inciso 1° que se añade al artículo 5° dispuso 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”*. La modificación sin duda le dará una mayor base legal a los afectados para impugnar actos que puedan significar intromisiones no consentidas de los empleadores.

5.2. Chilevisión. Caso grabación ministro Daniel Calvo⁹⁰

El caso que expondremos a continuación ha sido sin duda el más controvertido ocurrido en la historia de nuestro país sobre la libertad de información y al derecho a la vida privada. Dicha razón justifica –pese a que se trata de un proceso penal que solo está en estado de sumario–, el análisis de las tres resoluciones más relevantes dictadas durante el curso de la investigación: el auto de procesamiento dictado por la ministra en visita, la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza los recursos de amparos presentados por los procesados, y por último, la sentencia dictada por la Corte Suprema que rechaza la apelación del hábeas corpus deducido por los procesados.

La trascendencia y publicidad que ha tenido el caso nos ahorra mayores explicaciones sobre cómo sucedieron los hechos, por tal motivo solo realizaremos una muy breve síntesis de los hechos más relevantes que originaron el proceso penal.

El ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago Daniel Calvo fue designado ministro en visita para que investigara una presunta red de pedofilia vinculadas a personas ligadas al empresariado y al poder político.

El día 4 de noviembre del 2003, tres personas entran al Palacio de los Tribunales de Justicia, ubicado en Plaza Montt Varas, suben al tercer piso a esperar la llegada del ministro Daniel Calvo.

⁹⁰ Resolución pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago causa Rol N° 33.865-2003, por la que rechaza los recursos de amparo interpuestos por los procesados con fecha de 22 de diciembre de 2003, confirmada por la Corte Suprema causa Rol N° 5.604-03 con fecha 6 de enero de 2004, rectificadas de oficio el 8 de enero de 2004, ambas publicadas en la *Gaceta Jurídica* N° 283, enero 2004, págs. 148 a 161.

Alrededor de las 15:00 horas ingresa al edificio el señor 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 brevemente con aquel en la antesala de su privado, se retira dejando abierta la puerta de esa oficina, circunstancia que aprovechó Sebastián Rodríguez –que ya tenía funcionando la cámara oculta que portaba en la mochila–, para ingresar a esa dependencia. El ministro se percata de su presencia 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 medio 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 llama 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 33^{er} 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^{91, 92}.

⁹¹ No deja de ser paradójico que nuestro máximo tribunal de justicia remita los antecedentes al Colegio de Periodistas y al Consejo de Ética de los Medios de Comunicación para que se pronuncien sobre las responsabilidades deontológicas de los periodistas. El D.L. 3.621 de 1981 disolvió los Colegios Profesionales –ordenando su transformación en colegios profesionales– y además les priva de la facultad para conocer y sancionar las faltas a la ética profesional, competencia que se traspasa a los tribunales ordinarios de justicia la potestad de conocer los actos “... desdorado, abusivo o contrario a la ética, cometido por un profesional en el ejercicio de su profesión...”. Artículo 4º inciso 1º. Aunque no es esta la oportunidad para discutir sobre los sistemas de autocontrol de la profesión periodística, diremos que nunca un tribunal de justicia ha resuelto un caso de transgresión a la ética periodística desde la entrada en vigencia del D.L. 3.621, atribución que en todo caso nos parece inconstitucional, dado que la competencia exclusiva otorgada a los tribunales de justicia es respecto a “causas civiles y criminales”, según el artículo 73 de la Constitución de 1980, con lo cual se excluyen de su conocimiento todos los asuntos de orden religioso, moral o deontológico.

⁹² 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 (1º) “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”. (2º) “Que para complementar la declaración del magistrado, no era necesario mostrarlo en una actitud humillante, sino entregar la información relevante de manera apropiada;” (3º). “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 2003, en: <http://cntv.nivel5.cl/medios/Consejo/Actas/DICIEMBRE012003.pdf>

2. El Consejo de Ética de los Medios de Comunicación reprocha –desde la perspectiva deontológica–, la actuación de Chilevisión, calificándola de falta grave a la ética. Si bien la resolución considera que el “... Canal actuó con profesionalismo tanto al valorar la nueva información obtenida como trascendente y, por tanto, de interés para el público, como al proponerse verificar la información

La ministra en visita Gabriela Pérez, con fecha 11 de diciembre del 2003, dicta autos de procesamiento en contra de Sebastián Rodríguez –que sostuvo y grabó la conversación con el ministro Calvo–, del director ejecutivo de Chilevisión, su director de prensa, de dos periodistas y del productor de la investigación en calidad de autores del delito previsto y sancionado por el artículo 161 - A del Código Penal. El Director de Prensa de Chilevisión además es procesado por difundir la grabación, conducta penalizada en el inciso 2° del artículo citado.

La resolución de la ministra –bastante breve– se limita a describir la actuación desarrollada por Rodríguez y el personal del canal, los cuales encuadra en el tipo penal consagrado en el artículo 161-A. Destaca el carácter “*de conversación de índole personal*” que sostiene el ministro Calvo con Rodríguez, el rasgo de “*oficina privada*” del lugar donde se produjo la grabación; y el hecho que la grabación fuese realizada “*sin*

inicial y buscar otras fuentes que avalaran la denuncia”. (Considerando 4°) objeta la obtención de la declaración autoinculpatorio a través de un medio que esconde las consecuencias de esta inculpación, acción que a juicio del Consejo de Ética “... no ‘limpia’ esta inicial acción antiética” (Considerando 6°). Por otra parte el Consejo desestima el argumento del Canal de Televisión que justifica la difusión de la grabación obtenida a través de la cámara oculta debido a la “...versión ambigua, imprecisa y gravemente inductiva a error” respecto de los hechos a los que el Canal tuvo acceso”.

En la parte resolutive de su dictamen el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación estimó que: “... Chilevisión ha incurrido en faltas a la ética en el caso analizado. El Canal tuvo una evidente preocupación por verificar las fuentes y confirmar una noticia de indudable interés público. Pero al utilizar una cámara oculta incurrió en procedimientos que deliberadamente escondieron la consecuencia de sus dichos al magistrado; a ello se suma que el medio perdió el control de sus acciones investigativas al entregar la cámara a una persona ajena al Canal que paralelamente tenía la calidad de denunciante; para finalmente, afectar gravemente la dignidad personal del magistrado con la difusión de las imágenes así obtenidas”. El organismo de autorregulación enfatiza “...su convicción de que, una vez verificada la información, Chilevisión podía legítimamente darla a conocer. No era necesario recurrir al uso de la cámara oculta ni a la difusión de las imágenes así obtenidas. La credibilidad de los medios no se construye sobre la base de pruebas conseguidas clandestinamente sino con la demostración de su voluntad de servicio, de búsqueda permanente de la verdad y de respeto por las personas”. En virtud de tal razonamiento, el Consejo resuelve amonestar a Chilevisión por haber incurrido en graves faltas a la ética. Resolución N° 118, dictada el 18 de diciembre de 2003.

3. El Colegio de Periodistas remite los antecedentes al Tribunal Regional de Ética del Consejo Metropolitano de dicha orden profesional, cuya sentencia respalda la actuación de los periodistas resolviendo absolver al periodista Alejandro Guillier y su equipo investigador “por cuanto su comportamiento no ha incurrido en falta a la ética periodística y no ha cometido ninguna intromisión ilegítima o antiética en el derecho al honor o a la intimidad del ministro de la Corte de Apelaciones Daniel Calvo Flores, ya que ha prevalecido en este caso el interés público conforme lo establece el artículo 29 del Código de Ética”. Revista Punto Final N° 559, 19 diciembre 2003 al 1 enero 2004.

autorización ni conocimiento” del ministro Calvo (Considerando 1° letras a. y b.)⁹³.

La Corte de Apelaciones en un extenso y fundado fallo de 27 fojas confirma los autos de procesamientos dictados por la ministra Pérez. La resolución del Tribunal de Alzada razona principalmente en torno a las conductas objeto del reproche penal y los elementos del tipo penal descritos en el artículo 161-A del Código Penal. Los argumentos de la Corte de Apelaciones aparecen expuestos en los considerandos 8° a 13°, todos los cuales elimina la Corte Suprema en su resolución que confirma el rechazo a los recursos de amparo interpuestos por los procesados.

La Corte de Apelaciones advirtiendo la falta de fundamentación de dichos recursos sostiene que:

(8°) “... se hará cargo, en lo pertinente y necesario, de los elementos típicos de los delitos antes transcritos, teniendo en cuenta especialmente en ello las argumentaciones que para sostener la inconcurrencia de los presupuestos legales del tipo fueron vertidas por los señores abogados que alegaron en estrados en la vista de los recursos”.

Para efectuar su razonamiento, el Tribunal de Alzada expone un conjunto de *“reflexiones esenciales”*:

(8° a) Respecto al lugar de la comisión del delito, si bien el Palacio de los Tribunales de Justicia podría calificarse en principio como un establecimiento o lugar público o de libre acceso al público, el despacho de un ministro de Corte no reviste necesariamente en cambio esta última calidad, desde que la entrada a ese despacho, oficina o privado se halla obvia y naturalmente subordinada a la autorización previa que su ocupante dé al efecto a una persona determinada. Pues bien, y sobre este preciso punto, de la prueba producida durante la substanciación del

⁹³ Más elocuente que en su resolución fue la ministra Pérez ante una pregunta que se le formuló en el contexto de una entrevista periodística. Consultada por el presunto atentado a la libertad de expresión por los procesamientos dictados, la magistrada respondió: *“El problema está en que yo no tengo por qué pronunciarme sobre si se coarta o no la libertad de expresión, el hecho concreto es que a mí se me encomendó una investigación por la Corte Suprema, tanto para investigar la extorsión, como también la forma como se logró esta grabación. Yo al dictar este auto procesamiento emití un pronunciamiento respecto a lo que yo estimo que con los elementos que me arrojó la investigación se estimó configurado ciertas figuras que describen el artículo ya conocido”.*

sumario tenido a la vista aparece que el procesado Rodríguez Vásquez se introdujo a la primera parte o primera sala del despacho del ministro, aprovechando que el amparado Poblete Barrios había salido de esta hacía escasos instantes, dejando la puerta de acceso entreabierta, y no porque el ministro lo hubiera invitado o autorizado previa y voluntariamente a esa primera sección de su oficio, como se sostuviera en estrados. La circunstancia que el ministro se haya visto en la obligación de hacer pasar después a Rodríguez Vásquez a una segunda oficina interior que aquel mantenía en ese mismo doble espacio físico no confirió en modo alguno a dicha última oficina o privado interior el carácter de un lugar público o de libre acceso al público, sitio que siguió siendo privado atendida aún más la naturaleza reservada de la conversación que en dicha oficina iba a tener lugar inmediatamente.

La última parte de este razonamiento de la Corte merece un comentario. El hecho que el ministro Calvo se haya sentido compelido a autorizar el ingreso de Rodríguez no parece un argumento plausible, el que se reitera en el Considerando 8) letra c) de la resolución. Nos parece una afirmación difícil de compartir el sostener que el juez “...se haya visto en la obligación de hacer pasar después a Rodríguez” o que habría mantenido la conversación solo “presionado por las circunstancias”. Todo ministro de Corte se halla investido de autoridad para requerir la presencia de la guardia del Palacio de Tribunales y solicitar la expulsión de personas cuyas conductas no se adecuen a las normas que rige el funcionamiento de los Tribunales de Justicia. El ministro en este sentido siempre tuvo la libertad para sostener la conversación con Rodríguez y de expulsarlo en el momento que lo estimase conveniente tanto de su oficina como del edificio de los tribunales.

La Corte también se puso en el caso que efectivamente el ministro haya dado su consentimiento a la entrada de Rodríguez, pero con relación al ingreso de la cámara oculta, el tribunal sostuvo que:

“...la razón indica que no pudo ni podía racional ni legítimamente entenderse, empero que tal anuencia se la hubiera extendido al porte de una cámara filmadora oculta cuya existencia el ministro ignoró en todo momento y absolutamente —ni obviamente tampoco a la manera minuciosamente preparada y furti-

va como se la introdujo a ese despacho privado—, cámara filmadora con cuya introducción clandestina se captó a escondidas la posterior conversación”.

La Corte en otro punto vinculado al lugar en que ocurrió la grabación, desestimó el alegato de tres de los amparados en torno a su desconocimiento del sitio donde se llevaría a efecto.

En este sentido el tribunal expuso que:

“...al acordar y convenir con anticipación y en concierto que se filmara y grabara una conversación de la naturaleza privada que aquellos ya sabían también anticipadamente iba a tener la que efectivamente se llevó a cabo entre Rodríguez y el ministro, no podían ni pudieron sin embargo menos que representarse que esa filmación y grabación no iba a tener lugar sino en un recinto particular u otro que no fuera de libre acceso al público”.

La Corte de Apelaciones por tanto expresó que si los procesados decidieron de todas formas efectuar a intervenir, debieron actuar a lo menos con dolo eventual al tener que representarse que la acción se verificaría en alguno de los lugares prohibidos por la ley.

(8° b) *En cuanto al carácter de la conversación sostenida entre el ministro y Rodríguez.* La Corte desestima su naturaleza pública alegada por los recurrentes que adujeron un interés público real en conocer su contenido, lo que a su juicio excluiría el tipo de conversaciones a que se refiere la figura penal que describe el artículo 161-A del Código Penal.

El Tribunal sostuvo en este punto que:

“... la naturaleza pública o privada de la conversación a que se refiere dicho tipo penal no ha de calificarse solo según el interés que su contenido pueda importar intrínsecamente, sino más aún y especialmente en atención a las circunstancias reservadas en que ella se verifica”.

(8° c) *En cuanto a la argumentación relativa a que el delito del artículo 161-A estaría referido a la intromisión solo por terceros en las conversaciones de otros la cual no habría tenido Rodríguez, por su carácter de interviniente en ella.*

La Corte afirma que el artículo 161-A:

“ ... no hace distinción alguna al respecto, lo que se explica porque, acorde con el auténtico espíritu del precepto, lo que en este se reprocha o reprueba no es el hecho de la obtención de la información de que da cuenta la conversación o el de su difusión posterior, sino la forma como fue obtenida esa información, esto es, mediante acciones y maniobras subrepticias y ocultas que han importado efectivamente una intromisión a la intimidad y esfera personal y privada del afectado, todo al margen de la protección a la reserva que la ley ha dado a una conversación a la que, solo presionado por las circunstancias, el afectado se obligó a consentir y a mantener con su interlocutor”.

El Tribunal en este sentido sostuvo que:

“ ... también ejecuta la acción delictual típica quien interviene en la entrevista misma captando lo que su interlocutor le expone y filmando a la persona de este, cuyo es el caso de autos, acciones todas que se agotaron, consumaron y produjeron los resultados perseguidos, todo mediante los medios, conductas y acciones que el tipo penal prohíbe, y sin el conocimiento, autorización ni consentimiento del afectado. Se sigue de ello que lo que resulta penalmente relevante no es entonces si es un interviniente o un tercero quien ejecuta la conducta punible sino la forma subrepticia como se grabó, filmó y obtuvo en este caso el audio y cinta de la conversación, siendo indiferente, a los efectos del tipo penal, que quien lo haya hecho así haya sido uno de los intervinientes en la misma conversación y copartícipe en el delito, o un tercero diverso no participante en ella;

En el considerando 9° de la resolución, la Corte analiza el argumento esgrimido por los recurrentes de amparo que alegaron haber actuado en el ejercicio legítimo de su actividad de periodistas, para lo cual estima *“imprescindible el estudio a lo menos elemental de la legislación respectiva”*.

El tribunal examina y transcribe el artículo 19 N° 4° y 12° de la Carta Fundamental, artículo 1° incisos 1 y 3; 2° inciso 1; 7°; 36 y 39 inciso 1; 30 inciso final de la Ley N° 19.733, a recoger el significado del término íntimo, según la Real Academia de la Lengua Española, y la Ley N° 19.423, agregada en 1995 al Título

III del Libro II del Código Penal –*De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia*–, continente de los artículos 161 A y 161 B.

La Corte en el considerando 10° efectúa un análisis comparativo de las disposiciones legales citadas afirmando que en razón del ámbito, alcance y campo de aplicación de las normas de una y otra ley y del bien jurídico protegido especialmente en una y otra, puede concluir lo siguiente:

La Ley N° 19.733 regula la libertad de emitir opinión y de la de informar; del derecho a no ser perseguido ni discriminado a causa de las opiniones; del derecho de las personas a ser informadas de los hechos de interés general, y de las funciones de los medios de comunicación social, en cambio la Ley N° 19.423 a juicio de la Corte:

(10°) 1. *“... tendría un carácter especial rigiendo la protección a la vida privada de las personas en el ámbito de y en relación al ejercicio de las antedichas libertades de opinión y de información, y la salvaguarda del honor de las personas y de su familia ante su eventual afectación privada y pública con motivo de la actividad informativa y periodística”.*

Siguiendo con su razonamiento, el Tribunal de Alzada expresa que las leyes 19.733 y 19.423 regulan derechos y garantías y tutelan bienes jurídicos que aunque estrechamente vinculados, son diversos entre sí y tienen cada cual su propia, separada y diferente protección legal y constitucional. De modo tal manifiesta que:

(10°) 2. *“... llegada la hora de definir su rango y preeminencia particular, no duda esta Corte en afirmar que la Ley 19.423 es especial respecto de la Ley N° 19.733; que esta se halla subordinada a y limitada por aquella, y que, en cuanto ordenamientos jurídicos sucesivos en el tiempo, la primera no experimentó cambio ni modificación alguna con motivo de la dictación de la segunda, habiendo quedado de manifiesto en tales dos ordenamientos jurídicos la voluntad permanente, inequívoca e invariable del legislador en orden a fortalecer con la debida eficacia el derecho a la vida privada y a la honra de las personas, objeto único del artículo único de la Ley N° 19.423”.*

La Corte de Apelaciones expresa que si bien la Ley N° 19.733 legisla sobre el ejercicio del periodismo el cual faculta a los periodistas para buscar y recibir informaciones y difundirlas:

(10°) 3. *“... no faculta al profesional periodista para ejecutar aquellas conductas que, aunque encaminadas a la búsqueda, a la recepción de informaciones, y a la divulgación y propaganda de información, puedan o lleguen a perturbar o afectar la vida privada y la honra de las personas y las de su familia, las que se hallan expresamente prohibidas por la ley especial protectora de estos últimos bienes jurídicos, como lo es la ya referida Ley N° 19.423”.*

El Tribunal en apoyo a lo expresado en los 3 numerales precedentemente expuestos, sostiene que encuentra un sólido apoyo y sustento en las siguientes normas constitucionales y legales:

(10°) 4.a. El artículo 19 N° 4 inciso 2° de la Constitución Política. *“... la infracción al respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, cometida a través de un medio de comunicación social y que causare injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley”.* También el N° 12 del artículo 19, normas que *“... al asegurar la libertad de emitir opinión e informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, dispone que ello será también sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley”.* El artículo 1° de la Ley N° 19.733 por su parte señala la Corte que *“la libertad de emitir opinión e informar sin censura previa constituye un derecho fundamental, pero también sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en conformidad a la ley”.* La Corte invoca de la misma ley, el artículo 7° que regula el secreto periodístico, destacando que *“... será personalmente responsable de los delitos que pudiere cometer por la información difundida”.* Por último la Corte sostiene que el artículo 36 de la Ley N° 19.733 es del mismo modo clara *“en establecer que la responsabilidad penal y civil por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de las libertades que consagra el inciso 1° del N° 12 del artículo 19 de la Constitución se determinará por las normas de esta ley y la de los códigos respectivos, envió claro y directo este último al artículo 161 A del Código Penal, introducido a dicho Código por la ya mencionada Ley N° 19.423”.*

(10°) 4.b. La Corte de Apelaciones consigna el hecho que el artículo 161-A del Código Penal luego de describir los delitos en los tres primeros incisos, señala en forma literal y categórica su inaplicabilidad respecto a las personas que por ley o de la autorización judicial estén o sean autorizados para ejecutar las acciones descritas.

El Tribunal expone que aunque la Ley N° 19.733:

“... no obstante la diversidad de facultades que contempla para hacer efectiva la más amplia libertad en la obtención y difusión de información, no contiene sin embargo norma alguna que faculte o autorice al profesional periodista para que en la búsqueda de información pueda captar, interceptar, grabar o reproducir conversaciones o comunicaciones de carácter privado en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público sin autorización del afectado o por cualquier medio, ni para sustraer, fotografiar, fotocopiar o reproducir documentos de carácter privado, ni para captar, grabar, filmar o fotografiar imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan igualmente en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público”.

La Corte afirma categórica que:

“... es esta la recta aplicación que el intérprete –y con mayor razón el órgano jurisdiccional– ha de dar al indicado inciso final del artículo 161 A, al disponer este que no se aplicará pena a aquellas personas que ejecuten conductas que el artículo prohíbe siempre que estén o sean autorizadas para ejecutar tales actos, ya en virtud de ley, ya de autorización judicial, fuentes únicas de donde podría emanar una autorización para proceder así”.

El último argumento esgrimido por la Corte en apoyo de la interpretación de las normas citadas que formula fue consignar la circunstancia que durante la tramitación de la Ley N° 19.423 se haya eliminado la siguiente última frase del artículo 161-A inciso 1° del Código Penal: *“... por un medio distinto de los señalados en la ley de libertad de opinión e información”.*

Este es un interesante punto para analizar, aunque la Corte no ahondó mayormente en él. La moción original del proyecto presentado por el senador Otero, no incluyó la frase que hacía

inaplicable las conductas descritas en el artículo 161-A del Código Penal a los medios de comunicación, lo cual ocurre en la discusión en la Comisión de Constitución del Senado⁹⁴. Cabe recordar que en dicha época se encontraba vigente la Ley N° 16.643 de Abusos de Publicidad, la cual castigaba la *“imputación de hechos determinados, relativos a la vida privada o familiar de una persona, difundida a través de alguno de los medios señalados en el artículo 16, efectuada sin autorización de esta, y que provocare a su respecto daño o algunas formas de descrédito, tales como la hostilidad, el menosprecio o el ridículo...”*. Dicha ley fue derogada por la Ley N° 19.733 en junio de 2001, la cual no incorporó ninguna disposición semejante debido a que en su debate legislativo se decidió regular dicha materia en una ley especial, la cual se encuentra actualmente en tramitación, y que está contenida en el Boletín 2370-07 al cual ya hemos aludido. Por tal razón el argumento de excluir a los medios de comunicación de las conductas prohibidas en el artículo 161-A se mantuvo durante casi todo el proceso de elaboración de la ley. Así se aprueba tanto en el primero como en el segundo informe de la Comisión de Constitución de Senado⁹⁵. El proyecto pasa con dicha exclusión a la Cámara de Diputados, la cual en el primer informe de su Comisión de Constitución conserva el criterio sustentado por el Senado⁹⁶. Es en la

⁹⁴ El Senador Otero expuso ante las inquietudes planteadas en la Comisión, acerca de la posibilidad de que esta materia se encuentre cubierta por el artículo 22 de la Ley N° 16.643, y del posible concurso aparente de leyes penal que pudiera producirse, que *“el proyecto no afecta el derecho a informar sin censura previa, sino a los particulares que cometan estos hechos y que no estén considerados por la Ley de Abusos de Publicidad”*. Diario de Sesiones del Senado, sesión 6ª (Anexo de documentos), pág. 700.

⁹⁵ Así, uno de los integrantes de la Comisión de Constitución del Senado afirmó: *“Al aprobar la iniciativa, dejamos constancia de dos cosas (...) y en segundo término, de que se aplica a quienes violen la privacidad de las personas en una forma distinta de aquella en que ese efecto puede producirse por la prensa, que se rige por la ley específica donde están definidos el ámbito de la privacidad y de las causales por las que las cosas privadas pueden hacerse públicas...”*. Diario de Sesiones del Senado, sesión 7ª, en miércoles 30 de junio de 1993, pág. 773.

⁹⁶ Elocuente fue la exposición del diputado Gutenberg Martínez al informar a la Sala del proyecto. Así expresa que: *“Cabe hacer presente que este proyecto no se refiere a la privacidad en relación con la libertad de información sin censura previa, tema entregado a la Ley de Prensa. Quiero reiterar y ratificar esto. En la discusión del proyecto de ley en la Comisión no se hizo cuestión ni se introdujo algún tipo de indicación que dijera relación con eventuales responsabilidades en el área de los medios de comunicación, en el entendido de que estaba tratándose en paralelo en la legislación que, por lo demás, esta Corporación despachó ayer. Por lo tanto, esto se relaciona exclusivamente con las responsabilidades de autores o terceros distintos de los responsables de los medios”*. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, sesión 39ª, en jueves 14 de septiembre de 1995, pág. 11.

discusión en la sala de la Cámara de Diputados, donde se plantea y luego se elimina la inaplicabilidad del artículo 161-A del Código Penal a los medios de comunicación⁹⁷. En consecuencia, durante casi toda la tramitación de la ley –con el apoyo del autor de la moción–, se conserva la idea de la inaplicabilidad del artículo 161-A a los medios de comunicación, los cuales tenían se regirían por el artículo 22 de la Ley de Abusos de Publicidad. Una vez presentada la indicación que propuso la supresión de la frase que excluía a los medios del artículo 161-A del Código Penal, se vota y aprueba, y no se vuelve a discutir ni en la Cámara de Diputados, ni en el Senado que acepta sin discusión los cambios introducidos por la primera.

(10°) 4.c. El Tribunal en un razonamiento que estimamos equivocado expresa que la Ley N° 19.733, en su artículo 44,

⁹⁷ El autor de la indicación –diputado Gajardo– expresó lo siguiente: “...el proyecto enviado por el Senado contiene una disposición que no aparece en la moción parlamentaria a que me he referido, y me parece que, de alguna manera, desnaturaliza el propósito de garantizar la defensa y privacidad de las personas. (...). Del informe elaborado por la Comisión, Legislación y Justicia de esta Cámara se desprende que fue a propósito de dejar al margen de este proyecto las infracciones que pudieran cometerse por aquellos medios de comunicación...”. “En consecuencia, tenemos que atenernos a la legislación vigente sobre abusos de publicidad para ver de qué manera se compatibiliza el hecho de excluir este proyecto aquellas interferencias a la privacidad que se hagan por los medios naturales de comunicación social. Si uno examina lo que la Ley sobre Abusos de Publicidad establece sobre esta materia, llega a la conclusión de que de alguna manera se sancionan conductas parecidas; pero la sanción siempre queda sujeta al daño que se produzca a la persona afectada. En consecuencia, en la Ley de Abusos de Publicidad, no es la privacidad como un valor lo que está protegido, sino el daño que puede causarle a esa vida privada la publicación o difusión del hecho de que se trata”. “El artículo 22 de la Ley N° 16.643 dispone que la imputación de hechos (...) y que provocare a su respecto daño o algunas formas de descrédito”. “A contrario sensu, si no hay daño o descrédito, se puede realizar cualquiera publicación de la vida privada de las personas. Lo mismo se señala en el inciso segundo de este artículo (...). Es decir, que provocaren daño o alguna forma de descrédito. En consecuencia, debo llegar a la conclusión, bastante extraña, de que si capto imágenes de una persona y las difundo privadamente, seré sancionado por el proyecto que ahora estamos tratando, pero si lo hago por algún medio contemplado en la Ley de Abusos de Publicidad, tengo necesariamente que remitirme a ella, en la cual solo la conducta será sancionada en la medida en que la publicación cause daño o descrédito. Eso me parece absurdo, porque la lógica me indica que cuando la información es proporcionada a través de un medio de comunicación social, el hecho es más grave y no es un atenuante ...”. (...) “Es posible que en muchos casos ocurra un concurso, pero serán los tribunales los que tendrán que resolver qué se aplica, si este proyecto o la Ley de Abusos de Publicidad”. En razón de estos argumentos, el diputado anuncia la presentación de una indicación que suprima la última frase del inciso 1°, artículo 161-A: “por un medio distinto de los señalados en la ley sobre libertad de opinión y de información”, la que es aprobada en la Sala de la Cámara de Diputados y luego en el Senado en ambas sin discusión. Intervención del Diputado Rubén Gajardo. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, sesión 39ª, en jueves 14 de septiembre de 1995, pág. 16.

deroga el artículo 158 N° 1 del Código Penal, que sancionaba con penas de reclusión o multa al empleado público que arbitrariamente impidiera la libre publicación de opiniones por la imprenta en la forma prescrita por la ley, lo cual lleva a la Corte a afirmar que:

“... es también claramente demostrativo que el legislador de la Ley de Prensa mantuvo incólume los delitos tipificados e incorporados en los artículos 161 A y 161 B al Código Penal, lo que a juicio de esta Corte no constituye sino la consecuencia lógica de la permanente voluntad legislativa de mantener y fortalecer la debida eficacia jurídica de la protección de la vida privada como finalidad específica de la aludida Ley N° 19.423”.

No advertimos la relación que efectúa la Corte al vincular la derogación de la figura penal que protegía la libertad de opinión de actuaciones de funcionarios públicos y el fortalecimiento la eficacia jurídica del tipo penal descrito en la Ley N° 19.423. Por el contrario a nuestro juicio constituye un argumento a favor de la actuación de los periodistas del canal de televisión en su investigación y posterior difusión de la conversación con el ministro Calvo. La Corte parece ignorar que si bien la Ley N° 19.733 deroga el artículo 158 N° 1, lo repone actualizado en el artículo 36 de dicha ley, ampliando además la tutela no tan solo a la protección de la *libre difusión de opiniones* sino también a las *informaciones*, con lo cual viene en amparar al ejercicio del periodismo. Cabe consignar en defensa de la Corte que la Ley 19.733 incluyó –debido a una deficiente técnica legislativa–, a dicho artículo fuera del párrafo 4° en el que debió contemplarse y que se denomina: *“De los delitos cometidos contra las libertades de opinión y de información”*. En su ubicación como artículo 43, se puso a una norma que declara como bienes o servicios esenciales los relativos a la operación o mantención de medios de comunicación social que debió ir como artículo 36.

En el considerando 11°, la Corte de Apelaciones manifiesta que las conductas prohibidas en el artículo 161-A del Código Penal se vinculan con las facultades comprendidas en la función informativa que estipula la Ley N° 19.733, y la incorporación de criterios como el de *“hechos de interés general”*, *“interés público real”* y el de *“hechos propios”* del ejercicio de funciones públicas, términos que la ley vincula al delito de injurias. El Tribunal de Alzada desestima el argumento de los recurrentes

de amparo, que alegaron haber actuado en virtud del interés público real, a fin de demostrar la falta de independencia del ministro en la substanciación del proceso penal a su cargo. Expone la Corte el conjunto de principios de garantías que asegura la Constitución en el artículo 19 N° 3 y la facultad exclusiva que la Carta Fundamental ha entregado a los tribunales de justicia para resolver las controversias que en el orden temporal se promuevan dentro del territorio de la República. En este mismo sentido el Tribunal invoca las normas probatorias en materia penal, las cuales sintetiza en dos principios: para comprobar los delitos los tribunales solo deben emplear los medios que admite la ley y aquel contenido en el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, que ordena no llevar a cabo ninguna diligencia probatoria si no está ordenada por decreto judicial. La Corte parece decirnos en base a las normas y principios citados, que si la grabación de una conversación privada es inadmisibles en un proceso penal, más improcedente aún es que se haga dentro de una investigación periodística la que no se halla revestida de ninguna garantía alguna para los sujetos implicados. En este sentido el Tribunal afirmó que ninguna persona o autoridad puede ejercer funciones que tengan un carácter estrictamente judiciales, las que se entregan en forma exclusiva a los jueces.

De este modo, la Corte señala las normas procesales y de fondo existentes en nuestro ordenamiento jurídico para denunciar hechos delictivos y excluir del conocimiento de jueces en una causa a través de las causales de impugnancia y recusación contempladas en el Código Orgánico de Tribunales.

En el considerando penúltimo de su resolución, la Corte sostuvo que en la interpretación de las normas aplicables al caso, tuvo presente tanto la historia fidedigna de la ley y el espíritu general de la legislación vinculado a la protección de la vida privada e íntima y a la honra de las personas y de su familia:

Respecto al primer punto, el Tribunal extrae de las actas de la ley las siguientes motivaciones del legislador:

(12°) a. (...) que la separación de lo privado y lo público es lo que determina el bien público que debe cautelarse; que no hay que confundir los actos que se realizan en privacidad de aquellos que se ejecutan en lugares públicos o de libre acceso al

público; que el sujeto que es objeto de sanción será el que indebidamente y por cualquier medio se introduzca o intrometa en la privacidad que da el lugar, la oficina, los recintos y vehículos particulares y lugares que no sean de libre acceso al público, por ser estos los espacios donde esta se ejerce y adquiere vida.

La Corte cita opiniones formuladas durante el debate parlamentario, por el senador Miguel Otero, autor de la moción que se convirtió en la Ley N° 19.423. Entre otras sostuvo

“... que el respeto y protección a la vida privada y pública carecía hasta entonces de un amparo legal efectivo y que, también hasta entonces, el afectar la privacidad de las personas mediante sistemas de espionaje y de grabación o mediante la colocación de micrófonos en casas, oficinas o automóviles no constituían infracción legal alguna”. “... que “la privacidad es un elemento consustancial al ser humano, que prioriza el respeto al derecho a la privacidad por sobre el derecho a informar sin censura”, que esta última garantía está limitada, precisamente, por la privacidad consustancial a la persona humana”. Agregó Otero que “la privacidad incluye la intimidad”.

La Corte interpreta que lo que la Ley N° 19.423:

“... quiso mantener incólume fue esa esfera íntima de las personas, entendida como aquella zona o esfera espiritual o reservada de la persona, cuya es la acepción natural de este preciso término. En efecto, la sensibilidad de la garantía del respeto a la vida privada y a la honra de la persona y la de su de familia obligan al intérprete al culto permanente que ha de rendir al principio con que la Constitución inicia su texto, al señalar en su artículo 1° que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que es deber del Estado el darle protección...”

En cuanto al espíritu general de la legislación, la Corte advierte que los cambios legislativos efectuados en el último tiempo apuntan a la necesidad de proteger la vida privada de las personas. En este sentido cita el artículo 276 del nuevo Código Procesal Penal que ordena al juez excluir como medios de prueba, las obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales. Del mismo texto legal, la Corte cita el artículo 289 el que

no obstante proclamar el principio de publicidad de la audiencia del juicio oral, el tribunal se haya facultado para disponer:

“aquellas medidas que resulten necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto prohibido por la ley, como son por ejemplo el prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio, bastando incluso el acuerdo de las partes y por último la resolución del Tribunal para que los medios de comunicación social no puedan fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia que el Tribunal determine”.

La dictación reciente de dichas normas, lleva a la Corte a colegir que si se:

“... impide tales actividades a los medios de comunicación social en un juicio público por naturaleza, mal podría encontrar asidero el admitir la facultad ilimitada de dichos medios de comunicación para invadir el ámbito privado e íntimo o afectar el honor de las personas”.

La Corte de Apelaciones concluye afirmando que los autos de procesamiento fueron dictados por autoridad facultada por la ley para expedirla y con arreglo a las formalidades que ella misma establece y habiendo mérito y antecedentes que la justifican, resolviendo rechazar los recursos de amparos interpuestos. Hubo un voto de minoría que estuvo por acoger el recurso de amparo respecto de Alejandro Guillier en la parte que lo estimó también autor del delito previsto en el artículo 161-A inciso 2° del Código Penal. Los argumentos fueron los siguientes:

1°. Que las imágenes y sonidos obtenidos con una cámara oculta el día 4 de noviembre pasado, exhibidas al día siguiente, en el noticiario Medio Día del canal Red de Televisión Chilevisión S.A., lo fueron con posterioridad de la conferencia de prensa dada por el Juez señor Calvo.

2°. Que, de este modo, los hechos a que dichas imágenes y sonidos se referían, ya no revestían carácter privado. 3°.— Que,

en consecuencia, la conducta imputada al inculpado señor Alejandro Guillier, no puede ser tenida como constitutiva del delito antes especificado.

Los procesados apelan de la resolución dictada por la Corte de Apelaciones que rechazó los recursos de amparo interpuestos en contra de los procesamientos.

La Corte Suprema conoce el recurso de apelación y confirma la resolución dictada por la Corte de Apelaciones, aunque elimina toda la interpretación de fondo y sustancial que fundamentó el rechazo de los recursos de amparo, contenidos en los Considerandos 5° y del 8° al 13°⁹⁸.

La sentencia dictada por nuestro máximo tribunal de justicia toma distancia de los hechos que motivaron los procesamientos, ahonda en cuestiones formales relativas a las figuras delictivas que lo justificaron y por último parece sugerir un mensaje de esperanza a los procesados.

En primer lugar la Corte Suprema, reafirma su doctrina sobre la posibilidad de revisar los autos de procesamientos por la vía del recurso de amparo, en razón a que:

(1°.) *“... siempre es posible que dicha resolución se haya pronunciado sin que haya mérito o antecedentes que lo justifiquen. Así ocurrirá, por ejemplo, si en el caso concreto se han construido presunciones de participación en el hecho del amparado sobre la base de una evidencia manifiestamente insuficiente o se considera justificada la existencia del delito mediante una interpretación ampliamente desacertada del tipo legal correspondiente.*

La Corte Suprema expresa su convicción: *“nada semejante sucede en el presente caso”*.

Por otra parte, el tribunal advierte una falta de discusión en torno a los hechos que motivaron los procesamientos, por lo que se abstiene de referirse a ellos. La controversia en su opinión se centra en cuestiones de derecho.

En este sentido, la Corte Suprema afirma que la intervención de los amparados se encuentra establecida en forma fehaciente, lo que a su juicio son suficientes estimar que en el proceso se

⁹⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 6 de enero 2004, causa Rol N° 5604-03. (Apelación Recurso de Amparo).

reúnen presunciones fundadas de su participación en calidad de autores.

No obstante, nuestro máximo tribunal de justicia, admite que se trata de un caso difícil, al señalar que:

(3°.) (...) “Por supuesto, en este campo, ciertamente muy controvertido y hasta el presente mal esclarecido, cabría discutir numerosos detalles técnicos complejos y sutiles; pero puede convenirse en que al considerar establecidas las presunciones de participación, la Señora Ministro instructora de la causa se basa en criterios razonados y perfectamente defendibles a partir de la evidencia fáctica reunida por ella en los autos mediante una investigación esmerada y acuciosa”.

El punto central de la discusión del caso para la Corte Suprema, según expresa en su considerando 4° del fallo, es sobre si los hechos descritos en el auto de procesamiento, son subsumibles en el tipo 161-A del Código Penal.

A juicio de nuestro máximo Tribunal de Justicia tanto el establecimiento de los hechos y su interpretación para subsumirlo a la norma penal efectuados por la Ministra en Visita no es “arbitraria o aberrante”, sino “seria, profunda y cuidadosa”.

No obstante, la Corte reconoce la ambigüedad de la figura penal y la disparidad de posibles interpretaciones que pueden admitirse, los cuales a su juicio pueden intentarse durante el juicio penal. En este sentido afirma que:

(5°) “... el tipo del artículo 161 A del Código Penal ha sido redactado en forma defectuosa y contiene un número considerable de elementos normativos, necesitados, por ello, de complementación valorativa, más de alguien puede disentir de los criterios acogidos por la magistrada. Si, como pretenden los recurrentes, existen otras interpretaciones mejores de esa complicada disposición, esta no es la oportunidad para dilucidarlo porque requeriría realizar un ejercicio hermenéutico que es incompatible con la etapa procesal en que se encuentra la causa, con los progresos de la investigación, todavía incompleta, con la premura que se exige a la resolución de un “habeas corpus” y, sobre todo, con las finalidades de este, que no pueden extenderse a la discusión pormenorizada de cuestiones de derecho propias de una sentencia definitiva. En el estado actual de la causa, en todo caso, la resolución por la cual se somete a proce-

so a los amparados aparece dictada con mérito y de acuerdo a antecedentes que la justifican”.

La Corte de este modo parece darle una señal de optimismo a los procesados, al recordarles la naturaleza esencialmente provisional de los autos de procesamiento, y de la presunción de inocencia que todavía poseen y por último que:

6°) “... En tales circunstancias, la adopción apresurada de una decisión sobre el fondo del asunto no se encuentra justificada ni es conveniente incluso a los intereses de los procesados”.

La Corte Suprema sobre la base del razonamiento expuesto, confirma la resolución apelada.

El considerando más relevante de la sentencia de la Corte Suprema es a nuestro juicio el 5°, pues expresa el defecto de mayor entidad de la figura penal descrita en el artículo 161-A del Código Penal: su redacción defectuosa, lo cual no puede significar otra cosa para nuestro máximo tribunal de justicia que una infracción a la exigencia de tipicidad de los delitos y por ende una fractura al principio de legalidad en materia penal que asegura nuestra Constitución Política en el artículo 19 N° 3. En este sentido nuestro máximo tribunal pudo haber actuado de oficio y declarar la inconstitucionalidad del artículo 161-A del Código Penal, aunque podría ser una estrategia interesante de seguir por la defensa de los procesados.

6. Derecho a la vida privada vs. libertad de emitir opinión y de informar. Art. 19 N° 4 y 12 de la CPE

6.1. Caso Libro Impunidad Diplomática

Uno de los casos más debatidos en Chile desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, se origina con la elaboración del libro titulado *“Impunidad Diplomática”*, editado en Argentina el año 1993 por el periodista Francisco Martorell⁹⁹. La investigación versaba sobre supuestos actos ilícitos cometidos

⁹⁹ Recurso de Protección *“Luksic Craig, Andrónico con Martorell Francisco/Editorial Planeta Chilena Sociedad Anónima”*, Revista Fallos del Mes N° 415, págs. 351 y sgtes.

por el embajador de la República Argentina en Chile, Oscar Spinoza Melo, entre los que se narraba la extorsión a través de cartas que este diplomático le habría hecho a conocidos personajes públicos del ámbito empresarial y político chileno. *Planeta* lo edita en Argentina y pretendió internarlo a nuestro país para comercializarlo. Algunas de las personas aludidas en el libro deducen un recurso de protección solicitando como medida preventiva la prohibición del ingreso del libro a Chile, y en definitiva su venta en el territorio nacional. El conflicto entre dos derechos constitucionales reconocidos en la Constitución Política en el artículo 19 N^{os} 4 y 12 de la Constitución Política respectivamente fue resuelto a favor de los recurrentes, prohibiéndose en definitiva la importación y comercialización del libro en Chile, en una controvertida sentencia que significó el sacrificio de la libertad de opinión y de información y el reconocimiento a la legitimidad al mecanismo de la censura previa judicial que se ratificaría años después con la prohibición de la película *La Última Tentación de Cristo*. La acción constitucional deducida en este caso fue posible –antes que se procediera a su venta–, por el artículo 20 de la Carta Fundamental, que faculta a interponerlo a toda persona que no solo sufra una privación o perturbación sino también una “amenaza”, a un derecho fundamental. Aunque los recurrentes invocan en su recurso una lesión al derecho a la honra –en que se califica el contenido del libro de denigrante, deshonroso y menoscabador–, las Cortes fundaron sus sentencias en el derecho a la vida privada antes que en una lesión al derecho a la honra. De este modo la Corte de Apelaciones de Santiago en su razonamiento sostuvo:

(7°) “... 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 su familia por otro”.

A continuación, la Corte define vida privada, como:

“... aquella zona que el titular del derecho no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento...”

y por vida pública:

“ se comprende aquella que llevan los hombres públicos y de la que conocen terceros, aun sin su consentimiento, siempre que sean de real trascendencia”.

En su razonamiento la Corte destaca que si bien la Constitución también asegura la libertad de opinión y de información sin censura previa, entiende por este concepto en un sentido que califica de *“técnico y estricto”*, como un procedimiento impeditivo que forma parte de una política de un Estado no democrático practicado por agentes administrativos que operan como vigilantes, respecto de ideas –y no conductas–, de índole religiosa, política o moral, calificadas de peligrosas, por lo cual se impide su llegada al público, al estimarse contraria a los intereses de los gobernantes, o para el control que estos ejercen sobre la sociedad, lo cual en opinión de la Corte es inaceptable y contrario al régimen democrático, lo que:

“... no significa que en determinados casos o circunstancias, ciertamente excepcionales y amparando al bien común –al que se refiere el artículo 1° de la Constitución–, esta sea permitida, como ocurre en el propio artículo 19 N° 12 inciso final (...), 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 e 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”.

En el juicio de ponderación de los derechos en conflicto, la Corte manifiesta que poseen un carácter no absoluto dado que en su opinión llevan implícito un deber, debiendo el ser humano usarlos para su propio desarrollo personal y progreso social. Si bien estima que existen hechos de la vida privada de un hombre público que pueden ser difundidos por los medios de comunicación social –aunque solo aquellos que puedan incidir en su vida pública–, teniendo la sociedad derecho a conocerlos en caso de afectar el desempeño de su cargo:

“ ... lo que no es compatible con que bajo ese pretexto, especialmente a través de un medio de comunicación social, se pueda llegar a injuriar, calumniar, o difamar, conductas estas que no puede amparar el derecho”.

La Corte invoca la discusión producida en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, de cuyas sesiones en opinión del Tribunal quedó *“absolutamente claro”* que la vida privada representaba un límite al derecho de la información. En cuanto al contenido del libro *“Impunidad Diplomática”*, la Corte lo estima referido:

(8°) “... 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...”.

La Corte sostiene por tal razón que este no es un caso de libertad de información, dado que *“lo íntimo no es susceptible de ser expuesto a la sociedad sin el consentimiento del afectado”*, añadiendo en una de las escasas ocasiones en que los tribunales chilenos han invocado la dignidad humana para fundamentar una sentencia, que

“... hacerlo así aparte de ser ilícito, constituye un simple afán de morbosidad contrario al bien común, ya que lesiona en su esencia la dignidad e integridad síquica de la persona, valores ambos asegurados por nuestra Constitución (artículos 19 N° 1 y 26)”.

El fundamento de la sentencia de la Corte de Apelaciones, sin lugar a duda más débil, es el juicio de ponderación que resuelve en base a otorgarle *prima facie* al derecho a la vida privada y a la honra mayor valor:

“... 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...”

Dicha afirmación se funda en otro argumento menos admisible aún, que la deduce de la Constitución misma:

“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 comienza con la vida e 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 está contemplada en el número 12”.

Esta interpretación “numerológica” como irónicamente se le ha denominado no tiene, como se sabe, sustento normativo alguno en el ordenamiento constitucional y legal de nuestro país. La doctrina constitucional no ha sostenido, ni menos apoyado una tesis tan inadmisibile como la expresada en el último inciso transcrito del fallo. Por último, tampoco el derecho comparado ha construido ni expuesto una teoría interpretativa semejante. Nuestros tribunales de justicia, percatándose tal vez de la debilidad argumental de dicho razonamiento no han vuelto a reiterarlo, ni siquiera en la otra controvertida resolución del caso “*La Última Tentación de Cristo*”.

El fallo termina por exponer la compatibilidad de la sentencia con lo que disponen dos tratados internacionales suscritos por Chile –Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos–. La Corte en definitiva acoge el recurso, concluyendo que el autor del libro incurrió en un acto arbitrario o ilegal que ha significado una privación, perturbación y amenaza en el legítimo ejercicio del derecho consagrado en el artículo 19 N° 4, invocado por el recurrente, por lo que se prohíbe la internación y comercialización en Chile del Libro “*Impunidad Diplomática*”, por constituir a juicio de la Corte, no solo un atentado contra los recurrentes, sino al bien común reconocido en el artículo 1° de la Constitución Política.

El fallo tuvo un voto de minoría –partidario de rechazar el recurso–, que se funda en la inexistencia de facultades del tribunal de protección para impedir la circulación de un libro, la cual en su opinión es materia de un procedimiento civil o penal según las responsabilidades que se deseen perseguir todo en conformidad a la redacción del artículo 19 N° 12 que garantiza la libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa.

No advierte por tanto cuál es la existencia del acto ilegal o arbitrario, preguntándose si lo puede ser la publicación de un libro en el extranjero que lesiona el honor de las personas y su eventual ingreso a Chile y su comercialización¹⁰⁰.

La Corte Suprema confirma lo resuelto por el voto de mayoría de la Corte de Apelaciones, en una sentencia muy breve, en la que agrega un nuevo considerando relativo a la vida privada, expresando que:

“... el respeto a la dignidad y a la honra de la persona humana y de su familia constituyen valores de tal jerarquía y trascendencia que la sociedad política se organiza precisamente para preservarlos y defenderlos, de modo que no puede admitirse concepción alguna del bien común que permita el sacrificio de ellos, ni convertir tal sacrificio en medio para que prevalezca otra garantía constitucional”¹⁰¹.

6.2. Caso: “Donoso Arteaga, Luz María y otros con Revista Caras”¹⁰²

El caso que expondremos a continuación, junto a “*Difícil Envoltorio*” modificaron ostensiblemente la línea jurisprudencial fijada en la resolución de los casos *Impunidad Diplomática* y *Última Tentación de Cristo*, cambio que lamentablemente no fue resaltado ni consignado por la doctrina constitucional de nuestro país.

El primer caso se origina por una investigación periodística de la revista *Caras* sobre las causas del suicidio de un padre de familia, cuya hija había fallecido hace más de dos años en un accidente aéreo en Perú. Dos medios de comunicación ya habían informado que las razones para quitarse la vida se habrían originado en el largo proceso judicial contra la línea aérea peruana con el retardo en recibir la indemnización de perjuicios derivadas de la responsabilidad por el accidente. La viuda del suicida

¹⁰⁰ Voto de minoría pronunciado por el ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Sr. Enrique Paillás, ob. cit. págs. 358 y sgtes.

¹⁰¹ Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el día 15 de junio de 1993, ob. cit. págs. 349 y sgtes.

¹⁰² Recurso de Protección “*Donoso Arteaga y otros contra revista Caras*”, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 10 de agosto de 1998, revocada por la sentencia de la Corte Suprema, de 3 de noviembre de 1998, publicadas en la Revista de Derecho Público, Volumen 61, 1998/1999, Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile, págs. 200 y sgtes.

había recibido una llamada telefónica de una periodista que le requiere antecedentes sobre su marido, por lo que enterada de la investigación periodística, decide recurrir de protección en su nombre y el de sus hijas con el propósito de impedir la difusión del artículo. En su presentación, la recurrente alega el carácter de ciudadano común y corriente de su marido, no de personaje público, por lo que el intento de la revista de ligar la muerte de su hija con el suicidio de cónyuge basados en supuestos desvinculados con la realidad, constituye un atentado contra el derecho a la vida privada garantizada en la Constitución Política. El acto ilegal y arbitrario es a su juicio la intención de invadir la intimidad desde el momento en que se quiere dar amplia cobertura periodística al hecho infortunado del suicidio del cónyuge de la recurrente. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago acoge la acción constitucional razonando que aun a pesar de vulnerar la garantía del N° 12 del artículo 19 –libertad de opinión y de informar–, debe evitar, a toda costa, que el inmenso dolor que experimentan tanto la recurrente como sus hijas,

“... se acrecienta innecesariamente, con el solo propósito de permitir una publicación que, como la anunciada por la recurrida, de algún modo u otro, vinculará ambos fallecimientos sobre la base de especulaciones que sobrepasan los insondables misterios del alma, no obstante el prestigio y ponderación que se le conocen y suponen a la revista recurrida. La vida privada de esta familia ante el doloroso trance por la que atraviesa merece precisamente el respeto a que se refiere, sin duda, el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y aunque el artículo en comento solo está en fase de investigación, cabe suponer entonces que dicha garantía está amenazada, circunstancia suficiente para que deba prosperar la acción entablada”.

La Corte aduce también la minoría de edad de una de las hijas por las cuales se recurre, y el eventual daño psíquico irreversible que podría padecer y al argumento alegado por la recurrente que hace suyo el tribunal respecto del carácter no público de su cónyuge. Por tales razones, la Corte acogiendo el recurso ordena a la revista abstenerse de publicar el artículo que prepara en la que aparece vinculando la muerte de su cónyuge y de su hija ocurrida en el accidente de aviación y cualquiera otro que se refiera a su fallecimiento.

La sentencia tiene un fundado voto de minoría que estuvo por rechazar el recurso, por carecer de fundamento respecto a la ilegalidad del acto de reunir antecedentes para realizar una publicación periodística y no quedar acreditado norma legal alguna que imponga la obligación de abstenerse de actuar de la manera ordenada. También argumenta respecto a la arbitrariedad del acto que no se ha acreditado que la posible publicación del artículo en preparación de la revista carezca de sentido, resulte inexplicable o esté ejecutado por la sola voluntad o capricho, o sea injusto con los sentimientos de los recurrentes. Por todo lo cual concluye que ninguna garantía a su juicio ha sido arbitraria o ilegalmente, por lo que se pronuncia por desestimar la acción de protección.

La Corte Suprema conoce la apelación de la revista, revocando la sentencia recurrida. Los argumentos esgrimidos por el máximo tribunal de justicia recaen sobre el carácter de acto futuro, aún no acontecido, indefinido y eventualmente lesivo, no resultando una necesaria vinculación causal entre las maniobras incipientes realizadas por el medio y ese acto aleatorio sujeto a reproche que amague en algún grado, a título siquiera de amenaza seria, actual o inminente, precisa y apta de producir un resultado determinado, el bien jurídico constitucionalmente protegido cuyo resguardo se reclama. La Corte Suprema por otra parte enumera las fases de lo que califica el *“complejo proceso periodístico”*, que se inicia con el acopio de antecedentes, continúa con la redacción que le da forma a su contenido, terminando con la decisión de su publicación por parte de los responsables del medio, de donde deduce que la sola ejecución de la primera etapa no puede suponer amenaza alguna de lesión o daño a terceros. En este sentido, el Tribunal señala que si bien el recurso de protección permite delimitar derechos y libertades o su primacía en caso de conflicto, no infiere del caso sometido a su consideración un quebrantamiento jurídico legal alguno, dado que la acción de la revista se encuadra:

“... en el ejercicio de la libertad de informar que faculta a los medios de comunicación social para acceder, dentro de los parámetros normativos existentes, a las fuentes de información y opinión en procura de los elementos que la constituirán”.

La Corte Suprema por último manifiesta que la ejecución del mandato social encaminado a la difusión de los eventos en for-

ma masiva y pública por entidades organizadas están limitados por la acción punitiva del Estado que penaliza en la Ley de Abusos de Publicidad, por lo que es posible requerir un pronunciamiento jurisdiccional por la vía penal. Por los argumentos expuestos precedentemente, la Corte Suprema revoca la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones rechazando el recurso de protección deducido.

6.3. *Callejas Leiva, Tamara con Echeverría Yáñez, Mónica. Caso Libro "Difícil Envoltorio"*¹⁰³

Esta misma línea jurisprudencial mantuvo tanto la Corte de Apelaciones de Santiago, en el recurso de protección presentada por Tamara Callejas contra Mónica Echeverría y Editorial Sudamericana Chile. La causa se origina por la publicación de la escritora Mónica Echeverría de un libro titulado "*Difícil Envoltorio*", basado en la historia novelada de la vida de la recurrente. La madre de Tamara Callejas tenía la calidad de detenida desaparecida y su padre de ejecutado político, ambos hechos ocurridos durante el Gobierno Militar. Tiempo después un pariente la entrega a otra familia en adopción, hecho del cual toma conocimiento en la adultez a través de agrupaciones defensoras de derechos humanos. Al poco tiempo de enterarse de su verdadero origen se entrevista en varias ocasiones con Mónica Echeverría. Las partes entregan versiones contrapuestas respecto a la finalidad de dichos encuentros. Según la escritora, la recurrente conocía su intención de escribir un libro sobre la historia de los hijos de detenidos desaparecidos que fueron adoptados. La actora se informa por los medios de comunicación del lanzamiento del libro anunciado como una novela de carácter testimonial, que divulga tanto su identidad como la de todas las personas que conforman su núcleo familiar, negando asimismo tanto el conocimiento del libro como su cooperación lo que controvierte categóricamente la escritora. De este modo presenta el recurso de protección fundado en la vulneración de la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, como del derecho a la integridad psíquica consagrado en los N^{os} 4^o y 1^o del artículo 19 de la Constitución Política del

¹⁰³ Recurso de Protección "*Callejas Leiva, Tamara Isabel con Mónica Echeverría Yáñez y otro*", La Semana Jurídica N^o 18, semana del 12 al 18 de marzo 2001, págs. 11 y 12.

Estado, dado que mantienen a la recurrida y a su familia en un estado de angustia y tensión que le hace perder su tranquilidad. Ello por cuanto se expondrá el ámbito de su vida privada y personal a la opinión pública respecto a las circunstancias de su adopción, sus relaciones con su familia, cónyuge y terceros, su estado de salud, entre otros. La recurrente remarca que tanto la publicación como en la comercialización de la obra se hace uso de su propio nombre, de su cónyuge, de su abuela biológica, sin que medie autorización alguna. Señala cinco circunstancias que a su juicio deberá evaluar el tribunal y que son las siguientes: 1. La autora y la editorial han creado gran espectacularidad en torno al libro, para incrementar las ventas, a costa de su nombre y honor y el de su familia y el de otros, incluidas autoridades públicas; 2. En sus entrevistas de radio, prensa y televisión, la autora ha hecho imputaciones maliciosas de hechos sustancialmente falsos respecto de su vida privada y familiar; 3. El libro degrada a la recurrente haciéndola parecer una persona cambiante, débil y enferma psicológicamente; 4. La obra contiene imputaciones graves y maliciosas de hechos sustancialmente falsos relativos a su vida privada y familiar; y por último en el punto 5. la recurrente señala que jamás ha dado autorización para que se haya publicado su vida privada. Fundado en tales hechos, solicita la prohibición la edición, publicación y comercialización del libro en Chile y en el extranjero, y la incautación de toda la primera edición, y en subsidio que la prohibición se decrete hasta tanto no sea cambiado su nombre en la publicación y todo dato de carácter personal relacionado con la persona de la recurrente y de su familia y toda la referencia que los haga identificables.

La Editorial y la escritora al informar del recurso, señalan los siguientes argumentos por los cuales debe rechazarse la acción constitucional deducida. Se refiere, en primer lugar al hecho de que hay aspectos en la vida personal de la recurrente que no corresponden exclusivamente a su vida privada ya que son de conocimiento general y previo a la publicación del libro, como lo es la información relativa a los padres biológicos de la recurrente, a las circunstancias de su desaparecimiento, la existencia de su hija Tamara y el hecho de que ella fuera adoptada por los padres que le dan sus apellidos, al constar la fecha de la publicación y con mucha anterioridad, en los archivos de la Vicaría de la Solidaridad. Asimismo también se encontraban dichos antecedentes en los registros públicos de la Agrupación de Detenidos

Desaparecidos y de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, en los libros *“Labradores de la Esperanza”*, publicado en dos tomos los años respectivamente en 1992 y 1997, y *“María Isabel”* y en el informe de la Comisión Rettig. Por lo dicho, concluye la autora, en esta parte que nada nuevo hace público su obra al dar a conocerse el caso de la adopción de la recurrente. Reflexiona, a continuación que la naturaleza de los hechos ocurridos en Chile a partir de 1973 hace necesario que se llegue su cabal conocimiento, al modo como lo hace, incluso al precio de causar dolor. A este fin se orienta también el libro *“Difícil Envoltorio”*. En lo que toca a su tema, indica que muestra imaginativamente, pero sin anonimato, el caso de Tamara Callejas Leiva como un drama personalizado que sufre un ser humano, al conocer y asimilar las circunstancias relativas a sus padres biológicos y adopción. La autora aclara que las fuentes del libro las conforman las intervenciones públicas de la recurrente y, la principal las entrevistas grabadas entre ambas, al marido de la recurrente, a su madrina Paulina Calvo que fue quien la dio en adopción, a su abuela doña Oriana Sánchez y los familiares de su madre biológica María Isabel Beltrán. Es más, añade que en su afán de fidelidad con el tema, le entregó tres capítulos del libro a los que la recurrente dio lectura. Asegura que el drama de la protagonista despertó en ella sus más hondos sentimientos humanistas. Lo cual, como se expresa en el prefacio del libro: *“A veces mi propia voz irá llenando vacíos y mis emociones y sueños se harán presentes en el relato”*. Dichos aspectos subjetivos son tan patentes que quien recurre califica el libro de *“una novela”*. Si así lo considera, no se entiende por qué impugna la obra, que en su concepto, es solo una ficción; con la cual pierde todo significado su recurso a los tribunales de justicia ya que ellos no están llamados a conocer caracterizaciones ficticias. En cuanto a los derechos presuntamente vulnerados, los informes emitidos por la escritora y la Editorial, señalan respecto al derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona en el artículo 19 N° 1 de la Constitución, que la acción no indica cómo la publicación pudo haber causado privación, perturbación o amenaza del derecho, dado que solo el conocimiento de la verdad pudo afectarla en su integridad síquica, hecho que ya se había producido en el momento que se publica el libro. En cuanto a la protección y respeto de la vida privada de la recurrente y de su familia, que alega lesionado la actora, tampoco resulta afectada a juicio de la parte recurrida dado que la obra no es presentada como una biografía o cró-

nica, sino como una “crónica novelada” o “novela testimonial”, lo que impide individualizar pasajes que pudieran infringir los derechos invocados, dado que la obra no entrega criterios que permitan delimitar la realidad de la imaginación de la autora. La recurrida sostiene que en caso de acogerse la acción deducida se vulneraría al derecho de autor garantizado en la Constitución en el artículo 19 N° 25 “el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie...”, derecho que comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra y al N° 12 “la libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa...”. La escritora argumenta por último que la recurrente alega la violación a los numerales 1°, 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución, esto es, su integridad síquica, su vida privada, su honra y la de su familia y hasta su hogar, aunque no ha citado pasaje alguno del libro en que se habría incurrido en tales transgresiones.

La Corte de Apelaciones desestima la acción constitucional, recogiendo el planteamiento de los recurridos razona que:

“El libro contiene, por cierto, una gran parte de información que es de conocimiento público como es lo relativo a los padres biológicos, la adopción, el desconocimiento de la situación por parte de la protagonista, la circunstancia de desaparición de los padres, la entrega en adopción por la madrina, etc.”

No existe en opinión de la Corte por tal motivo vulneración alguna a su privacidad; manifiesta la dificultad de discernir si otros hechos narrados en el libro se encuentran dentro del fenómeno intimidad-privacidad, lo que califica de sumamente complejo para precisar su naturaleza jurídica. La Corte en una conceptualización sobre la intimidad, sostiene que se trata de un fenómeno psicosocial, antes que jurídico, confiriéndole al derecho a la intimidad, una dimensión universal, afirmando que:

“... el sentido de que atañe a la propia naturaleza humana como tal y constitutivo de su propia esencia dada la necesidad ocasional de aislamiento del ser humano, resulta en la práctica sumamente relativo, tan relativo resulta que cada sistema jurídico resalta un aspecto u otro de la intimidad. Las costumbres relacionadas con el fenómeno difieren grandemente de una cultura a otra, de un sistema social a otro, de una situación a otra. En

general, los cambios sociales de importancia implican modificaciones en los límites de identidad y en los dominios de la intimidad. Pero, como quiere que sea, surge para el tema que nos ocupa, el problema de la defensa de la vida privada, la cual se complica cuando se trata de definir el límite entre la zona de respeto de la vida íntima y familiar y la libertad de expresión”.

La Corte manifiesta que de la lectura del libro no le es posible a un lector discernir entre hechos reales y ficticios, dado que si bien la historia de los personajes que contiene se basan en acontecimientos efectivamente ocurridos, es en definitiva la imaginación de la escritora la que prevalece en el desarrollo del libro, motivo por el cual no puede atribuirse a la autora de la obra el efecto lesivo que a los derechos invocados por la recurrente, en cuanto afirma que se la caracteriza como una persona voluble, débil y enferma psicológicamente. Por las razones expuestas, la Corte en la parte resolutive del fallo, rechaza el recurso, determinando que no existe arbitrariedad ni ilegalidad suficientemente probada y demostrada que haga posible, sin perjuicio que la recurrente persiga la eventual responsabilidad por daño moral y otras acciones de lato conocimiento destinada a resarcir los perjuicios causados por la publicación del libro. La Corte Suprema confirma en todas sus partes la sentencia recurrida, sin declaración.

7. Libertad de informar de los medios de comunicación social sobre casos pendientes de resolución en los Tribunales de Justicia (*Sub Iudice*). Artículo 19 N° 4 y 12° de la Constitución Política del Estado

En la segunda mitad de la década del 90 se abrió un nuevo campo de conflicto entre la libertad de información y el derecho a la vida privada y a la honra. Se empiezan a popularizar programas televisivos de investigación periodística relativos a la comisión de delitos y crímenes de alta notoriedad o repercusión pública, sea que el interés lo haya provocado la crueldad con que se cometieron, la calidad de las víctimas o victimarios o cualquier otro factor que lo convierta en un producto con alta audiencia. La elaboración y preparación de estos programas de televisión ha motivado la interposición de acciones de protección de los imputados y procesados –en ocasiones condenados–, o sus pa-

rientes a su nombre, las que solicitan en razón de la naturaleza cautelar del recurso constitucional la prohibición de exhibición de dichos programas de televisión. El derecho amenazado o vulnerado que han fundado los recursos de protección interpuestos, no ha podido ser otro que el derecho a la honra y a la vida privada de los inculpados.

La derogación de la preconstitucional Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad significó el término de la controvertida atribución de los tribunales que los facultaba para decretar la prohibición a los medios de comunicación de difundir informaciones sobre los procesos penales abiertos invocando alguna de las muy generales causales siguientes: entorpecimiento del éxito de la investigación, atentar contra las buenas costumbres, la seguridad del Estado, o el orden público. La facultad significaba el ejercicio de censura judicial, lo cual prohíbe expresamente la Constitución en el artículo 19 N° 12. Fue un acierto que la nueva Ley N° 19.733 no confiriera potestades análogas a la que contemplaba la derogada Ley 16.643 de Abusos de Publicidad. Su ejercicio se había desvirtuado, puesto que significó en muchas ocasiones la sustracción del caso del control de la opinión pública y de los medios de comunicación, privilegio que no disfrutaba ninguna otra autoridad o institución nacional¹⁰⁴.

Algunos de los casos resueltos por los tribunales de justicia en casos pendientes de juzgamiento, ha significado en la práctica una nueva forma de censura previa ordenada por los tribunales de justicia.

Los casos en nuestra opinión han sido mal planteados e inadecuadamente resueltos, pues a nuestro juicio no es posible en principio invocar una amenaza o vulneración al derecho a la vida privada ni a la honra de imputados o procesados por un crimen o delito.

Respecto del derecho a la vida privada no resulta razonable alegar una intromisión no consentida de una investigación perio-

¹⁰⁴ Los últimos procesos criminales en donde se prohíbe informar, antes de la derogación de la Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad tuvieron en común un alto interés público, motivo por el cual el Colegio de Periodistas solicita judicialmente la revocación de las medidas por afectar la actividad informativa. El proceso por narcotráfico contra Mario Silva (caso "Cabro Carrera") llevado por el Quinto Juzgado del Crimen de Viña del Mar (1997); el proceso por narcotráfico y lavado de dinero denominado "Operación Océano" radicada en el Sexto Juzgado del Crimen de Valparaíso (1998) y por último la investigación criminal por la muerte de Jorge Matute Johns, iniciada en el Tercer Juzgado del Crimen de Concepción, en 2000.

dística que informa de un delito. La comisión de hechos ilícitos no forma parte de la vida privada o intimidad de las personas. Tampoco el derecho a la honra puede esgrimirse como lesionado, producto de una cobertura de los medios de comunicación. La Ley 16.643 de Abusos de Publicidad reconocía y la actual Ley 19.733 sobre la libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo también declaró en el artículo 30, como hechos de interés público de una persona: “... los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos”, elemento que debe tomar en cuenta el juez al momento de resolver sobre la excepción de verdad en un juicio sobre injurias cometidas a través de un medio de comunicación social.

A falta de un mejor derecho, los tribunales han constatado la existencia de un conflicto el cual se ha reconducido por fundarlo en los derechos citados, que por lo demás son los únicos que han invocado los recurrentes. En algunos de los casos que analizaremos, se advertirá que las Cortes han empezado a intuir el problema el cual no se relacionado con un conflicto entre la libertad de información y el derecho a la honra y vida privada.

El debate existente se da más bien, entre la libertad de información y el conjunto de principios y garantías que inspira el proceso penal y que nuestro ordenamiento constitucional recoge.

En la tradición jurídica del *Common Law*, por su forma de juzgamiento público y oral, la discusión tiene una historia mucho más antigua que la existente en países pertenecientes al ámbito del sistema continental europeo. En los EE.UU. la cobertura de los juicios se ha planteado como una garantía que consagra la 6ª Enmienda a favor de las personas sometidas a juicio. Se ha entendido por tanto, que los imputados tienen tanto interés como los medios de comunicación para que las actuaciones judiciales sean públicas, puesto que es la mejor forma de asegurar juicios imparciales y exentos de arbitrariedades. Por otro lado, coexiste el principio relativo al desarrollo limpio del proceso –*fair trial*–, el que puede afectarse con una publicidad desmedida de los medios, los cuales podrían influir en el jurado, en los jueces y en la opinión pública. Por último la garantía a un juicio *limpio, equitativo*, no puede significar la exclusión de los medios de comunicación de los procesos penales¹⁰⁵. Uno de los casos

¹⁰⁵ Explicación del conflicto debatido y caso *Sheppard con Maxwell*, tomado del libro de Muñoz Machado, Santiago “*Libertad de Prensa y Procesos por Difamación*”, Editorial Ariel, enero 1988, págs. 122 y sgtes.

más interesantes donde se debate ampliamente dicho conflicto fue a mediados de la década de los 60 en *Sheppard v. Maxwell*, en el cual se juzga al señor Sheppard por la muerte de su mujer. El proceso tuvo una amplia cobertura de los medios de comunicación. La sala de sesiones del tribunal estaba compuesta por muchos periodistas, se instalaron teléfonos, la televisión emitía imágenes del proceso y se sacaban fotografías de las partes del proceso incluido el juez y el jurado. La investigación del forense se transmitió en directo desde el gimnasio de la escuela. Una vez iniciado el proceso, el juez le otorgó tres de las cuatro filas a los reporteros, autorizando además la instalación de una mesa de prensa detrás de la barra del tribunal, lo cual permitió a los periodistas escuchar las conversaciones de los abogados. La prensa publicaba las intervenciones de los abogados y los interrogatorios de los testigos. El jurado por último pudo comunicarse con los medios de comunicación durante el proceso y en la fase deliberativa. El inculcado fue condenado, pero el proceso es anulado poco después por la Corte Suprema estadounidense, la que ordena un nuevo proceso. El razonamiento elaborado por el máximo tribunal comienza reafirmando el principio que “... la justicia no puede sobrevivir detrás de un muro de silencio ha tenido un largo reflejo en la desconfianza angloamericana por los procesos secretos”. La prensa afirmó el tribunal presidido por el juez Warren “... no solo tiene la función de publicar información de los procesos, sino la de evitar cualquier desviación de cuantos intervienen en la Administración de Justicia sometiéndolos a escrutinio y crítica”. No obstante la Corte sostuvo que “los procesos no son como las elecciones, que pueden ganarse usando los mitines, la radio y los periódicos”, reiterando el principio del *fair trial*, por el cual ninguna persona puede ser castigada por un crimen sin una acusación limpiamente hecha y un proceso limpiamente desarrollado en un tribunal libre de perjuicio, pasión, excitación o poder tiránico. La Corte sostuvo que el principal error del tribunal fue no haber ejercido su poder para controlar la publicidad del proceso, de modo que debió haber evitado la aparición de material prejudicial para proteger la influencia que pudo ejercer sobre el jurado, como también la atmósfera carnavalesca tuvo el caso¹⁰⁶. Para la Corte

¹⁰⁶ “The Supreme Court overturned his conviction, noting that the press contributed to a “Roman holiday” courtroom atmosphere”, Sanford, Bruce W. *No Contest. The trumped-up conflict between freedom of the press and the right to a fair trial*, en *Covering the Courts*, Media Studies Center, Volume 12, Number I, Winter 1998, New York, pág. 6.

Suprema el tribunal donde se llevó a cabo el juicio, debió haber aislado a los testigos, debió haber prohibido cualquier declaración judicial de abogados, partes, testigos y empleados judiciales que significara divulgar partes del proceso. La Corte expresó también que las garantías constitucionales del proceso exigían preservar al jurado de influencias extrajudiciales que puedan influir en su opinión, si es preciso trasladando, sin paliativos, el desarrollo del proceso a otro lugar. Finalmente, la Corte norteamericana resuelve acoger la solicitud del recurrente, ordenando la anulación del juicio debido a que el juez que lo condujo “*no cumplió con su deber de proteger a Sheppard de la injerencia de una publicidad ilegal, que saturó a la comunidad, y de controlar las influencias perjudiciales en la sala del juicio*”¹⁰⁷.

En nuestro país las discusiones en torno a los límites a la información de procesos abiertos –casos *sub iudice*–, adquirirán creciente importancia en especial a partir del año 2005 en que la reforma procesal penal estará vigente en todo el país. El proceso penal resultante de la reforma se basa en dos principios fundamentales: oralidad y publicidad. El nuevo Código Procesal Penal también incluyó normas que podrían significar restricciones al principio de publicidad que tan categóricamente proclama el nuevo sistema de enjuiciamiento. La Defensoría Penal Pública incluso ha solicitado en varios casos a los Tribunales de Garantía que decreten la reserva de la identidad de los imputados, las que de prosperar significaría desvirtuar uno de los objetivos de la reforma¹⁰⁸. El Fiscal Nacional por su parte dictó un

¹⁰⁷ Muñoz Machado, Santiago, ob. cit. págs. 124 a 127.

¹⁰⁸ Un interesante Informe en Derecho analiza la compatibilidad de la libertad de información y las resoluciones que decretan la reserva de la identidad de los imputados, una de cuyas conclusiones es la siguiente: C. “... *El legislador reconoce una serie de derechos al imputado que buscan proteger su dignidad, seguridad y asegurarle un debido proceso. Entre tales medidas no se contempla el secreto, o reserva de la identidad del imputado*”. Feliú de Ortúzar, Olga, en Boletín del Ministerio Público, N° 17, diciembre 2003, pág. 183. Un segundo Informe en Derecho solicitado por el Fiscal Nacional del Ministerio Público arriba a las mismas conclusiones. El trabajo examina los artículos 92, 182 y 289 letra c) del Código Procesal Penal, afirmando que dichas normas “... *o en otras conexas, se habilita al Tribunal de Garantía para prohibir que se informe acerca de la identidad del imputado, más cuando la difusión de aquella información constituye ejercicio legítimo de la libertad que se asegura todas las personas en el artículo 19 N° 12 de la Constitución, así como en el artículo 13° de la Convención Americana. No resulta, entonces, constitucionalmente admisible que se impida difundir aquella información*”. El trabajo también desestima una vulneración al principio de presunción de inocencia, el cual a juicio del informante tiene una doble finalidad: la primera de carácter probatorio exige acreditar “... *sin asomo de duda y por los medios de pruebas legales, la participación punible del imputado de un delito; y de otra, que el imputado no puede ser tratado como*

instructivo dirigidos a fiscales regionales y adjuntos sobre el alcance del secreto de la investigación y de los deberes o prohibiciones de informar¹⁰⁹.

El último caso que analizaremos en esta unidad resuelto recientemente recae sobre la libertad de informar de un medio de comunicación escrito respecto a la divulgación de la identidad de un imputado juzgado bajo el nuevo proceso penal. El fallo interpreta las normas que autorizan restricciones a la información de los partícipes del proceso penal reglado en el nuevo Código Procesal Penal.

Un profundo debate en torno a este conflicto nos lo ofrece también el sistema del *Common Law*, esta vez en Gran Bretaña, que por su trascendencia expondremos en sus aspectos fundamentales. La sentencia emitida por su máximo tribunal de justicia es impugnada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humano que resuelve finalmente la controversia.

7.1. Derecho comparado. Sunday Times¹¹⁰

El caso se plantea en Gran Bretaña. A partir del año 1972 se empezaron a publicar en varios países los efectos del consumo

culpable durante la secuela del proceso penal". En este punto el trabajo afirma con razón que a la luz del ordenamiento jurídico chileno, comprendiendo tanto a la Constitución, tratados internacionales, Código Procesal Penal y Ley 19.733 "... no admiten, sobre la base de la presunción de inocencia u otras razones, afectar la libertad de informar, salvo en los casos expresamente contemplados en aquel Código, ninguno de los cuales sirve para sustentar la prohibición de informar acerca de identidad del imputado decretada por el Juez de Garantía". El informe sostiene que en ausencia de recursos en el Código Procesal Penal que permitan impugnar resoluciones de jueces de garantía que prohíban revelar la identidad del imputado, resulta "... indiscutida la plena procedencia del recurso de protección, dado que aquella resolución lesiona, en su esencia, la libertad de informar que la Constitución y los tratados internacionales aseguran a todas las personas, entre ellas, los medios de comunicación social y los intervinientes en el proceso penal, con carácter discriminatorio y constituye, asimismo, una atribución de potestades por parte del Juez de Garantía que no le ha sido expresamente conferida por la Constitución ni la ley". Concluye el trabajo afirmando que "...el ordenamiento jurídico chileno, interno e internacional, se configura sobre la base de principios y reglas contrapuestas con una decisión de esa naturaleza". Fernández González, Miguel, *La Libertad de Información y la Reserva de Identidad de los Imputados. Informe en Derecho*, en Boletín del Ministerio Público N° 18, marzo 2004, págs. 161 a 188.

¹⁰⁹ Instructivo General N° 14 Fiscal Nacional Ministerio Público, de fecha 24 octubre 2000 sobre el alcance del secreto de las actuaciones de la investigación y del deber de información.

¹¹⁰ Caso extractado del libro: *Libertad de Expresión e Información frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Saraza Jimena, Rafael, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 399 y sgtes.

de una droga llamada talidomida, lo cual produjo una gran conmoción por los gravísimos efectos colaterales que acarrea su consumo: el nacimiento de muchos niños con graves deformaciones, muchos de los cuales vinieron al mundo sin alguna de sus extremidades. En Gran Bretaña víctimas o parientes comienzan a ejercer acciones judiciales contra el laboratorio fabricante de la droga, la sociedad *Distillers*, lo que origina una amplia cobertura periodística. Una de ellas fue publicada por el periódico *Sunday Times* que expone el caso a la opinión pública, luego del cual califica de "grotescas" las propuestas de solución presentadas por el laboratorio a favor de los parientes de las víctimas en relación a los perjuicios causados. Dicho artículo anuncia una próxima ampliación de la investigación periodística. La sociedad farmacéutica presenta una demanda contra el diario, alegando que la conducta incurría en *contempt of court*, dado que el caso estaba en conocimiento de la justicia. Dicha institución propia del *common law* se define como el instrumento procesal destinado a impedir un comportamiento de naturaleza obstruccionista de la administración de justicia relacionado con un caso concreto o bien con una materia de carácter general, su finalidad en este sentido es proteger la administración de justicia y la preeminencia del derecho y no la dignidad de los jueces. Tampoco tutela derechos individuales de los involucrados.

La Cámara de los Lores acoge esta solicitud prohibiendo la publicación del reportaje anunciado, señalando que impedía una administración de justicia imparcial, ya que podían influir en las partes en litigio al estar sometidas a presiones a causa de su publicación como consecuencia de un juicio prematuro sobre los puntos en litigio, entendiéndose que debe protegerse a las partes contra cualquiera injerencia que ponga en peligro la equidad del proceso.

El periódico recurre al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en el año 1979 dicta su sentencia, en la cual analiza la restricción impuesta por la Cámara y si dicha restricción encuadra dentro del Convenio Europeo de Derechos Humanos que asegura la libertad de expresión en el artículo 10 con un conjunto de limitaciones y restricciones en el apartado 2º de ese mismo artículo. La sentencia entonces analiza si la medida determinada por el máximo tribunal inglés se adecua a las necesidades de una sociedad democrática, para garantizar la autoridad del poder judicial. En este sentido el Tribunal se pregunta

si las acciones desarrolladas por el diario constituían una usurpación de funciones de los jueces en caso de que incitara al público a formarse una opinión sobre un proceso que se encontraba pendiente o si por el contrario las partes debían sufrir un proceso paralelo por los medios de comunicación social.

Los argumentos de los miembros de los Cámara de los Lores que decretaron la prohibición insistieron en un punto: Asistir a una falta de respeto de las vías legales y una usurpación de las funciones de los Tribunales de Justicia que incitaba al público a formarse una opinión sobre un asunto pendiente. En este sentido la máxima autoridad judicial inglesa reflexiona que si se relatan puntos en litigio de una forma tal que el público se forma sus propias conclusiones, se corre el riesgo de perder el respeto y confianza en los tribunales de justicia. Lo cual puede habituar al público al espectáculo de un pseudo proceso en los medios de comunicación lo que al largo plazo acarreará consecuencias nefastas para el prestigio de los tribunales como órganos cualificados para conocer los asuntos jurídicos.

El tribunal europeo no obstante advierte el carácter moderado del artículo, en que presentaba pruebas que no beneficiaban todas a la misma parte y que no pretendía que se tomase una única solución por el tribunal.

El artículo entonces podría haber provocado réplicas, ya que significa que no todos los reportajes de dicha naturaleza signifiquen un atentado contra la autoridad judicial.

El tribunal reafirma el carácter excepcional de las restricciones y limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión, tomando en cuenta las necesidades de una sociedad democrática, las circunstancias concurrentes y la trascendencia social del asunto y el interés de los afectados en tener información sobre el asunto.

En juego existen dos intereses públicos como lo son la libertad de expresión y la buena administración de justicia.

Recuerda el Tribunal el caso *Handyside*, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, lo cual es aplicable no solamente a las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que se oponen, chocan o inquietan al Estado o algún sector de la población.

Los Tribunales de justicia no pueden operar en el vacío, pues aunque son competentes para resolver conflictos entre las par-

tes no significa que con anterioridad no puedan dar lugar a debates, en revistas especializadas en la opinión pública a través de los medios de comunicación social. A estos últimos les compete comunicar informaciones o ideas que se debaten en los Tribunales de Justicia, y el público tiene el derecho de recibir tales informaciones.

El caso de la talidomida preocupaba a la opinión pública y también sobre la responsabilidad jurídica y moral del laboratorio hacia centenares de personas que eran las víctimas de la tragedia. El caso de este modo planteaba cuestiones fundamentales relativas a la prevención y reparación de los daños padecidos.

Las familias ignorantes de las dificultades jurídicas tenían un interés fundamental en conocer cada uno de los hechos subyacentes y de las soluciones. Si el artículo hubiese aparecido, el laboratorio hubiese podido sentirse obligado a desarrollar en público antes de cualquier juicio sus argumentos, los que no cesaron de aparecer en el país en el contexto de un proceso pendiente de fallo, lo cual hubiese servido de freno para las controversias especulativas de personas mal informadas.

Por todo lo razonado el tribunal europeo tomando en cuenta las circunstancias de la causa concluye que la prohibición no corresponde a una necesidad social tan imperiosa como para que prime sobre el interés público sobre la libertad de expresión, no siendo en definitiva suficientes los argumentos de la restricción impuesta a los demandantes, no siendo proporcionada al fin legítimo que persigue, no era en definitiva necesaria tal restricción en una sociedad democrática para garantizar la independencia de Poder Judicial.

7.2. Casos relevantes resueltos en Chile

Los casos que expondremos a continuación se han originado por la exhibición en los canales de televisión de reportajes periodísticos que narran y recrean casos criminales de alta repercusión pública que ocurrieron en la realidad. Con un formato interesante para el gran público, dichas investigaciones periodísticas suelen ser elaborados por las estaciones de televisión o bien por empresas externas. En la mayoría los casos expuestos, suelen estar en su etapa de sumario, y por lo tanto pendiente de resolución judicial, lo cual significa que se anticipen even-

tuales responsabilidades de los involucrados, a veces no coincidentes con las resoluciones que ha ido dictando el juez de la causa. De todo hecho ilícito nace un juicio paralelo, lo cual es inevitable. El proceso penal radicado en los tribunales de justicia y el desarrollado por las empresas informativas en sus emisiones. Para las partes puede significar un prejuzgamiento revestido de ninguna garantía procesal del debido proceso que asegura nuestra Carta Fundamental. En cambio para algunos imputados en cambio, puede representar la posibilidad de lograr una reapertura del caso en estado de sobreseimiento ya olvidado por los tribunales y opinión pública¹¹¹. En fin, desde la perspectiva judicial puede verse como una usurpación de funciones y de una presión indebida respecto a la potestad judicial, única institución llamada a determinar las responsabilidades por la comisión de un hecho delictivo.

Uno de los aspectos menos debatidos en torno a la implantación del nuevo proceso penal es la relación que tendrán los medios de comunicación social con los distintos y nuevos intervinientes del sistema de enjuiciamiento que a partir del mes de junio del 2005 estará operando en todo el país. El nuevo proceso penal consagra la publicidad de los mismos como uno de sus rasgos esenciales, pero existen normas que restringen o limitan la información que las distintas instituciones puede revelar, según la etapa en que se encuentre el juicio¹¹².

A continuación expondremos un conjunto representativos de casos donde se han debatido estos conflictos, reiterando que las acciones constitucionales se han fundado preferentemente en la amenaza al derecho a la integridad psíquica, a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, consagrados en el artículo 19 N° 1 y 4 de la Constitución Política.

¹¹¹ Un reportaje periodístico fue el causante de la reapertura del proceso penal iniciado para determinar los responsables por el incendio aparentemente intencional de la discoteca *Divine* en Valparaíso frecuentada por homosexuales ocurrido a mediados de la década de los 90. El equipo periodístico de un canal de televisión ubicó a una persona importante para el proceso, el que aparentemente era buscado por la policía. La investigación se reabre con los antecedentes del caso exhibido por el programa de televisión. El segundo caso ocurrido recientemente, ocurrió en el año 2003, en que el Departamento de Prensa del canal de televisión Chilevisión, ubicó en Bolivia a un sacerdote chileno que tenía orden de arresto en el marco de una investigación por abusos en contra de menores de edad. La investigación periodística provocó la detención del clérigo y su traslado a nuestro país.

¹¹² Ob. cit. Otero Lathrop, págs. 53 a 72.

7.2.1. Hernández Anderson, Gabriel y otro contra TVN (Programa *Mea Culpa*). *Caso Calama*¹¹³

La causa de la primera acción constitucional se origina por la preparación de un capítulo del programa *Mea Culpa* de TVN sobre el sangriento asalto a una oficina del Banco del Estado en Calama ocurrido en junio de 1981, cuyos autores secuestraron a un cajero que lo hacen estallar con dinamita en el desierto. Uno de los condenados por dicha acción recurre de protección al enterarse de la presencia del equipo del programa en los lugares donde ocurrieron los hechos. Califica de injusto por último que las familias sufran una pena moral no contemplada en el Código Penal, solicitando por tal motivo la suspensión indefinida de la exhibición pública del denominado *caso Calama*.

TVN en su informe reconoce la existencia de una producción sobre dicho caso, aun sin concluir, el cual según expresa no tiene intención de dañar debido a que está basado en un proceso de público conocimiento y en el libro "*Calama, crimen del siglo*", publicado años atrás.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso fundado en que:

"... de acuerdo a los antecedentes que tiene a la vista el capítulo de la investigación aún no se edita, estando en la fase de reunir antecedentes lo cual no se conoce, todo lo cual resulta insuficiente para estimar acreditado la vulneración a los derechos amparados por la Carta Fundamental".

Este razonamiento judicial se reprodujo –aunque más extensamente–, en la resolución del caso "*Donoso Artega con Revista Caras*", y que ya analizamos en el punto 6.3. de esta investigación.

7.2.2. Muñoz Torres, Julián otro contra TVN (Programa *Mea Culpa*). *Caso Charpentier*¹¹⁴

La acción constitucional se origina por la investigación periodística sobre el asesinato de Mónica Charpentier cometido por su

¹¹³ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 7 de junio de 1995, causa Rol N° 1.442-95.

¹¹⁴ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago dictada el 5 de enero de 1996, causa Rol N° 3.684-95.

hermanastro Patricio el año 1981 en la ciudad de Linares. La recurrente se entera de la realización del programa por la solicitud de entrevista con Carlos Pinto –conductor del programa *Mea Culpa*–, que la productora de dicho espacio le formula. Invoca como vulnerado el derecho a la integridad psíquica y el derecho a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

En su informe TVN admite la realización de un reportaje periodístico basado en el caso *Charpentier* dentro de la serie de doce capítulos anuales del programa *Mea Culpa*. Los casos, afirma TVN son distintos y sus propios actores entregan un testimonio después que los autores han sido juzgados por los tribunales de justicia y han recibido la sanción penal que determina la ley. También incluye opiniones de especialistas que explican las causales, motivaciones y mecanismos de prevención. TVN manifiesta que no hay intención de dañar, ya que se recrea un hecho público basado en un proceso que posee el mismo carácter, y que además se cuenta con la autorización del condenado y de las autoridades encargados de su custodia. Por último el canal de televisión informa que en consideración a la calidad de la víctima y para preservar la intimidad de los familiares, el programa optó en el caso no dar a conocer el apellido de estas personas.

La Corte en su fallo constata que el programa cuya prohibición se solicitaba había sido emitido un mes antes de la vista del recurso. No obstante lo anterior, la Corte sostiene haber visto el programa en una exhibición privada el cual a juicio del tribunal no infringió los derechos constitucionales puesto que:

“... en la teatralización impugnada de los hechos que se relatan en la cinta solamente se dan los nombres de pila de los personajes protagónicos, omitiéndose los apellidos, lo que impide su identificación, sobre todo por tratarse de hechos ocurridos en el año 1981”.

7.2.3. Cárdenas Negrier, María Isabel contra TVN (Programa *Mea Culpa*). *Caso Pasteles Envenenados*¹¹⁵

El programa *Mea Culpa* de TVN planificaba la realización de un capítulo sobre el “*caso de los Pasteles Envenenados*”, por el cual se había condenado a Mauricio Cárdenas Negrier, herma-

¹¹⁵ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de octubre 1996, revocada por la Corte Suprema, 10 de diciembre 1996.

no de la recurrente. El hecho que motivó la condena en primera instancia –fallo confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción–, fue el envío de pasteles con arsénico a su novia que se encontraba embarazada con el propósito de causarle un aborto. Los pasteles son consumidos por la destinataria y por dos personas más de su familia. La sentencia condenó en calidad de autor a Mauricio Cárdenas Negrier por dos delitos de lesiones gravísimas y de un delito de aborto frustrado. Al momento de la interposición del recurso de protección por la actuación de TVN, se encontraban pendientes de resolución dos recursos de casación en la forma y fondo en la Corte Suprema.

La familia del condenado se entera de la realización del capítulo sobre el crimen de Mauricio Cárdenas, debido al que el equipo de producción del programa contacta tanto a él como a su abogado, para que participen en la filmación del programa. El afectado se opone al proyecto debido a que recordar hechos acaecidos hace varios años le producía tanto a él como a su familia graves molestias y perjuicios. Estiman que tales recuerdos pertenecen al ámbito de su intimidad que no desean compartir públicamente. Prescindiendo de la oposición al proyecto, el conductor del programa Carlos Pinto y su equipo realizan varias filmaciones, lo cual a juicio de la recurrente constituían una amenaza de realizar actos ilegales y arbitrarios que atentan o ponen en peligro el honor, la honra, la vida pública y privada tanto de Mauricio Cárdenas como de su familia, por lo cual solicitan la no exhibición de dicho programa.

TVN en su informe reconoce la elaboración del programa, el que se encontraba en la etapa de producción, cuya exhibición sin embargo aún no se ha aprobado. Solicita el rechazo del recurso por carecer de fundamentos al no señalar cuáles son las arbitrariedades y las amenazas a los derechos invocados como conculcados.

La Corte de Apelaciones analiza la concurrencia de los requisitos de la acción constitucional. Empieza por preguntarse si existe una amenaza a un derecho constitucional, señalando que:

6º "... debe concluirse que en la especie el anuncio de llevar a cabo la acción que se teme y a que se refiere el recurso es real y está revestida de los caracteres de certeza, actualidad y precisión necesarios para constituir una intimidación de la ocurrencia de un hecho futuro que afecta a los recurrentes, que no es

querido por ellos y que, en su concepto jurídicamente no están obligados a soportar...”

La Corte por tanto da por cumplido el primer requisito, que es la existencia de una amenaza de un acto que le causará un mal y que se desea evitar.

Respecto al requisito de ilegalidad o arbitrariedad, como la de la vulneración a los derechos constitucionales, la Corte de Apelaciones advierte que el recurso no razona adecuadamente, por lo que procede a inferir del contexto del recurso tanto motivos, como peticiones.

De este modo el tribunal señala:

9º Que en efecto, como premisa básica, ha de tenerse en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico (...) otorga a las personas el derecho a recurrir a los tribunales de justicia para impedir que su intimidad y su honra se vean injustamente expuestas al juicio público. Así, el constituyente ha querido “cautelar la privacidad y el buen nombre de las personas, estimando que se trata de valores íntimamente vinculados a la personalidad humana”, extendiendo esta protección a sus respectivas familias.

La Corte de Apelaciones razona sobre la comisión de hechos ilícitos, señalando en el mismo considerando 9º, que:

“... podría pensarse, a lo mejor, que quien comete un delito –que siempre daña a la sociedad toda y en particular a los directamente ofendidos– y que se le ha procesado, en un juicio que es por su naturaleza público, por esta sola circunstancia ha perdido su derecho a mantener en silencio lo que ha sucedido, pero lo cierto es que, por un lado y en este caso, al presentarse el recurso existían aún pendientes ante la Excma. Corte Suprema recursos de casación en la forma y en el fondo y, por el otro, el derecho constitucional ya referido se mantiene intacto respecto de la familia del inculpado, la que ya habrá sufrido suficientemente por los actos del autor que si bien les pertenece como miembro de esta no están obligados a soportar este tipo de sanciones ulteriores”.

El tribunal admite que durante la tramitación del recurso de protección se resolvieron los recursos de casación pendientes en

la Corte Suprema, terminado con ello el juicio penal, aunque estima que tal hecho no altera su razonamiento.

Considera el tribunal como un hecho relevante la oposición del afectado y su familia el acto de dar a la publicidad un programa como el que se proyecta –en el cual se esconde seguramente un verdadero drama–, sin importar la posible voluntad de la familia víctima del delito, cuyo dolor no se mitiga con provocar a otra familia una afección como la expuesta. La difusión del programa en opinión del tribunal importa un acto arbitrario e ilegal que afecta los derechos de su autor y especialmente de su familia, que ninguna responsabilidad ha tenido en los hechos que la justicia ha sancionado.

La Corte de Apelaciones establece un límite a lo que denomina la *“loable misión del periodismo”*, la que no puede sobrepasar la dignidad de las personas que se oponen a la difusión del caso criminal expuesto.

Por todo lo expuesto, la Corte de Apelaciones acoge el recurso de protección, prohibiéndose a TVN la difusión del capítulo del programa *Mea Culpa*, denominado *“el caso de los Pasteles Envenenados”*.

La sentencia de la Corte de Apelaciones tuvo un relevante voto en contra, al cual la Corte Suprema se referirá al resolver sobre la apelación del recurso.

El ministro disidente sostiene que en el juicio penal que afectaba al recurrente se había dictado sentencia definitiva y durante la tramitación de la acción constitucional también se habían resuelto los recursos de casación por la Corte Suprema, con lo cual la sentencia que estableció los ilícitos y la participación del recurrente quedó firme y ejecutoriada. Por lo tanto continúa el razonamiento, los hechos que le fueron imputados y que se proyectan exhibir ocurrieron de manera real y efectiva.

Por dicho motivo, el voto de minoría expone que:

“... al preparar la recurrida un programa de televisión que daría cuenta de hechos de carácter delictual, ya resuelto por la justicia del crimen, al contrario de ser estimado ilegal o arbitraria esa decisión, en el fondo está en realidad cumpliendo con los fines propios de la función que cumplen los medios de comunicación social de entregar al público situaciones que en una época pasada y determinada provocaron alguna conmoción y que interesó evidentemente a la comunidad”.

En la parte más relevante de la opinión disidente, se afirma sobre el carácter de censura previa del voto de mayoría, al exponer que:

“Impedir el desarrollo de un programa televisivo sobre la base hipotética de que su divulgación puede afectar la honra y dignidad de una persona, respecto de hechos verídicos, constituiría una especie de censura previa no autorizada por la ley que afectaría otra garantía constitucional, como lo es el derecho de opinión o de información contemplado en el N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política, sin perjuicio que si con motivo de la edición del mismo programa, las partes puedan ejercer las acciones que le correspondieran si en dicha exhibición efectivamente se incluyan pasajes o circunstancias que puedan dañar la dignidad u honra de cualquiera persona”.

La Corte Suprema revoca la sentencia dictada en un breve fallo que elimina todos los fundamentos de la resolución de la Corte de Apelaciones. En su reemplazo tiene en consideración únicamente el mérito del razonamiento del voto disidente, para rechazar el recurso de protección interpuesto.

7.2.4. Caso Iturriaga Aguera, Gonzalo contra Canal 13 (Programa Crimen y Misterio)¹¹⁶

El Canal 13 de televisión incluyó dentro de su programación una serie llamada *Crimen y Misterio*, que recreaba en cada capítulo delitos efectivamente ocurridos de cierta repercusión pública. Se basarían en investigaciones judiciales resueltas por la Justicia, respecto de las cuales no existan recursos pendientes de ninguna especie.

El día 11 de octubre del año 2000 el Canal 13 anunció la exhibición del capítulo *“Secuestro Bada o Montserrat”*, caso por el cual fue condenado el recurrente junto a otra persona. La responsabilidad penal del actor fue determinada en primera instancia por el 11° Juzgado del Crimen de Santiago, fallo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, y por el cual se le condena a la pena de presidio menor en su grado máximo, con el beneficio de libertad vigilada. El otorgamiento

¹¹⁶ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de enero 2001.

de este medio alternativo quedó condicionado al pago de una suma de dinero. El único recurso pendiente al momento de deducir el recurso de protección era la apelación respecto de la exigencia del pago de los dineros de la indemnización como condición, para acceder al beneficio de la libertad vigilada, asunto que se encontraba a la espera de la designación de un relator.

El recurrente sostiene en su presentación que la difusión del caso por la televisión iba a consistir exhibir una supuesta culpabilidad de los condenados, lo que estimó podía influir gravemente en la eventual negativa de alguna sala de la Corte, al conocer el recurso de apelación pendiente de ambos defendidos. Considera que la transmisión que se solicita suspender –hasta que la causa se encuentre realmente afinada–, vulnera el principio de la igualdad ante la ley, al no respetar el Canal 13 el agotamiento de todos los recursos antes de su publicidad.

El derecho que alega vulnerado es la igualdad ante la ley, a la honra y privacidad, y la de toda su familia –artículo 19 N° 2 y 4–, al exponerlo a una publicidad negativa. A su juicio un programa de larga duración sobre un caso policial, produce un efecto de formación directa de opinión sobre el tema, diferente a la mera información en un noticiario de un hecho policial. Concluye afirmando que el límite de la libertad de opinión o de información se encuentra en el punto exacto en que dicha libertad, por efecto de la oportunidad de su ejercicio que no por su esencia, provoca un perjuicio perfectamente evitable, pues priva de su derecho a la igualdad constitucional del recurrente y lesiona anticipadamente su honra personal y la de su familia, por lo cual solicita la prohibición de emitir el programa del *caso Bada* hasta que la situación de la causa se encuentre totalmente afinada.

El Canal 13 en su informe señala que el programa *Crimen y Misterio* recrea casos policiales famosos, sin sensacionalismo ni morbo, y con la mayor objetividad posible, lo que se encuentra amparado por el ejercicio de la libertad de informar que asegura el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política del Estado. Dichos programas, expresa el Canal 13, responden a un interés social dado que se da en tiempos de gran preocupación ciudadana por la delincuencia. Por tal razón se exponen hechos criminales resueltos, una vez determinados sus responsables y las

penas aplicadas por los tribunales. Sostiene por otra parte que la difusión del programa señalado no puede afectar el resultado del recurso de apelación, dado que este se resolverá conforme a los antecedentes del caso. Por último al solicitar el rechazo de la acción, el Canal 13 señala que al ejercer el derecho a la información no se está afectando la honra del recurrente ni de su familia, puesto que no se injuria a nadie, ni se le formulan imputaciones. Tampoco se ha afectado la igualdad ante la ley, careciendo el recurso de protección interpuesto de base constitucional y legal.

La Corte de Apelaciones rechaza el recurso de protección, bajo el siguiente razonamiento:

El Tribunal parte afirmando el carácter relativo que poseen los derechos, al estar limitados con otros, y por tanto poseen un carácter no absoluto, debiendo el titular de cada derecho ejercerlo de manera legítima. Alude a un supuesto “*consenso*” por el cual el derecho de informar no es ilimitado, sino que en caso de colisión con el derecho a la intimidad y el honor de las personas, prevalece este último.

Invoca la historia fidedigna para afirmar que el constituyente, en la discusión de Constitución de 1980, dejó establecido que la vida privada constituía un límite al derecho de informar debido al perjuicio que podía producirse a la honra e intimidad de la persona y de su familia.

Cita por otra parte la opinión de Cea Egaña sobre la existencia de una secuencia jerárquica en la numeración del artículo 19 de nuestra Constitución Política cuya prelación sería: 1° vida e integridad; 2° Intimidad, honor e inviolabilidad del hogar; 3° Información y reunión; Libertades de orden público económico.

La Corte de Apelaciones siguiendo el razonamiento judicial efectuado en el caso “*Impunidad Diplomática*”, manifiesta que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –artículos 17 y 19 N^{os} 2 y 3–, también le confiere mayor jerarquía a la privacidad y a la honra que a la libertad de expresión e información, al permitir la restricción previa de esta y también, en casos excepcionales, su suspensión, lo que no ocurre con el derecho a la privacidad y honra.

La Corte de Apelaciones reproduce con fidelidad el argumento de la Corte Suprema en la resolución del caso *Impunidad Diplomática* que respecto al ejercicio de la libertad de expresión señala:

“...que se encuentra restringido por un derecho de mayor jerarquía, como es el consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Carta 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... 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 circunstancias que la libertad de información está contemplada en el número 12”.

La Corte de Apelaciones con prescindencia de los los considerandos precedentes, se pregunta si el programa “*Crimen y Misterio*”, atenta con la garantía constitucional consagrada en el N° 4 del artículo 19 de nuestra Constitución Política, para lo cual comienza con citar la definición de vida privada y de honra dada por la Corte Suprema en el caso citado.

En la parte decisoria del fallo, la Corte de Apelaciones constata la condena en 1ª y 2ª instancia del recurrente, estando pendiente solo la apelación de la exigencia de la indemnización para acceder al beneficio de la libertad vigilada. Teniendo a la vista el guión del programa impugnado, el Tribunal desecha la aseveración del recurrente, en el sentido que:

16º. *“... la difusión noticiosa y seguramente sesgada de la actuación que los ‘condenados’ han tenido en la causa, va a consistir precisamente en la exhibición de su supuesta culpabilidad o confabulación con otros sujetos (...) tema que, expuesto sin las correlativas alegaciones de mi representado sobre sus actuaciones (...), pueden influir por cierto muy gravemente en la eventual negativa de alguna sala de V.S.I. el día de mañana, al conocer el recurso de apelación pendiente de ambos detenidos...”*

De este modo la Corte luego del examen del texto del programa del Canal 13 manifiesta en el mismo considerando que:

“... en forma alguna puede considerarse sesgado, sino que, por el contrario, presenta los hechos que afectan al actor de una manera sobria, escueta y objetiva, y por otra parte, el recurrente sostiene alegaciones ya resueltas en el respectivo proceso...”

Resulta interesante que a continuación la Corte exprese su molestia sobre afirmaciones efectuadas por la parte recurrente

las que califica “*al menos, poco deferentes*”, al suponerla susceptible de influencia en sus decisiones por programas de televisión, y no por el solo mérito de la causa, lo cual revela la verdadera pretensión de la acción constitucional. Como expusimos en la explicación del caso *Sunday Times*, el conflicto es: libertad de información y la autoridad del Poder Judicial, este último en cuanto a que pueda adoptar una decisión en contra de las conclusiones que pueda arrojar una investigación periodística, lo cual podría tener un efecto directo en la opinión pública y en la credibilidad y prestigio que suelen necesitar los distintos poderes del Estado. Un sistema de enjuiciamiento en manos de jueces letrados es bastante menos permeable a la influencia de las investigaciones periodísticas que aquellos en donde la culpabilidad o inocencia de los imputados es resuelta por un jurado formado por ciudadanos.

La Corte de Apelaciones desestima el recurso, al no reunirse los presupuestos necesarios para su procedencia, al exponer que:

19°. “... en efecto, de los antecedentes del recurso, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, aparece que el acto en que el recurso se basa, que el recurrente estima ilegal y arbitrario, no reúne las características de tal, ya que, en parte alguna del programa transcrito, se han vulnerado las garantías constitucionales invocadas por el actor, por cuanto se exponen hechos consignados en el proceso en una forma tal, que no se acentúa ni singulariza especialmente la participación que le cupo al recurrente en él”.

7.2.5. Caso Reyes Olivares Lucía contra TVN (Programa “*Mea Culpa*”)¹¹⁷

Este caso se origina en una entrevista que el conductor del programa *Mea Culpa* de TVN Carlos Pinto le hace en abril de 1998, en la cárcel de Chañaral al procesado Luis Reyes Olivares por el delito de violación y abusos deshonestos en contra de sus tres hijos.

La hermana del procesado interpone recurso de protección a nombre de este, señalando que el equipo del programa de TVN,

¹¹⁷ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, 19 de octubre 1998, confirmada por la Corte Suprema, 26 de noviembre 1998.

Mea Culpa pasando por alto a los familiares directos del procesado y a su abogado grabaron una entrevista de aproximadamente treinta minutos a Luis Reyes Olivares, la que fue supuestamente autorizada por este. Indica que en dicha entrevista, el periodista Carlos Pinto efectúa preguntas capciosas, sugestivas y tendenciosas al procesado a fin que confesara su delito, lo que no aceptó bajo ningún respecto el entrevistado. Agrega que se le hizo mención por el entrevistador de la existencia de pruebas que no obran en ninguna parte, las que demostrarían la culpabilidad de Reyes Olivares, tales como exámenes de ADN, entrevistas a los menores víctimas, todo lo cual no es efectivo pues los periodistas nunca han tenido acceso a los menores. Estima grave este hecho pues a su juicio no se puede permitir este tipo de presiones a un procesado que puede ser condenado pero que tiene el derecho a la presunción constitucional de inocencia.

La parte recurrente manifiesta conocer por fuentes fidedignas la inminencia de la exhibición de un capítulo del Programa *Mea Culpa* sobre el proceso judicial seguido contra del recurrente, al terminar la etapa de grabación, lo cual sería un programa televisivo sobre un caso aún no fallado, que aún está en sumario y amparado en el secreto de esta etapa procesal.

La acción constitucional se funda en la vulneración de los siguientes derechos constitucionales: artículo 19 N° 1, el derecho a la integridad síquica de las personas, por el impacto emocional causado al procesado Luis Reyes derivado de las afirmaciones del periodista Carlos Pinto de que iba a ser condenado de quince años a condena perpetua, lo cual le ha ocasionado una grave depresión psicológica que está acreditada en la causa criminal que se le lleva, acreditado por informes médicos; a sus familiares y también les causa un grave daño psíquico toda esta situación ya que se ven angustiados por el temor de que el programa va a salir al aire y su hermano ni siquiera ha sido condenado por el tribunal correspondiente; también invoca la vulneración contenida en el artículo 19 N° 4 respeto de la honra de las personas y de su familia, puesto que sin haber fallo condenatorio por televisión se le hace aparecer como culpable y ello ocasionará daño y descrédito al procesado y a su familia; por último se esgrime el artículo 19 N° 24 –el derecho de propiedad sobre bienes incorporales–, al transgredirse abiertamente el derecho del encausado Reyes Olivares a ser presumido inocente mientras no se le condene, derecho que se ha violado

abiertamente con el contenido de la entrevista realizada pues partiendo por considerarlo culpable, se le ha dañado emocionalmente y se le miente.

En virtud de todo lo razonado la parte recurrente solicita que se acoja el recurso interpuesto y se dirijan las comunicaciones pertinentes y decretando todas aquellas medidas que tiendan a garantizar debidamente los derechos conculcados.

TVN en su informe, sostiene que en marzo de 1998 se tuvo conocimiento que estaba en la cárcel de Chañaral, Luis Reyes Olivares en calidad de procesado y en libre plática, al cual se le preguntó, luego de interiorizarlo de la estructura del programa y de la intención de exhibir su caso en la temporada de dicho año, si aceptaría que su situación fuera expuesta en el programa *Mea Culpa*. Luego de meditar la situación, el procesado autorizó por escrito a TVN para exhibir las opiniones entregadas por él al programa, lo cual le permitía contar su verdad. La entrevista afirma TVN, fue además autorizada por el juez de la causa bajo la condición que la cinta grabada sea entregada al Alcaide con el objeto de ponerlo a disposición del tribunal, por lo cual no se requería la autorización de sus familiares y abogado.

En cuanto al tenor de las preguntas realizadas al entrevistado, TVN sostiene que no son capciosas como señala la recurrente, sino tendientes a conseguir información y lograr que el procesado pueda refutar los cargos en su contra pues periódicamente se entiende que una persona puede hacer sus descargos haciéndole preguntas sobre el tema o delito que se le imputa, situación que previamente se le dio a conocer a Reyes Olivares y con la que estuvo de acuerdo. Por ello a juicio de TVN no hay preguntas capciosas o tendenciosas sino cuestionamientos y preguntas, las cuales ninguna logró que el procesado admitiera los cargos en su contra. Sostiene también que el capítulo de *Mea Culpa* sobre los hechos por los que está procesado Reyes Olivares es un proyecto de construcción en el que se recopila información sobre el abuso de menores, a los cuales el programa desea proteger alertando a los padres sobre el cuidado y protección que se deben brindar a estos. La política del programa en estos casos, afirma TVN, es teatralizar los hechos indicando solo el nombre de pila de los protagonistas omitiéndose los apellidos lo que impide su identificación no infringiéndose de este modo las garantías constitucionales de los N^{os} 1 y 4 artículo 19 de la Constitución.

Respecto a la afectación al derecho a la integridad psíquica, TVN manifiesta no haber dañado psicológicamente al presunto autor de la entrevista, pues no se actuó contra su voluntad ya que se le indicó la forma en que se llevaría a cabo dándole la oportunidad de contar su verdad con lo que él estuvo de acuerdo. Tampoco se afectó la honra de la familia por cuanto el programa omitirá el apellido de los protagonistas impidiendo identificaciones y a los menores se les asignarán nombres ficticios. Añade que aunque Chañaral es una ciudad pequeña, no es menos cierto que la narración pública de los hechos que se imputan al entrevistado no lo afectarán, al ser de público conocimiento el que ya causó una conmoción en el puerto.

TVN invoca la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en el caso "*Pasteles Envenenados*" que señaló que impedir el desarrollo del programa de televisión sobre la base hipotética que su divulgación puede afectar la honra y dignidad de una persona respecto de hechos verídicos constituiría una especie de censura previa no autorizada por la ley que afectaría otra garantía constitucional, el derecho de opinión o de información contemplada en el N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Aunque sin perjuicio que si con motivo de la edición del mismo programa las partes puedan ejercer las acciones que le corresponderían en caso que la exhibición efectivamente se incluya pasajes o circunstancias que puedan dañar la dignidad u honra de cualquier persona.

TVN termina solicitando que el rechazo del recurso, al no existir actos que vulneren los derechos alegados por el actor.

La Corte de Apelaciones de Copiapó en su razonamiento fija la materia controvertida, la que a su juicio consiste en determinar si la exhibición de la entrevista del procesado Reyes Olivares amenaza los derechos constitucionales en el artículo 19 N° 1, 4 y 24 de la Carta Fundamental y el derecho de la presunción de inocencia que le asiste al recurrente y si dicha exhibición tiene el carácter de arbitraria o ilegal.

El tribunal para tal efecto ve la cinta de video que contenía la entrevista a Reyes Olivares de la cual establece que el entrevistador procura insistentemente dirigir la entrevista a propósito de lograr una confesión de culpabilidad del procesado en los hechos investigados en la causa radicada en el Tribunal del Crimen de Chañaral.

La Corte advierte también que:

5° “... resulta evidente que el entrevistador, con reiteración, recurrió al expediente de dar a conocer al procesado pruebas inculpatorias que existirían en su contra, tales como informes de ADN, declaraciones de testigos, las que demostrarían su culpabilidad, pruebas que no constan en el proceso respectivo, determinando hasta la pena que le correspondería por los hechos investigados. Tal correlato pretendido transmitir al público no se aviene ni compadece con el mérito de los antecedentes y resta desde ya toda seriedad al trabajo periodístico”.

El tribunal estima como un hecho indubitable que la entrevista excede a un material que puede ser exhibido en un programa de televisión para todo el país, según el estado procesal de la causa seguida contra Reyes Olivares. En esta línea la Corte de Apelaciones sostiene que:

“... resultará afectado no solo el derecho del inculpado de la presunción de inocencia hasta la decisión judicial definitiva sino también el derecho de los jueces llamados a estudiar y resolver el caso, de decidir con seriedad, sin presiones de cualquier orden ajeno a lo jurisdiccional”.

Resulta novedoso que la Corte señale como derecho vulnerado la presunción de inocencia la cual no tiene reconocimiento expreso en nuestra Carta Fundamental, sino que podría inferirse de los distintos incisos que conforman N° 3 del artículo 19. Debemos agregar sin embargo, que dicho numeral no está amparado con la acción de protección, con excepción de su inciso 4° no vinculado con el derecho a la presunción de inocencia, sino al principio que asegura a todos los habitantes la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales.

También constituye de interés la invocación por parte del tribunal del derecho de los jueces a estudiar y resolver con seriedad y sin presiones de toda naturaleza. A diferencia del caso *Iturriaga Gonzalo contra Canal 13*, la Corte admite la existencia de presiones que puede experimentar el Poder Judicial con la difusión de programas periodísticos, argumento que se vincula con el verdadero conflicto que se da en este caso –libertad de información y la autoridad del Poder Judicial–, cuyo razonamiento expusimos a propósito del caso *Sunday Times*.

El tribunal desestima el argumento esgrimido por TVN, relativo a que la autorización otorgada por el procesado Luis Reyes Olivares para que se exhiba la entrevista, constituya un elemento relevante para legitimar algún derecho que puede invocar el canal público para su exhibición en el Programa *Mea Culpa*.

La Corte de Apelaciones resuelve acoger el recurso de protección deducido, determinando que:

(8°). "... que la amenaza inminente de exhibir la entrevista al procesado Luis Reyes Olivares por parte de Televisión Nacional de Chile en el Programa Mea Culpa, constituye una intimidación, ilegal, que afecta a derechos constitucionales antes señalados en perjuicio de la recurrente, grupo familiar y propio procesado y afecta además como se señaló, el derecho a la presunción de inocencia que asiste a este, puesto que incide en un proceso criminal que se encuentra en estado de sumario, no decidido por la justicia, debiendo, en consecuencia, resolverse que en el caso de autos concurren las exigencias del artículo 20 de la Constitución Política de la República para que la recurrente pueda ejercer la protección invocada".

Cabe exponer algunas observaciones a este considerando. El fallo no razona sobre los derechos constitucionales vulnerados alegados por la recurrente –derecho a la integridad psíquica, derecho a la honra y derecho de propiedad–, basando su argumentación en el derecho a la presunción de inocencia, que no está recogido como tal en nuestra Carta Fundamental. Por lo tanto nos aparece débil e inconsistente la fundamentación del fallo, pues como lo ha sostenido en forma unánime y reiterada la jurisprudencia, uno de los supuestos para que pueda prosperar el recurso de protección es la existencia de una privación, perturbación o amenaza a algunos de los derechos y libertades que asegura el artículo 19 de la Constitución.

La Corte Suprema confirma la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, compartiendo las conclusiones expuestas en el considerando 5°, al cual se le añade el siguiente:

(3°). Que, en efecto, se advierte nítidamente que el entrevistador hace un uso abusivo del derecho de informar que garantiza el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, pues vierte reiteradamente en el curso de ella, afirmaciones,

evaluaciones personales de él, de índole subjetivas y lo que es peor, hace valer supuestos antecedentes probatorios en contra del inculpado entrevistado, que no constan del proceso penal respectivo, con el propósito inequívoco de obtener una confesión de su culpabilidad, haciendo obviamente surgir en el entrevistado miedos, temores e incertidumbres respecto de su futuro procesal, con lo que también se quebranta el natural derecho de autodefensa que puede asumir todo procesado culpable o inocente. Todas esas actuaciones evidentemente se encuentran reñidas con la actividad periodística y con la libertad de información.

Es de interés señalar que la Corte Suprema junto con confirmar el fallo de la Corte de Apelaciones remite su sentencia y la pronunciada por el Tribunal de Alzada de Copiapó, acompañando el video de la entrevista del recurrente al Consejo de Ética de los Medios de Comunicaciones, al advertir una grave falta a la ética periodística, decisión que nos parece de discutible legalidad, dado que el artículo 3° del D.L. 3.621 de 1981 como ya lo expresamos le entrega a los tribunales de justicia el conocimiento de los actos desdorosos, abusivos o contrarios a la ética cometidos por un profesional en el ejercicio de su profesión¹¹⁸.

7.2.6. Cuevas Arriagada, Alejandro y otros con TVN y otros (Programa Enigma)¹¹⁹

En este caso la parte recurrente alega solo la vulneración del derecho a la honra, y no la protección a la vida privada, pero que exponemos debido a que se trata del mismo conflicto planteado en los recursos de protección analizados precedentemente. Se intenta impedir nuevamente en virtud de la dimensión cautelar de la acción constitucional, la difusión de un programa de televisión de carácter periodístico sobre un caso judicial pendiente de resolución en los tribunales de justicia. Tiene sin embargo con respecto a los casos expuestos una diferencia importante: la parte recurrente no es el inculpado, procesado o

¹¹⁸ Véase la nota al pie N° 91 de este trabajo a propósito del caso *Grabación Cámaras Ocultas al ministro Daniel Calvo*.

¹¹⁹ Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 30 de septiembre de 2003. Confirmada sin declaración por la Corte Suprema, el 27 de Octubre 2003. Sentencia obtenida de la página Web del Poder Judicial: www.tribunalesdejjusticia.cl

condenado por un delito, sino la víctima de este, más exactamente su familia.

El caso se origina por la sinopsis emitida por TVN sobre uno de los capítulos de su programa *Enigma*. El programa titulado *Fiesta Mortal*, abordaría el asesinato del abogado Patricio Torres, cuya oficina después de ultimado se intentó incendiar. Dos hermanas aparecen inculpadas por dichos delitos. La causa penal por los hechos delictivos descritos se tramitó en el 2° Juzgado del Crimen de Santiago que dictó sentencia condenatoria en contra de una de las acusadas, la que apeló dicha resolución. La segunda mujer se encontraba prófuga con orden de detención pendiente al momento de la interposición de la acción. La recurrente manifiesta que el canal no obtuvo el consentimiento de los recurrentes 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.

Otro rasgo particular del caso reside en el hecho que la única condenada en primera instancia se hace parte del recurso, solicitando su rechazo bajo el argumento que de ser acogido se estaría atentando con la libertad de emitir opinión y la de informar, lo cual la perjudicaría ya que considera que ha sido condenada injustamente en el juicio criminal seguido en su contra.

TVN evacua su informe, solicitando el rechazo del recurso fundado en el gran interés que ha despertado el caso en la opinión pública, en especial por las razonables dudas acerca de ser la condenada la única autora del crimen, dada la confesión realizada con posterioridad a la sentencia de primera instancia de su hermana, quien reconoció ser la autora material del crimen. Agrega TVN que los hechos que se difundirían en el programa eran de público conocimiento, y a la inexistencia de norma alguna que exija una autorización familiar 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*, creadora del programa *Enigma*, en su calidad también de recurrido rechaza la imputación de ilegalidad o arbitrariedad –requisito de todo recurso de protección–, sosteniendo 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 nuestro país ha suscrito como la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte de Apelaciones sostiene en su razonamiento 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 presunta pugna o colisión, las partes han sostenido que tanto uno como el otro derecho tienen mayor jerarquía o preeminencia y debe, en consecuencia predominar sobre su contrario.

El tribunal estima que para una adecuada resolución del caso debe precisar los límites y el contenido de cada uno de los derechos en presunta pugna, para luego aplicar en cada caso la solución que corresponda. De este modo expresa 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 consagrados en la Constitución Política de la República. No toma en cuenta la libertad de expresión y su correlato, 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 en una interpretación sin precedentes en nuestra práctica constitucional examina el derecho al honor y a la libertad de emitir opinión e informar a la luz del criterio de la verdad, 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 deshonor del afectado era verdadero o falso, admitiendo la excepción de verdad por parte del

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 presencié 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.

El Tribunal también intenta precisar el contenido del derecho a la intimidad, reserva o secreto, manifestando que nuestra Carta Fundamental en el artículo 19 N° 4:

6°. "... 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”.

La Corte sostiene que la parte recurrente ha invocado como fundamento de su recurso de protección solo la violación del derecho al honor, el cual en su opinión exige que se impute a una persona una falsedad que desvirtúe algún rasgo de su personalidad que ella desea conservar o resaltar. Para tal objetivo el tribunal compara la cinta –que solicitó acompañar como medida para mejor resolver–, con la verdad que emana del respectivo expediente criminal. El tribunal luego del examen concluye que la cinta *“reproduce fielmente dicha verdad procesal”*.

En conformidad al razonamiento expuesto, el tribunal concluye que:

8°. “... 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”.

La Corte rechaza el recurso de protección deducido en todas sus partes, alzando la orden de no innovar decretada.

El razonamiento del Tribunal merece algunas reflexiones. Estimamos acertado el rechazo de la Corte, y lo manifestado en la parte resolutive, en la que no advierte un conflicto entre derechos fundamentales. Tal como lo hemos sostenido en la exposición de los casos precedentes, no se puede esgrimir la lesión ni al derecho a la vida privada, ni a la honra en los casos que se investigan delitos y crímenes. El periodismo policial, de tribunales está amparado por la libertad de información consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental y específica-

mente por el artículo 30 de la Ley 19.733 que califica como hechos de interés público la comisión de delitos norma que la Corte no cita. Lo que nos merece reparos es la afirmación del tribunal que sostiene que la libertad de información se encuentra ligado al concepto de verdad, exigencia que no tiene fundamento normativo, ni en la Constitución ni en la Ley que regula el ejercicio el periodismo. Es más constituye un requisito adicional al ejercicio de la libertad de información que las empresas periodísticas difícilmente podrían cumplir dado que los errores e inexactitudes son inevitables en el ejercicio de la actividad informativa, por tanto exigir *la verdad* como propone la Corte para amparar la libertad de información, lo único que se podría proteger sería el silencio. En el derecho comparado, la exigencia de la información es la *veracidad*, entendiendo por esta, su adecuado contraste con distintas fuentes a través de una oportuna investigación y con el empleo de la diligencia que les es posible exigir a los informadores. De este modo el requisito de la veracidad no puede suponer la identificación de hechos indubitados. La información inexacta o falsa en conformidad a este razonamiento también es digna de protección si es obtenida rectamente aunque su total exactitud sea discutible o posea errores circunstanciales¹²⁰.

También nos parece desacertado que la Corte relacione la libertad de opinión con la verdad. Como el Tribunal debió haber razonado tanto las opiniones, pensamientos, ideas, juicios de valor constituyen una manifestación, la exteriorización de una subjetividad, cuya veracidad o falsedad no puede predicarse, no susceptible de prueba.

Valioso resulta por otra parte –y con lo cual coincidimos–, que respecto al ejercicio de la creación artística consagrado en el artículo 19 N° 25, no se exija la verdad, puesto que como muy

¹²⁰ Un trascendente razonamiento judicial sobre errores en el proceso informativo, lo aportó la Corte Suprema estadounidense en el famoso caso “*Sullivan vs. New York Times*”, en un juicio por difamación seguido por el comisionado de la policía del Estado de Alabama en contra de dicho periódico. Bautizada como “*la doctrina de la real malicia*” determinó que un funcionario público no puede ser indemnizado por informaciones inexactas o difamatorias relacionada con sus actividades oficiales, “*a menos que se pruebe que fue hecha con real malicia o con un temerario despreocupación acerca de su verdad o falsedad*”. Véase el análisis del caso, en Bertoni, Eduardo, *Libertad de Expresión en el Estado de Derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000 y una muy completa relación del juicio y su contexto histórico del caso, en Lewis, Anthony, “*Ninguna Ley*”, Colección Chapultepec, publicado por la Sociedad Interamericana de Prensa, Miami, 2000.

bien recuerda la Corte, el papel que juega la imaginación y la irrealidad son admitidos libremente¹²¹.

Un ultimo comentario nos merece la resolución de la Corte, que nos servirá para reiterar un argumento ya expuesto, pero que estimamos importante subrayar. La ponderación que realiza el tribunal en este caso, recae sobre la petición del recurrente que solicita la dictación de una prohibición de exhibir un reportaje televisivo, que a nuestro juicio importaría un acto de censura previa dictaminado por los tribunales de justicia. Nuestra posición es que el conflicto de derechos constitucionales relativos a la libertad de expresión en general, no debiesen resolverse con la interposición de acciones de protección, sino vía recursos de casación en contra de sentencias dictadas en procedimientos penales ordinarios, por los delitos de injurias, calumnias, o intromisiones ilegales de la vida privada, o bien del procedimiento civil de protección de la honra, vida privada y propia imagen que debiese aprobar el Congreso Nacional en un futuro próximo.

7.2.7. Rain Concha Rubén con *Diario Atacama*¹²²

El caso que exponemos a continuación tiene una significativa importancia debido a que recae en una investigación criminal realizada en el marco de la nueva reforma procesal penal y sobre las restricciones que tienen los distintos actores del nuevo proceso para difundir informaciones.

El recurso de protección lo interpone Rubén Rain, respecto del cual el Ministerio Público había formalizado investigación en su contra por el cuasidelito de homicidio y violación de una mujer, luego que un Juzgado de Menores declaró que actuó con discernimiento. Manifestó que *El Diario Atacama* de Copiapó, en

¹²¹ Conviene destacar el argumento de la Corte, ya que en la resolución del caso de la película *“La Última Tentación de Cristo”*, y recientemente el caso de la obra de teatro *“Prat”*, los tribunales analizan a la luz de Sagradas Escrituras y la Historia de Chile el guión de ambas manifestaciones artísticas. No abordamos ambos casos debido a que se fundaron en la vulneración del derecho a la honra que invoca un grupo de católicos seguidores de Cristo, y de los descendientes de Prat, respectivamente.

¹²² Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Copiapó (causa Rol N° 9.045), el 18 de diciembre de 2003. Confirmada por la Corte Suprema, con fecha 22 de enero 2004 (causa Rol N° 183-04), ambas publicadas en la *Gaceta Jurídica*, N° 283, enero año 2004, págs. 78 a 81.

su portada y en un reportaje a página completa, lo individualiza con su apodo, y narra los detalles pormenorizados de cómo habrían sucedido los hechos y de la participación de los involucrados, lo que permitió a toda la comunidad identificarlo. Señala además que el medio de comunicación en forma poco prudente, informó que él habría involucrado a otros imputados. Indica, más adelante, todas las instancias a las que acudió y cómo fue sucesivamente derivado, a saber, el Juzgado de Garantía de Copiapó, Ministerio Público, *Centro Juvenil Lucila Godoy*, Proyecto de Apoyo Jurídico a Menores Infractores de Ley, y finalmente la Defensoría Penal Pública, donde se le indicó que esa institución no tiene los medios ni facultades para proteger directamente a sus usuarios, sin perjuicio de la asesoría jurídica que podrían brindarle. Manifiesta que se siente en riesgo porque los imputados o las familias pueden tomar represalias en su contra o de su familia, encontrándose amenazada su integridad física y psíquica, derecho garantizado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución, por lo que solicita se acoja el presente recurso y, en definitiva, se ordene que el referido medio de comunicación se abstenga de publicar datos que hagan posible su individualización, sin perjuicio de las demás providencias que el Tribunal estime necesarias para asegurar su debida protección. El director del *Diario Atacama* en su informe, admite la publicación de la nota que dio origen a la acción de protección. Indica que el recurso carece de fundamentos por cuanto es imposible que la sola información en cuestión pueda ocasionar una amenaza en contra de la integridad física y psíquica del recurrente, ya que no es testigo de los hechos sino que, como lo reconoce en su acción, el Ministerio Público formalizó investigación en su contra por cuasidelito de homicidio y violación. En tales condiciones, agrega, nadie en calidad de imputado como autor, cómplice o encubridor de un delito, puede alegar que su nombre, su individualización y todos sus datos personales, no estén en conocimiento del resto de los implicados en los mismos hechos, directa o indirectamente, los cuales son los únicos que podrían sentir animosidad en contra del recurrente, sin que sea la información del *Diario Atacama* la que les ha permitido conocer su identidad.

La Corte de Apelaciones en su razonamiento señala que en conformidad a los antecedentes del caso, el recurrente era menor de edad a la fecha en que ocurrieron los hechos a que se refiere la investigación de autos, que fue declarado con discer-

nimiento en los mismos y que, por consiguiente, tiene la calidad de imputado e interviniente en la investigación penal. El tribunal señala como un punto importante a determinar si en el caso presentado a su consideración, los medios de comunicación se encuentran inhibidos de efectuar la publicación impugnada por la acción de protección deducida.

La Corte expone que el proceso en contra del recurrente se encuentra en la etapa de investigación, por lo que corresponde establecer si en el Código Procesal Penal existen disposiciones que impidan la divulgación de las noticias o publicaciones que puedan afectar al recurrente de la manera que expresa en acción. Las normas vinculadas a la materia, que en opinión de la Corte debe analizar si son aplicables al caso son dos: el artículo 92 del Código Procesal Penal, denominado *Prohibición de informar* y el artículo 182 del mismo Código, llamado *Secreto de las actuaciones de investigación*. La primera norma que dispone una prohibición de informar, a juicio de la Corte se aplica exclusivamente a los funcionarios policiales en su relación con los medios de comunicación social, por lo que en consecuencia –afirma–, no es aplicable al caso, dado que no se ha demostrado que la publicación aparecida en la prensa haya tenido su origen en una información emanada de los funcionarios policiales. La segunda norma citada por la Corte dispone que las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento. El tribunal interpreta que el ámbito de aplicación del precepto se encuentra limitado a las actuaciones de investigación que puedan realizar el Ministerio Público y la policía en su relación con terceros ajenos al procedimiento y en estos últimos no cabe considerar a los medios de comunicación y a la prensa en particular, toda vez que la labor que les compete queda al margen del secreto ya referido. Recalcando su opinión, la Corte expresa que en el término *terceros ajenos al procedimiento* no puede incluirse a los profesionales de los medios de comunicación que ejercen una actividad consagrada constitucionalmente:

(8°) “... como es la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, indicada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, disposición constitucional que es ratificada por el artículo 1° de la Ley N° 19.628, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, publicada en el Diario

Oficial el 29 de agosto de 1999, quedando en todo caso a resguardo las posibles infracciones, delitos y responsabilidad en que pueden incurrir los medios de comunicación, de acuerdo a la normativa que se indica en el título V de la mencionada ley”¹²³.

Respecto a esta última ley¹²⁴ la Corte expresa que la única limitación está contenida en su artículo 33, que prohíbe la divulgación por cualquier medio de comunicación social, la identidad de menores de edad que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, el cual no le es aplicable el artículo 33 al recurrente, por carecer de la calidad de menor de edad al momento de la publicación del artículo que impugna.

En la parte resolutive del fallo, la Corte expresa:

(10°) Que, por consiguiente, no existiendo prohibición expresa en torno a la labor legítima que le compete a los medios de comunicación, la publicación imputada a la recurrida no incurre en la amenaza de la garantía constitucional invocada por el recurrente, esto es, el derecho a la vida y a la protección física y psíquica del mismo.

(11°) Que, a mayor abundamiento, tampoco consta de los antecedentes allegados al presente recurso de protección que la publicación objeto del mismo haya causado alguna amenaza a la integridad física o psíquica del recurrente, toda vez que al revestir la calidad de imputado en un proceso penal, se encuentra en las mismas condiciones que el resto de los intervinientes y si en los hechos invoca alguna diferenciación con relación a tales personas, el camino lógico a seguir en cuanto a las posibles amenazas a su seguridad, debe plantearlo ante los organismos pertinentes, esto es, la Defensoría Penal Pública o la Unidad de Víctimas y Testigos del Ministerio Público, y sin perjuicio de las demás acciones que eventualmente podría ejercer en sede correspondiente.

¹²³ La cita a la Ley N° 19.628 que efectúa la Corte de Apelaciones es errada, pues por los artículos la sentencia alude pertenecen a la Ley 19.733 sobre libertades de Opinión e Información y ejercicio del periodismo, publicada en el *Diario Oficial* el 4 de junio 2001. La Ley N° 19.628 es la doblemente titulada “*Sobre la Vida Privada*” y sobre la “*Protección de Datos de Carácter Personal*”, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 28 de agosto de 1999.

¹²⁴ Ver nota anterior.

En conformidad al razonamiento expuesto, la Corte de Apelaciones de Copiapó rechaza el recurso de protección interpuesto por Rubén Rain en contra del *Diario Atacama*, fallo que debería adquirir relevancia en las futuras acciones dirigidas en contra de las instituciones intervinientes en el nuevo proceso penal y los derechos afectados por las informaciones que de él emanen.

8. Derecho a la protección de la vida privada y datos personales

8.1. Antecedentes

Este trabajo como fue expuesto en la introducción tiene como objetivo primordial sistematizar los pronunciamientos más relevantes relativos al derecho a la vida privada. Dentro de este amplio campo, destaca una dimensión específica referida a la protección de datos personales, estrechamente vinculado a la protección y tutela de la vida privada. El extraordinario desarrollo de las nuevas tecnologías, en especial de la informática y las telecomunicaciones han originado ciertas externalidades negativas sobre los derechos fundamentales, en especial el derecho a la vida privada y la honra de las personas. A partir de la creación de los primeros computadores en la década del 50, la industria informática ha ido expandiendo sus capacidades para recolectar, almacenar, tratar, comunicar y difundir de datos personales asociados a personas determinadas y que informan sobre un vasto conjunto de informaciones de todo tipo, a saber, antecedentes laborales, familiares, opciones religiosas, políticas, ideológicas, sexuales, salud, de consumo, etc. El ciudadano de la sociedad contemporánea ha sido caracterizado como un hombre de cristal, es decir, un sujeto que observable por todos, imposibilitado de resguardar algún ámbito de su vida frente a la mirada inquisitiva de instituciones públicas y privadas que detentan el denominado poder informático. El derecho fundamental sobre el cual se ha construido la defensa de la persona, ha sido ciertamente el derecho a la vida privada y también el derecho a la honra. Hoy en día son escasas las actividades humanas que no dejen una huella, un antecedente susceptible de ser registrado. El derecho frente a dichas consecuencias ha reaccionado, creando algunas respuestas, entre las que destaca las leyes protectoras de datos personales. Dichas leyes –generales o sectoriales, reguladoras del tratamiento de datos que efectúe el

Estado o las empresas privadas—, consagran principios, confieren derechos a los titulares de datos y un conjunto de obligaciones y prohibiciones para las personas dedicadas a los tratamientos de datos personales. Dichas normas también suelen crear órganos administrativos de control, encargados de fiscalizar el cumplimiento de las normas, acoger los reclamos de los ciudadanos y aplicar sanciones en caso de trasgresión.

Chile fue el primer país en América Latina en dictar una ley de protección de datos personales, aunque el texto aprobado dista de ser satisfactorio¹²⁵. Nuestra sociedad todavía no parece otorgarle una importancia significativa al resguardo de su intimidad y datos personales. Un ejemplo representativo de esta afirmación fue el censo de población realizado en abril de 2002 que incluyó numerosas preguntas vinculadas a aspectos de la vida privada, por ejemplo, intervenciones médicas, opciones religiosas, origen étnico, entre otras, frente a las cuales no hubo el más mínimo cuestionamiento o discusión pública sobre su formulación. La más famosa y ya clásica sentencia en materia de protección de datos se origina precisamente con la dictación de una ley a comienzos de la década de los 80 en la entonces Alemania Federal que ordenaba la celebración de un censo con muchas preguntas objetables. La Corte Constitucional de dicho país declaró parcialmente nula la parte del cuestionario que sobrepasaba la razonable capacidad del Estado para recabar informaciones necesarias para la adopción de decisiones públi-

¹²⁵ Jijena Leiva ha sido el principal crítico —con razón—, de la Ley 19.628, el cual ha afirmado “... que la protección legal de datos personales constituye un tópico jurídico con bastante perspectiva en países extranjeros, pero que en nuestro país constituye una realidad desconocida y poco estudiada”. Los principales reproches que le formula a la Ley 19.628 son: la inexistencia de un registro de responsables privados de bases de datos y de un órgano fiscalizador idóneo; haber establecido como regla general que la información es pública y que no requiere autorización de sus titulares para procesarse; no haber prohibido la transferencia internacional de datos personales y el no haber exigido autorización previa para un cúmulo enorme de actividades relacionadas con los datos personales, como el marketing directo. Categóricamente afirma que: “La ley chilena sobre protección de datos personales fue redactada a instancias de la asesoría de los grupos y empresas interesadas en asegurar el lucrativo negocio que constituye el procesamiento de datos personales, lo que se sumó al desconocimiento inexcusable de los parlamentarios, que siguen jactándose de su autoría con fines de marketing”. Las empresas que alude son: Dicom S.A., la Asociación de Marketing Directo, la Cámara de Comercio de Santiago y la Cámara Nacional de Comercio de Chile. Por último, sugiere la reestructuración de la Ley N° 19.628 para que en definitiva sea reemplazada “... por una verdadera ley de protección de datos”. Jijena Leiva, Renato, “Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho, Análisis de la Ley N° 19.799”, Editorial Jurídica de Chile, 2002, págs. 76 y sgtes.

cas, en especial las que revelaban aspectos estrechamente vinculados a la intimidad de los ciudadanos alemanes. A partir de dicha sentencia se construye el llamado derecho a la autodeterminación informativa, por el cual se le reconoce a todo ciudadano, la facultad de controlar todos los datos que incidan sobre su persona.

En nuestro país el problema de los datos personales se ha centrado casi exclusivamente en los de carácter económico, bancario, comercial y financiero. El origen del problema surge con la transformación experimentada por la economía chilena en las últimas dos décadas que impulsó una creciente oferta de créditos de consumos por bancos y entidades financieras a vastos sectores de la población, los cuales como nunca antes acceden al mercado crediticio. Las consecuencias de la denominada "*democratización del crédito*", sin la adecuada educación a la ciudadanía acarrearón un nivel de endeudamiento por sobre sus capacidades de pago. La apertura significó la promoción de enormes ofertas crediticias, con las mínimas evaluaciones de solvencia de las personas, con bajísimas exigencias, tales como acreditar una renta mínima y de alguna antigüedad mínima en el trabajo que no solía superar los dos años.

Paralelamente a este importante acceso al crédito, en los primeros años de la década de los años 80 comienza el desarrollo de grandes tiendas comerciales denominadas en Chile multi-tiendas de amplias superficies, y dedicados a una amplia y diversa oferta de bienes y productos. Este comercio empieza a otorgar amplias facilidades de financiamiento para lo cual comienzan a otorgar líneas de crédito, y opciones para adquirir productos en cuotas mensuales con plazos de años para su pago, de hasta 2 años. Las tarjetas de créditos del sector comercio pasó de 1.350.000 el año 1993, a 7.049.424 el año 2000¹²⁶.

Los problemas que empezaba a generar el alto endeudamiento no tuvo la gravedad que eso significaba para la marcha general de la economía, que desde mediados de la década de los años 80 tuvo un sostenido crecimiento, en algunos años, este alcanzó su máximo de 10% en 1997. El sobreendeudamiento definido como la contratación de créditos por sobre los in-

¹²⁶ Informe Desarrollo Humano en Chile 2002. "*Nosotros los chilenos: un desafío cultural*", elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), fuente Cámara de Comercio de Santiago, pág. 99. varios autores, Santiago, Chile, 2002.

gresos del hogar destinados al pago de la deuda, empezó paulatinamente a sobrepasar la capacidad de pago sobre las deudas contraídas, incrementando la morosidad de las obligaciones financieras, ya que en el año 1995 la clase media poseía deudas que superaban tres veces sus ingresos, de modo que para solucionar sus deudas ocuparían los próximos 16 a 28 meses. Este mismo grupo etario destinaba en promedio el 39% de sus ingresos al pago por créditos de consumo.

Las consecuencias de este alto endeudamiento significaron que un porcentaje importante de la población, por no cumplir oportunamente sus compromisos, ingresara al Boletín de Información Comercial que administra la Cámara de Comercio de Santiago y cuyas nóminas de protestos ingresan a la empresa más importante de información económica de las personas llamada DICOM. Al mes de mayo del año 2002, existían 1.700.000 personas ingresados en esta empresa, de las cuales 1.100.000 cancelaron sus deudas, 400.000 mil no han solucionado sus compromisos financieros correspondiendo el saldo de 200.000 mil deudores cuyo ingreso al sistema de información comercial, se originan de incumplimientos contractuales.

Este contexto explica el número de iniciativas legales relativas a la información comercial y su comunicabilidad, puesto que aunque la Ley 19.628 dictada en 1999, incluyó en su Título III tres artículos dedicados al tratamiento de datos de carácter económico, financiero, bancario o comercial no significó una solución alguna del problema.

Por otra parte, los sistemas de información comercial empezaron a ingresar un conjunto nuevo de datos que no autorizaba el artículo 17 de la ley de protección de datos de carácter personal, como eran las cuentas impagas originadas en las empresas de servicios domiciliarias, como la electricidad, gas, agua potable, e incluso televisión por cable. También se incorporan los créditos impagos otorgados por las universidades públicas a alumnos de escasos recursos para financiar sus estudios, también los morosos de créditos otorgados por el Estado a través de entes públicos, y los concedidos por instituciones como el Instituto de Desarrollo Agrícola (INDAP), la Corporación de Fomento (CORFO), el Servicio de Vivienda y Urbanismo (SERVIU), la Empresa Nacional de Minería (ENAMI) y el Banco del Estado.

Otra consecuencia que origina la información comercial fue una práctica que empezó a desarrollarse en el mercado del tra-

bajo. Los empleadores durante la década de los años 90 paulatinamente comenzaron a exigir a los trabajadores postulantes a labores y oficios ofertados, sus informes comerciales, rechazándose a aquellos que tuviesen antecedentes negativos. Esta exigencia empezó a crear un verdadero círculo vicioso, pues dado el alto nivel de endeudamiento, ninguna cultura de ahorro, las personas al caer en insolvencia, y no poder hacer frente a sus compromisos al perder su fuente laboral, la posibilidad de reincorporarse al trabajo y terminar con su exclusión social y económica disminuía ostensiblemente. Uno de los objetivos de todos los proyectos de ley relativos a la información comercial es terminar con esta situación.

Estas han sido sucintamente las causas de la atención que ha recibido el tratamiento de datos de carácter económico negativos en los boletines comerciales y en las empresas dedicadas a informar sobre la solvencia de las personas, las cuales antes de la Ley N° 19.628, se regían solamente por el D.S. 950 dictado en 1928. La ley apenas puso algunos límites al giro de dichas empresas, como el plazo máximo que podían informar las obligaciones impagas de los ciudadanos, por lo cual siguieron funcionando.

El recurso de protección ha sido el único instrumento utilizado por los ciudadanos para impugnar impagos inexistentes o bien fuera del plazo máximo que autorizaba el D.S. 950 y posteriormente la Ley 19.628 modificada por la Ley 19.812 en 2002.

A continuación expondremos una muestra representativa de las líneas jurisprudenciales más relevantes vinculadas a los datos de carácter económico negativos, como también de las pocas acciones de protección dirigidas al tratamiento efectuado por instituciones públicas.

8.2. Tratamiento de datos económicos y empresas dedicadas a la prestación de servicios e información sobre solvencia patrimonial

Hemos manifestado que en nuestro país los problemas de las nuevas tecnologías se han centrado en Chile casi exclusivamente en los datos personales negativos recolectados por empresas dedicadas a la publicación de informes sobre la solvencia económica de las personas.

Las consecuencias de tan numeroso grupo de personas incluidas en dichas bases de datos es el elemento determinante para la dictación de la Ley N° 19.628 en 1999, la cual tiene una

característica muy particular al poseer un doble título: *“Ley sobre protección de la vida privada”* y *“Protección de datos de carácter personal”*, pero que no tutela ni la vida privada en general, ni tampoco se ha demostrado eficaz para proteger los datos personales de las personas. La ley por otra parte no señala cuál es el objeto, los bienes jurídicos o intereses que ampara, no aporta pautas, ni criterios orientadores para la interpretación judicial¹²⁷. Como examinaremos más adelante no ha resultado extraño que algunas sentencias hayan declarado que el bien jurídico tutelado por la Ley N° 19.628 sea el derecho a la honra, lo cual no posee ningún respaldo en dicho cuerpo normativo.

La ausencia de un mecanismo eficaz para corregir los abusos y errores cometidos por las empresas dedicadas a informar sobre antecedentes negativos de las personas, origina a partir del año 1981 la interposición creciente de recursos de protección. Este mecanismo de tutela ha continuado utilizándose no obstante la entrada en vigencia de la Ley N° 19.628 de los datos personales debido al inadecuado marco jurídico que dispuso. El recurso de protección en consecuencia ha subsistido como el medio más eficaz para eliminar las inclusiones indebidas en bases de datos.

Los derechos invocados para fundamentar la acción constitucional han sido preferentemente el derecho a la honra y a la vida privada consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política. Los recurrentes de protección y la práctica jurisprudencial de nuestros tribunales sin embargo no ha distinguido adecuadamente de qué modo la incorporación de protestos y deudas informadas por las empresas dedicadas a informar sobre la situación patrimonial negativa de las personas ha significado una vulneración a uno u otro derecho. Otro derecho que se ha invocado para recurrir de protección es el consagrado en el artículo 19 N° 21, por el cual se asegura a toda persona el *“derecho a desarrollar cualquier actividad económica”*. La afectación a este derecho se produciría al constituir un obstáculo para el acceso al

¹²⁷ La historia fidedigna de la Ley N° 19.628 da cuenta que nuestro legislador tuvo presente la Ley Orgánica 5/92 de protección de datos española, LORTAD, cuyo artículo 1° Objeto, dispuso: *“La presente Ley Orgánica en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos”*. Dicha ley fue derogada por la Ley Orgánica 15/1999, LOPD.

crédito, y con ello la actividad comercial o económica del incorporado indebidamente a bases de datos de empresas dedicadas a informar sobre la solvencia económica de las personas.

Expondremos a continuación solo un conjunto representativo de casos, dado que han sido cientos las acciones de protección presentados en los tribunales de justicia, en su abrumadora mayoría como expresamos sobre datos de carácter económico negativo. Existe sin embargo un interesante caso que expondremos al final sobre datos personales vinculado a la vida privada que se aparta de la tendencia predominante vinculados a acciones de protección fundados por la afectación del derecho a la honra originado en un tratamientos indebido de datos comerciales negativos .

Uno de los primeros casos en resueltos por los tribunales de justicia constituye un representativo ejemplo de los abusos que cometen las empresas dedicadas al giro de la información comercial en contra de las personas.

8.2.1. El caso se caratuló "*Pérez Soto Juan con Boletín de Informaciones Comerciales*"¹²⁸ (Cámara de Comercio de Santiago), siendo los hechos brevemente expuestos los siguientes

El recurrente solicita un crédito a una institución bancaria, el cual es denegado debido a que en el Boletín de Informaciones Comerciales aparecía una persona homónima adeudando cinco letras de cambio las cuales se encontraban protestadas. El boletín de la Cámara de Comercio le exigió los siguientes documentos, para proceder a aclarar que no era él el deudor moroso:

- a. Un certificado firmado ante Notario en el que se señalara que él no era el "*Juan Pérez Soto*" que adeudaba los documentos protestados.
- b. Un certificado firmado por el verdadero "*Juan Pérez Soto*" en el que señalara que era él, y no el recurrente quien había aceptado las letras protestadas.
- c. Otros documentos que probasen que el aceptante de las letras y el recurrente eran personas distintas.

¹²⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago dictada el 21 de octubre de 1981, confirmada por la Corte Suprema el día 11 de noviembre de 1981. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. LXXVIII, núm. 3, sección 5ª, págs. 296 a 300.

Junto con los documentos descritos precedentemente, el recurrente debía cancelar en el Boletín una suma de dinero para que se rectificara o aclarara el alcance de nombre de acuerdo a una tarifa proporcional al monto de las letras de cambio.

El recurrente intenta sin éxito ubicar al verdadero deudor, presentando una solicitud en el Boletín, donde describe sus búsquedas acompañando un certificado de la empresa donde trabajaba hace dieciséis años y un certificado de residencia emitido por la policía, presentación que es rechazada por el Boletín por no acompañar los certificados del librador y del girador de la letra de cambio.

La acción constitucional deducida invoca como derechos conculcados por el Boletín Comercial, el artículo 19 N° 4 de la Constitución –el derecho a la vida privada, a la honra personal como individuo cumplidor de sus obligaciones y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, N° 21 del artículo citado–, dado el crédito que puede otorgarle un banco o comerciante, los cuales se originan de la negativa del Boletín para acceder a aclarar un simple alcance de nombre. Finaliza la presentación solicitando que el Tribunal disponga la aclaración gratuita en la próxima publicación del Boletín.

El informe que a solicitud de la Corte de Apelaciones evacua el Boletín, deslinda su responsabilidad, y la atribuye que el problema nace del hecho que los documentos protestados no incluían el número de RUT dado que de lo contrario hubiese procedido sin demora y sin costo para el recurrente a realizar la aclaración de los documentos.

La Corte de Apelaciones, determina antes de resolver, oficiar al Registro Civil para que suministrara fotocopias de todas las personas que llevasen los nombres de "*Juan Pérez Soto*", incluyendo sus firmas, organismo que remite la nómina de 33 personas con dichos nombres y apellidos.

En la parte considerativa del fallo, la Corte señala que las deudas que motivaron la presentación proviene solo de uno de los "*Juan Pérez Soto*", el que no corresponde al recurrente de autos, dado que el cotejo de las firmas efectuados y otros antecedentes que arrojan las fichas remitidas por el Registro Civil entre las cuales se encuentra el domicilio.

La Corte en la parte resolutive de la sentencia, señala que la negativa del Director del Boletín a recibir la solicitud de aclaración del interesado, "*lesiona sus derechos como quiera que*

su crédito u su honorabilidad se resienten en el consenso público"¹²⁹. La Corte en este sentido señala que el Boletín debió tomar precauciones para evitar el daño que pueda producirse a personas que no han incurrido en deudas morosas, insertando junto al nombre de la persona, otros datos que permitan identificarla, no siendo justo que no efectuó la aclaración del caso, siendo de toda evidencia a su juicio que un solo Juan Pérez Soto es el deudor, pero que hay otros treinta y dos Juan Pérez Soto que han sido perjudicados por la imperfección del sistema.

Por los argumentos expuestos precedentemente, la Corte acoge el recurso, dado que la resolución consignada lesiona un derecho que la Constitución garantiza en el artículo 19 N° 4 y 21.

La sentencia tuvo un voto disidente, que estuvo por no acoger la acción debido a que no existió la certeza que el recurrente y el aceptante de las letras de cambio sean personas diferentes, con lo cual los funcionarios del Boletín Comercial obraron en cumplimiento del Decreto Supremo N° 950 y sus modificaciones posteriores.

8.2.2. Otro caso resuelto a favor del recurrente, motivado por la insuficiencia de información respecto a la inclusión como deudor al recurrente respecto del verdadero deudor conoció la Corte de Apelaciones de Concepción, cuya sentencia fue confirmada por la Corte Suprema. La causa se caratuló "*Barra Núñez, Juan Alberto con Informes Dicom S.A.*"¹³⁰ y se originó por la inclusión del recurrente como deudor moroso de letras de cambio en las bases de datos de la parte recurrida. El afectado nunca suscribió los documentos, y el error provino por la coincidencia del nombre y apellidos del verdadero deudor, según lo pudo establecer la Corte de Apelaciones en primera instancia. En la parte medular de la sentencia, la Corte señala el hecho incuestionable del acto arbitrario de la recurrida vulnera la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, "*puesto que al hacer aparecer al recurrente como una persona que no cumple sus obligaciones comerciales afecta la honra de*

¹²⁹ Ob. cit. págs. 298 y 299. Considerando 4°.

¹³⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción dictada el 7 de marzo de 1988, confirmada con declaración por la Corte Suprema el día 22 de marzo de 1988. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. LXXXV, núm. 1, sección 5ª, págs. 65 a 67.

este, e incluso, como consecuencia de ello, el normal desenvolvimiento de sus actividades económicas"¹³¹.

Una causa de similares características fue el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado por la Corte Suprema, que se origina por la inclusión errónea del RUT de la recurrente que la hacía aparecer como deudora de veintiocho letras de cambio protestadas. La causa se caratuló "*Aburto Castro, Emilia contra Banco del Estado, Cámara de Comercio y Centro de Documentación e Informes Comerciales Dicom S.A.*"¹³², y en la parte resolutive de la sentencia que acoge la acción constitucional, se consigna que la inclusión como debiendo deudas que no son suyas, y por ende como incumplidora de las mismas vulnera la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, afectando su honra.

Por último, expondremos otro caso originado por un error, también de la empresa Dicom, que incluyó en el listado de morosos a una persona por la anotación equivocada del último número de RUT que incurrió un Notario Público, error que comunica a la empresa y que afecta a una persona totalmente ajena al incumplimiento de una obligación comercial. La causa caratulada "*Jiménez Fuentes, Carlos con Notario Público de Concepción y Dicom*"¹³³, se resuelve favorablemente en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Concepción, al razonar que dado el carácter inexistente de la deuda morosa la vida privada del recurrente se violenta por el hecho arbitrario del Notario Público al enviar dentro de la nómina de las letras protestadas consignando erróneamente el RUT del recurrente, que es incluido posteriormente en la base de datos de DICOM, por lo cual ordena a esta empresa consignar en sus registros computacionales que la inclusión del actor se ha debido a un error del recurrente y no a una morosidad.

La Corte Suprema confirma la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones, aunque rechaza el recurso respecto del Notario, lo cual es criticable toda vez que el error se debió a un

¹³¹ Ob. cit. pág. 67.

¹³² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción dictada el 12 de noviembre de 1993, confirmada con declaración de la Corte Suprema el día 13 de diciembre de 1993, *Revista Fallos del mes* N° 421, págs. 1075 a 1079.

¹³³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción dictada el 9 de julio de 1998, confirmada por la Corte Suprema el día 27 de agosto de 1998. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. XLV, núm. 3, sección 5ª, págs. 190 a 195.

hecho imputable a él. Diferente es a su juicio la actuación de Dicom, que en su opinión debió antes de comercializar la información de su base de datos advertir la inconsistencia entre el nombre del aceptante de la letra protestada y el RUT del mismo, para evitar que se susciten hechos como los que da cuenta el recurso. La actuación de Dicom es calificada como arbitraria y menoscaba la garantía constitucional del artículo 19 N° 4 de la Constitución al incorporar como deudor al recurrente, sin serlo, comercializando con posterioridad dicha información, la que de por sí coarta y menoscaba la credibilidad comercial del actor.

8.2.3. También los tribunales superiores de Justicia de nuestro país se han pronunciado en casos, en los cuales el recurrente es una persona jurídica, como lo es una sociedad comercial. La causa caratulada "*Sociedad Comercial Euclides y Cía. Ltda. con Boletín de Informaciones Comerciales*"¹³⁴, se vincula con la obligación que tiene la Cámara de Comercio de Santiago, agrupación gremial que administra el Boletín, en anotar en cumplimiento del D.S. N° 950 en la sección "*aclaraciones*", las explicaciones que las personas afectadas puedan exponer derivados de la publicación de los datos que efectúa. La persona jurídica recurrente que aparece como deudora de letras de cambio, señala en su presentación que no fueron aceptadas por los representantes legales de la sociedad comercial. Los derechos que se estiman lesionados son el artículo 4 y 21 al igual que el primer caso analizado, y al comportamiento ilegal de la Cámara que no admite como prueba suficiente para insertar la aclaración de los recurrentes, las certificaciones emitidas por el 2° Juzgado de Crimen que había dictaminado en un peritaje caligráfico que las firmas de aceptación de las letras no correspondían a las firmas de los representantes de la sociedad, proceso incoado por los recurrentes.

La Corte de Apelaciones de Santiago en primera instancia, había rechazado la acción intentada, resolución que revoca la Corte Suprema que ordena la inserción en la sección "*aclaraciones*" del Boletín Comercial, sin pronunciarse sobre los derechos

¹³⁴ Sentencia de la Corte Suprema dictada el 19 de abril de 1989, que revoca la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago de 23 de marzo de 1989. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LXXXVI, 2ª parte, sección 5ª, págs. 15 a 17.

conculcados por la actuación ilegal de la Cámara de Comercio, ni sobre la condición de persona jurídica de los recurrentes.

8.2.4. Distinta solución tuvo el caso caratulado "*Imprenta As de Trébol Ltda. con Dicom*"¹³⁵, que también involucró a una persona jurídica, la cual recurre de protección debido a que figuraba con documentos protestados que habían sido cancelados por la parte demandante, lo cual a su juicio afectaba el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra. La sentencia de primera instancia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción, acoge en fallo dividido el recurso deducido por la sociedad, aunque señala que la inclusión de antecedentes financieros desfavorables no afecta la vida privada, pública y la honra de la entidad, dada su calidad de persona jurídica, aunque la existencia de dichos antecedentes implica la perturbación al derecho que tiene todo individuo de desarrollar cualquier actividad económica que garantiza el artículo 19 N° 21 de la Constitución, dado que tendrá menos oportunidad de acceder a una actividad comercial o económica. Es interesante el razonamiento de la Corte, dado que rechaza el derecho invocado por la parte recurrente, pero acoge el recurso fundado en otro derecho garantizado por la Constitución Política. Sin embargo, dicho razonamiento no es admitido por la Corte Suprema que revoca la sentencia, con el argumento que los hechos invocados por el demandante no pudieron privarlo, perturbarlo o amenazarlo en el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 19 N° 4, dada la calidad de persona jurídica del recurrente.

Las acciones de protección fundadas en el tratamiento indebido de datos son por su número difícil de cuantificar. No obstante lo anterior, intentaremos exponer algunas de las líneas jurisprudenciales que han adquirido cierta consolidación.

En primer lugar podemos afirmar que los afectados por el tratamiento de datos no han impugnado la legalidad del negocio de las empresas dedicadas a suministrar informaciones de carácter económico –y los tribunales tampoco lo han hecho–, no obstante el débil respaldo normativo que la sustenta. La Ley N° 19.628 le otorgó el reconocimiento legal, puesto que antes del año 1999 solo estuvo regulado por el D.S. 950 de 1928. Dicha

¹³⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua dictada el 26 de mayo de 1994, revocada por la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 23 de junio de 1994. Revista *Gaceta Jurídica*, N° 168, año 1994, págs. 54 a 57.

actividad como han sostenido empresas tales como Dicom y la Cámara de Comercio de Santiago se encuentra amparada por la libertad de desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la ley y al orden público, libertad que está reconocida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política del Estado. Un argumento alegado reiteradamente por Dicom frente a acciones de protección en su contra es señalar que su giro consiste en prestar servicios de información mercantil, financiera, tributaria, laboral, jurídica y previsional por vía computacional, tanto al sector público como privado, operando bases de datos provenientes de fuentes abiertas, de carácter público y accesibles al público, como el *Diario Oficial*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Boletín de Informaciones Comerciales de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., Boletín de Infractores a la Legislación Laboral y Previsional de la Dirección del Trabajo, y periódicos en general de modo que la información que suministra es de índole mercantil sobre morosidad y nunca de carácter personal, íntimo o sensible, sino de relevancia social o supraindividual que contribuye al desarrollo de las actividades económicas al poner a disposición de cualquier agente económico del país un servicio que sistematiza, ordena e integra los datos mercantiles y financieros disminuyendo los riesgos de tales actividades y facilita una transparencia e igualdad en las relaciones comerciales.

La segunda tendencia se vincula estrechamente al carácter cautelar de la acción de protección, la cual como se suelen resolver con el solo mérito del recurso y del informe del recurrido. Por esta razón los tribunales de justicia suelen rechazar *prima facie* aquellos recursos que impugnen inclusiones en bases de datos o su publicación en caso de carecer de fundamentos indubitados o fehacientes contenidos en la misma presentación. De este modo suelen acogerse acciones en caso de anotaciones que informan deudas impagas por error en la identidad del recurrente, también por deudas nunca contraídas. También se han acogido acciones de protección que impugnan anotaciones comerciales negativas por incumplimientos comerciales respaldados por documentos emanados de una de las partes como las facturas. Por último, se encuentran las impugnaciones por la inclusión en bases de datos de anotaciones comerciales negativas que excedan los plazos máximos que establece la ley, sea que se hayan cancelado aclarados o que sigan impagos.

En tercer lugar, los recurrentes de protección suelen alegar que el tratamiento indebido de datos de carácter patrimonial

vulnera tanto la honra como su vida privada, aunque respecto de este último derecho suelen solo invocarlo. Los tribunales de justicia en caso de acoger la acción de protección mayoritariamente fundan sus sentencias en la vulneración al derecho a la honra que en la vida privada.

Un caso muy excepcional y que dicha razón merece ser expuesto se construye en torno al derecho a la vida privada.

8.2.5. El caso se caratuló *Serón Barrientos, María Ester contra Dicom*¹³⁶, causa que se origina por la inclusión en el registro de morosidad de Dicom de una supuesta deuda impaga del recurrente que envía una empresa a la cual también se le dirige la acción de protección. Dicha empresa solicita la anotación de incumplimiento a Dicom con el solo respaldo de una fotocopia de una letra de cambio presumiblemente aceptada por el recurrente. La actora alega una vulneración a su derecho a la honra, manifestando que la acción de los recurridos le causa un perjuicio irreparable dado que aparece en todo el sistema comercial y financiero como una persona indigna de todo crédito, lo cual es un verdadero estigma en nuestra sociedad. La empresa recurrida que solicitó la inclusión de la deuda, en su informe a la Corte admitió el envío de la fotocopia, pero aduce la condición de deudor del sistema financiero del recurrente, aparte de la que mantenía con ella. Dicom solicita el rechazo del recurso en su informe manifestando que la Carta Fundamental no ampara hechos de la vida privada comercial que de no conocerse pueden afectar a terceros. La Constitución en su concepto lo que protege es el respeto y protección celosa de los hechos íntimos de la vida privada cuya difusión puede causar grave desdoro y dolor moral y cuyo conocimiento no produce beneficios ni ventajas a los demás.

En cuanto al razonamiento de la Corte relativo a la vida privada, esta sostuvo que:

¹³⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt pronunciada el 18 de marzo 1997, confirmada por la Corte Suprema el 16 de junio del mismo año. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. XCIV, año 1997, sección 5ª, pág. 193. También acogida y fundada en la vulneración a la vida privada después de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.628: *Fernández Andrade, Faride contra Dicom*, Rol N° 3822/2002, Corte Suprema. Considerando 2º.- “Que de lo expuesto aparece que el recurrido ha vulnerado con su actuar, el respeto a la vida privada y pública, garantía establecida en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de La República”.

(4°). *“Todos los ciudadanos tienen derecho a que se les respete su vida privada, por lo que debe distinguirse entre la esfera íntima que solo corresponde a cada persona en particular y no que está dispuesto a compartir con nadie, y la vida privada que sí puede compartirse con determinadas personas...”*

En el Considerando 8°, amplía su interpretación señalando que:

(8°) *“...no es preciso que una conculcación consume un acto de privación efectiva, sino también su defensa importa una eventual amenaza o privación y la actuación de Dicom, en el hecho resulta una amenaza seria a la intimidad y a la vida privada desde que ha procedido en la especie a señalar a la recurrente como deudora de una obligación que finalmente (...) resultó inefectiva por carecer del original del documento fundante”.*

Desestima el argumento de la empresa que señaló el carácter de deudor habitual del sistema financiero del recurrente, en razón que

(9°) *“... la honra, el honor y por cierto la vida privada son bienes jurídicos que en esta causa no resulta útil discriminarlos, por cuanto no procede emplear aun veladamente la exceptio veritatis para fundamentar un eventual atentado a una garantía constitucional”.*

El Tribunal de Alzada de Puerto Montt sostuvo que el caso daba cuenta de una colisión entre dos derechos constitucionales:

(10°) *“... a saber, el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica como lo expresa el numerando 21 del artículo 19 de la Carta Política, que asiste a Dicom S.A., y el derecho, ya señalado de la recurrente a su intimidad como se lee en el número cuatro del ya citado artículo 19 de la Constitución Política de la República”.*

Añade la Corte que:

(11°) *“...el derecho es una conquista de la humanidad que garantiza antes que todo libertad, y ello es reconocido por la Carta Fundamental, de modo que una actuación como la de Dicom,*

que constriñe la libertad de la recurrente a ser considerada apta y 'viable' en la vida de relación, resulta ilegal, desde que sobre la base de un contrato con un tercero, termina por afectar los derechos de una persona que no ha sido parte en dicho contrato, y aun en contra de su voluntad".

También en su sentencia, la Corte le reprocha a Dicom su actuar negligente, lo cual constituye un interesante fundamento, expresando que de acuerdo:

(12°). *"... a lo que dispone el artículo 44 del Código Civil la recurrida Dicom S.A. ha incurrido además en culpa desde que no ha verificado a cabalidad los datos que a la sazón su contratante le envió poniendo a un tercero como la reclamante en una situación desdolorosa de modo de violar su derecho a la intimidad, sin perjuicio que haya estimado, como lo sostiene, que ha realizado una actuación lícita, cuestión que atendido el mérito de autos no procede entrar a examinar en esta causa".*

La Corte de Apelaciones acoge la acción de protección planteada, calificando la conducta de la empresa de ilegal, arbitraria y abusiva al requerir una publicación respaldado en un documento ineficaz por carecer de original. Por tal razón le ordena perentoriamente abstenerse de enviar en el futuro facturas o documentos de cualquier índole a Dicom S.A. que no se sustenten en antecedentes fidedignos de la recurrente. La Corte dispone por último que Dicom elimine de sus nóminas a la recurrente derivado de las actuaciones contractuales que esta tuvo con el recurrente.

8.2.6. Jurisprudencia en materia de protección de datos de carácter económico, después de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.628 de 1999¹³⁷

Las acciones de protección expuestas precedentemente se interpusieron antes de la dictación de la Ley 19.628 la cual le dedica un título al tratamiento de los datos de carácter económico. Examinaremos por tanto, la interpretación que han realizado los tribunales de justicia, luego de la entrada en vigencia de dicha

¹³⁷ Modificada por la Ley N° 19.812 el año 2002.

ley, el cual vino como expresamos a dotar de un marco legal, a una actividad regulada por el Decreto Supremo N° 950 de 1928.

El primer efecto que debemos constatar fue que su entrada en vigencia le otorgó a las empresas dedicadas al negocio de la información comercial un nuevo argumento para solicitar el rechazo de los recursos de protección planteados en su contra. La Ley N° 19.628 dispuso un procedimiento ordinario para ejercer los derechos que se le reconocen a los interesados. Las empresas demandadas de este modo suelen solicitar el rechazo de las acciones argumentando la existencia de un procedimiento especialmente previsto en la Ley N° 19.628. Esta posición ha sido recogida en algunas ocasiones por los tribunales de justicia¹³⁸ aunque también ha habido fallos en sentido contrario¹³⁹.

El segundo efecto en la jurisprudencia con motivo de la entrada en vigencia de la Ley de Protección de Datos fue otorgarles un segundo argumento en favor de las empresas comercializadoras de datos personales frente a la interposición de recursos de

¹³⁸ *“Rojas Carretón, Carlos Guillermo contra Dicom Equifax”*, Rol N° 2712-2002, sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza la acción manifestando: *“Que los hechos que se plantean en este recurso dicen relación con un asunto civil relativo a la aplicación de normas de protección de la vida privada, en lo concerniente a datos de carácter personal, los que necesitan ser conocidos, probados y resueltos en el procedimiento especial que les reconoce el artículo 16 de la ley 19.628, razón por la cual no se puede estimar que sean de aquellos que, al tenor del artículo 20 de la Constitución Política, pueden dar lugar a un recurso de protección”*. En el mismo sentido la sentencia también dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, *“Lertora di Domenico, Bruno Italo contra Dicom Equifax S.A.”* Rol N° 4934/2002. Considerando 3°.- *“Que la normativa que rige en la actualidad este tipo de materia está contenida en la Ley 19.628, publicada en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1999, a cuya luz debe necesariamente examinarse la queja de ilegalidad”*.. También en *“Baeza Ovalle, Gonzalo contra Corp. Banca y Dicom Equifax”*, Rol N° 3558/2000, Corte de Apelaciones de Santiago. Considerando 7°.- *“... a todo lo cual conviene agregar que el actor debió seguir, en todo caso, respecto de la señalada recurrida el procedimiento estatuido en el antes indicado artículo 16 de la Ley N° 19.628, que debe entenderse que prevalece sobre la vía excepcional constituida por la acción de protección”*. Al igual que, *“Jeldres Rozas, Gonzalo contra Boletín de Informaciones Comerciales”*, Rol N° 1767/2002, Corte de Apelaciones de Concepción. 3° *“Que desde la dictación de la Ley 19.628, en virtud de su artículo 16, los asuntos referentes al tratamiento de datos personales se encausan a través del recurso judicial especial consagrado en dicha disposición legal, conocido como “habeas data”; 4° Que encontrándose el recurrente debidamente protegido al estar sometido al imperio del derecho mediante la legislación aplicable al caso, no aparece la urgencia de otro medio pronto o eficaz, como lo es el recurso de protección”*.

¹³⁹ *Valenzuela Figueroa, Margarita /Dicom*, Rol N° 759/2001, sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, recoge esta posición, aunque el fallo desestima el recurso. Considerando 1° *“Que aun cuando la Ley 19.628 contempla un procedimiento de reclamo, nada impide que quien se sienta afectado por lo actuado por los recurridos, pueda deducir un recurso de protección, de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución Política de la República”*.

protección a favor de personas jurídicas. La Ley 19.628 solo consideró a las personas naturales lo cual se infiere de las términos *datos de carácter personal y titular de los datos* definidos en el artículo 2° letras f) y ñ) respectivamente. Esta posición ha sido recogida en varias ocasiones por las Cortes¹⁴⁰, aunque también existe alguna jurisprudencia minoritaria que lo ha desestimado¹⁴¹.

Una tercera consecuencia derivado de la Ley N° 19.628 también se encuentra en favor de la defensa de las empresas demandadas –como si la norma hubiese sido hecha a su medida–, es el reconocimiento de la licitud de la actividad dedicado a la información negativa de las personas. De este modo, al tenor de tan amplia definición de fuente de acceso al público, Dicom y el resto de las empresas del rubro han esgrimido frente a recursos de protección que su giro consiste en recopilar, sistematizar y difundir los antecedentes que le son suministrados por distintas fuentes para lo cual no requiere de la autorización del interesado¹⁴².

¹⁴⁰ *Chimenti y Ausset Ltda. contra Dicom S.A.*, Rol N° 6597/2002 Corte de Apelaciones de Santiago. Considerando 7°.- “*Que la situación discutida en autos tampoco aparece como ilegal, por cuanto no vulnera la normativa sobre protección de la vida privada en lo concerniente a datos de carácter personal, contenida en la Ley N° 19.628, de 1999, ya que esta solo regula el tratamiento de datos de carácter personal, concernientes a personas naturales como lo especifica su artículo 2°, letra f- cuyo no es el caso sublite, que en consecuencia se encuentra íntegramente regido por la regla sobre libertad de informar del artículo 19, N° 12 de la Constitución Política, por expresa remisión del artículo 1° de la citada ley*”. También en la causa *Distribuidora de Confites y Helados Ltda. con Dicom Equifax S.A.* Rol 1119-2000. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia que respecto al punto analizado afirmó: “...se deriva con la mayor nitidez que la protección se entrega tan solo a las personas naturales y no a las personas jurídicas como lo es la empresa recurrente”. *Gaceta Jurídica*, año 2000/Mayo/N° 239, Editorial ConoSur Ltda. págs. 87 a 89. La sentencia es revocada por la Corte Suprema que desestima finalmente la acción constitucional.

¹⁴¹ *Arrendamiento de Máquinas Royal Rental Sociedad Anónima contra Dicom Equifax*, Rol N° 4072/2003. Corte de Apelaciones de Santiago. Considerando 5°) “*Que si bien no existe norma legal que reglamente la recolección y publicidad de las bases de datos comerciales de las personas jurídicas, toda vez que la Ley 19.628 solo se refiere al tratamiento de los datos de las personas naturales, no significa que tal actividad carezca absolutamente de normativa aplicable. En efecto, respecto de la recolección y publicación de datos comerciales de las personas jurídicas, se debe tener especialmente en consideración los principios generales del derecho en la materia. Con tal objeto, cabe tener presente que se deben conciliar los principios, por una parte, de autonomía privada, de libertad de emitir opinión y la de informar; y por otra parte, los de respeto a la privacidad, al honor, en su dimensión objetiva de prestigio, y de no dañar a otro. Con todo, y no existiendo regla precisa que se refiera a la materia, no podría estimarse que el acto recurrido es ilegal*”.

¹⁴² *Molina Espinoza, José contra Dicom Plus S.A.* Rol N° 3395/2001 Corte de Apelaciones de Concepción. Considerando 8°.- “*Que la normativa que rige la materia está contenida en la Ley N° 19.628, publicada en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1999, que regula el tratamiento de los datos de carácter personal en registros*

Con las excepciones recién expuestas los criterios jurisprudenciales no han variado significativamente con la dictación de la Ley N° 19.628 sobre Protección de Datos. En este sentido se han conservado dos tendencias ya predominantes. La primera es que las Cortes se muestran reticentes en acoger aquellas acciones constitucionales que no se basen en antecedentes o hechos evidentes y categóricos como la inclusión del error en la persona que se incluye en el registro de morosidad o en la inexistencia o falsedad de la deuda. La jurisprudencia sigue siendo contradictoria respecto a la legalidad de la inclusión en boletines y registros de morosidad de documentos que no son títulos de crédito, como las cuentas de servicios domiciliarios, teléfonos fijos y móviles y las facturas, pese a la evidente ilegalidad de las mismas¹⁴³.

o bancos de datos, cuyo artículo 4° establece que no requiere de autorización, el tratamiento de datos personales que provengan o se recolecten de fuentes accesibles al público cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial. En consecuencia, respecto de este tipo de antecedentes, la ley permite el tratamiento sin la autorización o consentimiento de su titular, cuando las informaciones provienen de fuentes accesibles al público y son de carácter económico, financiero, bancario o comercial, situación que, por lo demás, no se cuestiona en los autos". También en Muñoz Martínez, Marcela contra Dicom Equifax. Rol N° 2004-2003, Corte de Apelaciones de Santiago. Considerando Cuarto.- "Que el artículo 4° de la Ley N° 19.628 permite el tratamiento de datos personales sin autorización o consentimiento del titular cuando las informaciones provienen de fuentes accesibles al público y son de carácter económico, financiero, bancario o comercial".

¹⁴³ Por la legalidad de la inclusión: *Chimentí y Ausset Ltda. contra Dicom S.A.*, Rol N° 6597/2002 Corte de Apelaciones de Santiago, 3.- *"Que en efecto, si bien es cierto que, en el Boletín de Informaciones Comerciales de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. se publican, por disposición del Decreto Supremo N° 950 del Ministerio de Hacienda, los protestos de cheques, pagarés y letras de cambio, de esta autorización no es posible concluir que medie una prohibición legal, para que otras entidades del giro computacional, como lo es Dicom S.A., puedan realizar una actividad de procesamiento de información sobre el comportamiento de las empresas, industrias, o mercaderes en el cumplimiento de sus obligaciones mercantiles". También en Consorcio Ingeniería Ltda. contra Dicom, Rol N° 2835-99, la Corte de Apelaciones de Santiago al rechazar el recurso de protección sostuvo que la acción constitucional no es la vía para determinar si las facturas expresan o no genuinas obligaciones.*

En contra una buena argumentación se encuentra en la causa *Arrendamiento de Máquinas Royal Rental Sociedad Anónima contra Dicom Equifax*, Rol N° 4072/2003, Corte de Apelaciones de Santiago. 8° "... dicho de otro modo, cuando ambos contratantes alegan que su contraparte no ha cumplido, es a los tribunales a quienes corresponden decidir cuál de ellos tiene la razón legal. Si en tal situación, y antes de una resolución judicial, Dicom adopta una posición consistente en estimar que con la sola factura, el destinatario de la misma, es el incumplidor, se produce un efecto similar al de la autotutela en este caso, a través de un tercero, cuestión que sistemáticamente ha sido rechazada por las Cortes de Apelaciones en esta sede de protección". 9° "Que, como se ha dicho, es relevante que la recurrente y la emisora de la factura controvierten la existencia de la deuda a que se refieren las facturas. Y ciertamente esta discusión no puede ser resuelta en esta vía cautelar; por

La entrada en vigencia de la Ley 19.628 tampoco le otorgó a los afectados por las empresas dedicadas al tratamiento de datos personales económicos una base normativa para impugnar el término de la actividad desarrollada por dichas empresas. Las escasas acciones de protección que impugnan la legalidad del sistema de anotaciones comerciales se han entablado únicamente en contra del órgano público denominado Tesorería General de la República según expondremos en el numeral siguiente. Si bien las Cortes acogieron los recursos de protección objetando la legalidad del convenio de intercambio de información que celebró la Tesorería con Dicom, por las limitaciones de dicha acción constitucional y el efecto relativo de las sentencias estos continúan aún vigentes.

Tal vez en lo que podría considerarse la única utilidad de la Ley 19.628, es el establecimiento de un plazo determinado para mantener a las personas morosas en los registros aunque estos hayan sido bastante extensos. Recordemos que el D.S. 950 del año 1928 había fijado un plazo de 5 años; la Ley 19.628 contempló un lapso de 3 años para las deudas morosas canceladas, el cual se contaba desde el pago o extinción de la obligación por otra causa, y de 7 años para las no pagadas desde que su exigibilidad. Dichos plazos fueron modificados respectivamente a 0 y 5 por la Ley 19.812. La fijación de plazos máximos no ha sido suficiente para que los tribunales de justicia hayan unificado su criterio y acogido las acciones constitucionales que han pretendido eliminar las anotaciones comerciales que superen los plazos establecidos por la ley¹⁴⁴.

lo mismo tampoco cabe dar por resuelta la disputa por una institución privada como Dicom S.A. De aceptarse esta intervención, ello haría ilusoria la posibilidad de ejercer por parte del deudor, sus derechos, en tanto acreedor de la obligación correlativa". 10º) "Que, en consecuencia no resulta en absoluto prudente ni racional, publicar en un sistema de base de datos de morosos, a quien no haya pagado una o más facturas, que no constituye un instrumento que acredite una deuda indubitada. Por todo lo expuesto, se concluye que el acto de Dicom S.A. de incluir como deudor moroso a Royal Rental S.A. por dos facturas impagas emitidas por Yuasa INC S.A., es un acto arbitrario".

¹⁴⁴ Sentencia que acoge la acción constitucional del recurrente, **Fernández Andrade, Faride contra Dicom**, Rol N° 3822/2002, dictada por la Corte Suprema que confirma con declaración la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada de Santiago: 1º. *"Que el hecho denunciado por la recurrente consiste esencialmente en que Dicom S.A. la mantiene en sus registros como deudora morosa, en circunstancias que de acuerdo a la normativa legal vigente, esto es La Ley N° 19.812, que modificó la Ley N° 19.628 que contiene normas sobre protección de la vida privada, especialmente lo dispuesto en el artículo 1º transitorio, debió eliminar toda mención a la morosidad existente".* También en el caso: **Distribuidora de Confites y Helados Ltda. con**

Por último, el derecho más comúnmente invocado por los recurrentes sigue siendo preferentemente el derecho a la honra, reputación, o prestigio comercial, antes que el derecho a la vida privada. La jurisprudencia favorable a los afectados originada en el tratamiento indebido de sus datos personales de carácter económico ha fundado mayoritariamente sus sentencias en la afectación al derecho al honra¹⁴⁵.

Dicom Equifax S.A. Rol 1119-00, Corte de Apelaciones de Santiago, Considerando 6º.- Que lo anterior permite concluir que una vez que una persona jurídica ha aclarado por la vía del pago una obligación cuya mora dio origen a la consecuente publicación en el Boletín Comercial de la Cámara de Comercio, no puede esta ser incluida en listados públicos de otra especie y parecidamente destinados a dar a conocer los antecedentes comerciales de los sujetos activos del mercado, el denominado Boletín Histórico de Deudores Morosos que mantiene Dicom Equifax S.A. Es eso lo que vicia de ilegalidad el comportamiento que ha venido asumiendo la demandada, que no obstante reconocer que Distribuidora de Confites y Helados Limitada satisfizo obligaciones cuya mora mereció, en su momento, publicaciones en el mentado Boletín Comercial, informa sobre tales retrasos morosos a quien, para diversos fines de la operativa comercial y financiera, quiera indagárselo;

En contra de esta doctrina, la sentencia de la Corte Suprema que conoce por la vía de la apelación de esta última causa. En su sentencia revocatoria, el tribunal interpretando el concepto de "vigencia" que señala el Decreto Supremo 950, sostendrá que la aclaración de una deuda significa que su registro no es válido, aunque de ello no se desprende "... una suerte de amnistía, que signifique considerar que no se ha tenido jamás una deuda y que la institución recurrida no pueda entregar informes". El máximo tribunal de justicia también tiene en consideración la calidad de persona jurídica del recurrente para desestimar el recurso. También en *Orellana Herrera Jaime contra Dicom S.A. y Tecnología y Comunicaciones S.A. (TICSA)*, Rol N° 1.510-99, Corte de Apelaciones de Santiago, Considerando 2º.- *Que el artículo 10º del Decreto de Hacienda N° 950 de 1928, agregado por Decreto N° 516 del mismo Ministerio, de 1988, dispone que las publicaciones aparecidas en el Boletín de informaciones Comerciales dejarán de tener vigencia si se ha publicado la respectiva aclaración o si han transcurrido más de cinco años de su publicación, lo que no significa que tales informaciones deban ser eliminadas sino únicamente que las entidades financieras no deban considerarlas como elementos de sus decisiones;*

¹⁴⁵ Acciones acogidas y resueltas por vulneración a la honra: *Cáceres Arévalo, Patricia con Dirección Regional del Servicio de Tesorerías de la VIII Región*. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción dictada el 24 de diciembre de 2002. Considerando 5º. *"Que el bien jurídico protegido por la Ley N° 19.628 de 28 de agosto de 1999 es la honra de las personas y por eso regula la protección de datos personales de carácter personal y especialmente el tratamiento de los datos en registros o bancos de datos, cuidando siempre la garantía constitucional mencionada"*. Sentencia confirmada por la Corte Suprema con fecha 28 de enero de 2003. Publicada en la Revista *La Semana Jurídica* del 3 de marzo de 2003. También *Narváez Parra, Roberto con Tesorero General de la República*. Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 16 de mayo de 2003. Considerando 6º. *"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 por ello regula la protección de datos de carácter personal...*". Sentencia confirmada por la Corte Suprema con fecha 11 de junio de 2003. Publicada en la *Gaceta Jurídica*, año 2003, N° 276, junio, págs. 297 y sgtes. Véase también *Arrendamiento de Máquinas Royal Rental Sociedad Anónima*

8.3. Tratamiento de datos efectuados por organismos públicos

El problema de los datos personales en nuestro país, como hemos afirmado, se ha centrado casi exclusivamente en los antecedentes en el tratamiento de datos de carácter económico negativo que efectúan las empresas dedicadas a informar sobre la solvencia económica de las personas. De este modo no se ha discutido sobre la legitimidad del tratamiento de antecedentes patrimoniales que recopilan dichas empresas, como por ejemplo, propiedades muebles e inmuebles, participaciones en societarias, registrados en bases de datos públicos. Los límites al tratamiento y comunicación de estos datos aun no se ha debatido en nuestro país, pensamos por la inexistente regulación las denominadas bases de datos de fuentes de acceso públicos en la Ley 19.628.

contra Dicom Equifax, Rol N° 4072/2003, Corte de Apelaciones de Santiago, Considerando 11°) “Que de lo dicho precedentemente puede concluirse que este acto arbitrario constituye una perturbación y amenaza en el derecho de la recurrente a que sea reconocido su prestigio y seriedad comercial, lo cual ciertamente afecta al derecho de propiedad que la recurrente tiene sobre toda clase de bienes. Este efecto de daño en el prestigio comercial es indudable, toda vez que justamente lo que se pretende con la publicación en lista de morosos es notificar al público en general, y a quienes pudieren contratar con Royal Rental, que este no es un contratante cumplidor; efecto que no resulta aceptable, si Dicom no ha podido estar seguro que Royal Rental sea un contratante incumplidor por el carácter discutida de la obligación en cuestión”. Asimismo en *Baeza Ovalle, Gonzalo contra Corp Banca Dicom Equifax*, Rol N° 3558/2000, Corte de Apelaciones, Considerando 6°: “...Corp Banca incurrió en un acto arbitrario, lesivo de la garantía constitucional del N° 4 del artículo 19 de la Carta Fundamental, relativa al respeto y protección de la honra de la persona, ya que resulta evidente que al hacer protestar, sin razón valedera, el documento de que se trata afectó la fama y estima del actor, desde el punto de vista del cumplimiento de sus obligaciones comerciales, y, en tal circunstancia, procede acoger el recurso de autos...”. Asimismo en *Lara Gómez, Gabriel contra Banco de Crédito e Inversiones*, Rol N° 4751-1999, Corte de Apelaciones de Santiago: “... el hecho de aparecer en el Boletín Informativo de la Cámara de Comercio de Santiago y en los registros de Dicom, provoca la natural desconfianza de las instituciones de crédito (...) y valga la redundancia, el descrédito de este supuesto incumplidor frente al resto de la sociedad”. Por último, aunque en una posición muy minoritaria se alude a la protección de la imagen en una causa ya citada: *Distribuidora de Confitos y Helados Ltda. con Dicom Equifax S.A.* Rol 1119-00, Considerando 8°.- “Que parece de toda lógica que perjudica directamente a una empresa comercial como la demandante, la circunstancia de hacerse saber a quien lo quiera, el hecho de la mora histórica en la solución de algunos compromisos financieros, pues con ello su prestigio en el medio mercantil se ve lesionado y su crédito disminuido. Tales efectos son tolerados por el ordenamiento, pero en la forma que se dejó dicha, por lo que un tribunal no puede tolerar que fuera de los casos previstos en él, se atente contra la dicha imagen, explícitamente amparada por el numeral cuarto del artículo 19 de la Ley Primera. Y para eso está, precisamente, el mecanismo corrector del artículo 20 de esa Carta”.

Otra materia que ha quedado muy deficientemente regulada por la ley fue el tratamiento de datos personales efectuados por los organismos públicos. Si bien a diferencia de las bases de datos privadas que no deben consignarse en un registro público, accesible a la población, la Ley N° 19.628 dispuso la obligatoriedad que las bases de datos pertenecientes a organismos públicos en un registro a cargo del Servicio de Registro Civil, el cual carece sin embargo de toda potestad fiscalizadora para el cumplimiento de la ley.

Los tribunales de justicia se han pronunciado sobre casos vinculados al tratamiento de datos efectuados por órganos públicos que pasamos a exponer.

8.3.1. Cáceres Arévalo, Patricia con Dirección Regional del Servicio de Tesorería VIII Región¹⁴⁶ y Sociedad Inmobiliaria Los Conquistadores Ltda. con Servicio de Tesorería VIII Región¹⁴⁷

Los dos casos que se analizarán en este acápite tienen una significativa importancia, dado que ambos impugnan la facultad de un órgano público para informar a empresas como DICOM sobre giros efectuados contra los contribuyentes que se encuentran reclamados en los tribunales de justicia. La similitud de los dos casos justifica un análisis conjunto, pues ambos se dirigen contra el mismo organismo público y poseen un razonamiento semejante. En el primer caso, *Cáceres Arévalo, Patricia*, recurre de protección debido a que el Servicio de Tesorería informa a la empresa DICOM la morosidad por giros de multa efectuados por dicho organismo que se encontraban reclamados y pendientes en la Corte de Apelaciones de Concepción. El tribunal de alzada de dicha ciudad en su razonamiento manifiesta que el Servicio de Tesorerías posee facultades administrativas y judiciales que no poseen otros acreedores, confirniéndole la ley una posición relevante para dicho objeto, en conformidad

¹⁴⁶ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, el 2 de mayo de 2003, confirmada por la Corte Suprema, el 17 de julio de 2003. Sentencia publicada en *La Semana Jurídica*, Año 3, N° 143, semana del 4 al 10 de agosto de 2003, pág. 11 y 12.

¹⁴⁷ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, el 24 de diciembre de 2002, confirmada con un voto en contra por la Corte Suprema, el día 28 de enero de 2003. Sentencias obtenidas del portal del Poder judicial: www.tribunalesdejjusticia.cl

a la finalidad pública perseguida para la recaudación de tributos. De este modo, el servicio afirma la Corte puede solicitar a la justicia ordinaria apremios en determinados casos, el título ejecutivo se constituye por el solo ministerio de la ley, el Tesorero es juez sustanciador por lo que despacha mandamiento de ejecución y embargo, entre otras especiales potestades.

Por tal motivo, el tribunal dada las especiales facultades con que cuenta para efectuar el cobro de los tributos, multas y créditos:

3°. "... solo puede ejercerla en forma administrativa, actuando el Tesorero como juez sustanciador judicial, ante los tribunales de justicia, incluso ejerciendo coacción sobre los deudores, y extrajudicialmente mediante procedimientos reglados que establece la ley, pero carece de facultades para emplear otros arbitrios no expresamente autorizados en su Ley Orgánica o en el Código Tributario como es el caso de enviar la nómina de sus deudores a Registros de Morosidades y Protestos, como ha ocurrido en la especie, lo cual resulta ilegal y una forma arbitraria de presión para el cobro, pues es público y notorio que quién figure en tales registros de DICOM queda inhibido de realizar diversas operaciones comerciales y crediticias".

La Corte de Apelaciones estima que el bien jurídico que protege la Ley 19.628 es la honra –afirmación discutible–, y que por tal motivo regula la protección de datos personales. Dicha ley sostiene el Tribunal, no autoriza la inclusión de deudas de carácter tributario en tales registros o bancos de datos, por lo que la forma de proceder del servicio público:

6°. "... Importa una autotutela de sus derechos, pues por sí y sin mediar ley o sentencia judicial ejecutoriada que le autorizara al efecto, decidió incluir en una base de datos una deuda tributaria que debió cobrar por los medios legales, con lo que ha lesionado en esa forma la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República".

La Corte concluye desechando el argumento del Servicio de Tesorerías que invoca el incumplimiento tributario de la recurrente, ya que en su opinión tal materia disputada que se deberá resolver en los juicios respectivos. De este modo el Tribunal

acoge el recurso, ordenando al Director Regional Tesorero de la VIII Región la eliminación del Registro de Morosidades y Protestos de DICOM a la recurrida.

La segunda acción de protección dirigida contra el Servicio de Tesorerías, también de la VIII Región, se impugna igualmente la facultad de dicho órgano para informar a DICOM sobre deudas morosas del recurrente. El tribunal efectúa un similar razonamiento en torno a las especiales potestades para perseguir el cobro de las deudas giradas en contra de un contribuyente, que ha diferencia del caso analizado precedentemente se trata de una persona jurídica, sociedad limitada de giro inmobiliario. Por tal motivo, la Corte de Apelaciones luego de razonar en torno al derecho a la vida privada, desestima su vulneración por el recurrido, ya que según afirma:

5°. “Constituyendo la privacidad y el buen nombre de las personas valores propios de la personalidad humana, no cabe duda que las personas jurídicas se encuentran excluidas de la protección constitucional consagrada en el numeral del análisis, por lo que la conducta ilegal del Servicio de Tesorerías no ha podido vulnerar un derecho del cual carece”.

No obstante, debido a que la sociedad recurrente alegó también una vulneración al derecho a desarrollar una actividad económica, la Corte manifestó que:

6°. “... el hecho que una persona natural o jurídica aparezca como deudora en un registro público de datos personales, afecta su imagen y prestigio comercial e inhibe a terceros para contratar con ella, provocándole serias dificultades para acceder a créditos no solo en el sistema financiero y bancario, sino con proveedores y comerciantes en general, lo que ciertamente constituye una amenaza grave al normal desenvolvimiento de sus negocios y actividades propias de su giro”.

El tribunal por tanto reconoce –sin mencionarlo expresamente–, a la sociedad recurrente una lesión a la honra, a la reputación en la forma de una afectación a la imagen y prestigio de una persona jurídica al no poder desarrollar adecuadamente su actividad comercial. En virtud de dicho razonamiento, la Corte

acoge la acción constitucional a favor de la sociedad comercial, ordenando al Director Regional Tesorero de la VIII Región la eliminación del Registro de Morosidades y Protestos de DICOM, pero desestima el recurso respecto a los socios y representantes de la sociedad al no existir constancia que sus nombres hayan sido incluidos en dicho registro, ni que se hayan sido afectadas sus actividades como personas naturales.

Los alcances de dichas sentencias, que por cierto compartimos, son difíciles de predecir, dado que objeta el convenio de intercambio de información entre un servicio público y DICOM. Son varios los organismos públicos a la fecha que han celebrado dichos acuerdos sin estar facultados ni autorizados por la ley. Aunque las sentencias expuestas no se refieren mayormente a la Ley 19.628, lo cierto es que dicho cuerpo normativo, en sus artículos 20 a 22 no confiere facultad alguna a los organismos públicos para comunicar datos personales de ciudadanos que son objeto de algún procedimiento administrativo.

8.3.2. N.N. con Corporación Administrativa del Poder Judicial¹⁴⁸

El caso más relevante en nuestra opinión referido a la protección de datos personales fuera del campo de los datos económicos y el derecho a la honra, es el que expondremos a continuación y que se vincula estrechamente con el derecho a la vida privada.

Los hechos que motivaron la presentación de recurso de protección fue una demanda de reconocimiento de paternidad deducida por una mujer en contra del que consideraba el padre de su hija. La demandante por una amiga se enteró que introduciendo su nombre en el sistema de búsquedas organizado por el Poder judicial www.poderjudicial.cl (estado de causas de los tribunales de justicia de la ciudad de Santiago), aparecieron los datos de la presentación de su demanda, lo cual corroboró al día siguiente al ingresar al sitio web y que al pulsar en el vínculo "*Cuaderno Principal*" apareció aparte de los nombres de los abogados patrocinantes la individualización de las partes, demandante y demandado, con su nombre completo y número

¹⁴⁸ Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 1 de junio de 2001, confirmada por la Corte Suprema sin declaración, el 3 de julio del mismo año. Sentencias obtenidas de la página web del Poder Judicial: www.tribunalesdejusticia.cl

de cédula nacional de identidad. En su presentación la recurrente señala que por dicho motivo, cualquier individuo, desde cualquier lugar del país o del mundo, con tan solo ingresar su nombre al sistema de búsquedas de la base de datos del referido sitio web podía enterarse que sobre el hecho de tener una hija no reconocida por su padre, o bien, desde el punto de vista contrario, que determinada persona ha sido demandada por ser el presunto padre o madre de un hijo no reconocido. Señala además que en el cuadro "Materia", aparecía en el recuadro la expresión: "HIJO LEGÍTIMO, ACCIÓN", lo cual la sorprendió dado que dedujo su demanda bajo la vigencia de la ley N° 19.585, que vino precisamente en eliminar las desigualdades jurídicas de los hijos, lo cual se puede inferir la calidad de ilegítima de su hija, hecho que la estigmatiza y discrimina.

En la parte referida especialmente a la vida privada la recurrente se pregunta: ¿Cómo podría estimarse que no constituye un atentado al derecho que tiene todo ser humano a recibir respeto y protección en su vida privada y honra personal y de su familia, especialmente por parte del Estado y la sociedad, el hecho de que cualquier persona desde cualquier computador, pueda acceder a un banco de datos vía Internet y sin necesidad de identificarse, sin pasar por ningún control o limitación de acceso, y con tan solo ingresar el nombre de la persona pueda enterarse de si esta tiene algún hijo no reconocido por su padre o madre, o que tal persona (con nombres, apellidos y RUT), ha sido demandada por ser el presunto padre o madre de otra persona que reclama su filiación?

A su juicio según señala textualmente: "*cualquiera sea la definición que pueda adoptarse de la intimidad, no podemos dejar de admitir que este derecho tiene que ver con la posibilidad de que algo de lo que hacemos, algo que nos acontece o que somos, no sea conocido por los demás (en el entendido de que ese algo no es ilícito), y, si fuera conocido por algunos, estos no lo den a conocer a otros. ¿Será legal o razonable, publicar en la Internet, "tierra de nadie y de todos a la vez", algo tan delicado para una madre o un padre, como lo es la naturaleza filial de su hijo, especialmente si este no ha sido reconocido por uno de sus padres?*".

En cuanto a los fundamentos de derecho, la acción constitucional invoca la Ley N° 19.628, marco jurídico al que debe sujetarse toda persona natural o jurídica privada u organismo público a cargo de dichos registros, prescribiendo limitaciones,

prohibiciones, responsabilidades y sanciones a fin de cautelar debidamente la efectiva protección de la vida privada y honra de la persona y de su familia la cual define tratamiento de datos, y *datos sensibles, que vienen a proteger* a juicio de la recurrente un ámbito de autonomía constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones filiales, familiares, las creencias religiosas, la salud física y mental, en otros aspectos o facetas de la vida humana. También se cita el artículo 10 de la ley que prohíbe el tratamiento los datos sensibles, salvo cuando una ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares". Se citan también las normas que contiene la Ley 19.628, respecto al tratamiento de datos realizados por los organismos públicos, los cuales solo puede efectuar de acuerdo al artículo 20 respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes, en las que está la prohibición contemplada en el artículo 10, ya citado

Otra norma que invoca la recurrente es la Ley N° 19.585, que al modificar el Código Civil en materia de filiación, dispuso respecto a dichos juicios en el artículo 197 que *"el proceso tendrá carácter secreto hasta que se dicte sentencia de término, y solo tendrán acceso a él las partes y sus apoderados judiciales"*.

En cuanto a los derechos constitucionales conculcados, la recurrente invoca el artículo 19 N° 1°: *"...El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona..."*, N° 4°: *"...El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia"*, N° 2°: *"La igualdad ante la ley... Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"*. Dado el carácter profundamente discriminatorias y estigmatizantes de las expresiones *"hijo legítimo e ilegítimo"*. También cita a la Declaración Universal de Derechos Humanos, y la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales reconocen y protegen la vida privada de las personas.

En la parte petitoria, la recurrente, finaliza su presentación solicitando que se ordene a la recurrida eliminar los datos sensibles y expresiones discriminatorias mantenidos en la base de datos del sitio en Internet individualizado.

La Corporación Administrativa del Poder Judicial, que por otra parte encabeza el Presidente de la Corte Suprema, hecho relevante a tener en cuenta al analizar la resolución de la con-

tienda, informó que la Corporación mantiene publicado en Internet desde el 1 de marzo de 2001 la página web del Poder Judicial, agregando que este sitio se encuentra en fase de desarrollo, que el cual se consolidará en un plazo próximo.

En cuanto al fondo de la acción, la parte recurrente señala que las causas ingresadas en materia de filiación se identifican, haciendo mención a la ley respectiva: "*Acción Ley 19.585*", como consecuencia de las constantes operaciones de mantención y perfeccionamiento del sitio, no constando por otra parte que la recurrente haya comunicado sus aprensiones al Administrador del Sitio, agregando además que la información que se entrega de las causas, solo menciona los movimientos, de las mismas, sin que se pueda acceder al texto de las resoluciones o actuaciones.

Pone de relieve la circunstancia de que las búsquedas que efectúa el usuario solo le permiten que se le proporcione información y a guiar a las partes que están en juicio, pero en ningún caso están orientadas a dar a conocer información sustantiva acerca del contenido del proceso que se encuentra en tramitación. Señala por otro lado que de acuerdo al artículo 90 del Código de Tribunales, los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley, consagrando así una de las bases fundamentales de la Administración de Justicia, esto es, su publicidad, siendo una a dicho principio el consagrado en el artículo 197 del Código Civil, que establece que dichos procesos tendrán carácter de secreto, hasta que se dicte sentencia de término, y que solo tendrán acceso a él las Partes y sus apoderados judiciales. Por consiguiente, señala, que al igual que el sumario criminal, ello significa que el detalle de estos procesos, es decir, el contenido de sus actuaciones, resoluciones o diligencias, no podrá ser de público conocimiento, teniendo el carácter de secreto. Sin embargo, añade, jamás podrá tener ese carácter, la existencia de la causa respectiva. Prueba de ello, son los libros de ingresos de causas de los tribunales de Justicia, los cuales pueden ser consultados por cualquier individuo y tomar conocimiento de la existencia de esta clase de juicios, pudiendo conocer el nombre de las partes, la materia y el rol de la causa. Reitera lo antes expresado, en el sentido que si la recurrente considera conculcados sus derechos, debió hacer valer dicha situación ante el Juez que conocía de la causa, solicitando que se mantuvieran en secreto todos los

aspectos del proceso que estimaba amenazadores, atentarios o perturbadores de sus derechos.

Sin perjuicio de lo expuesto, señala que la Corporación está realizando un estudio acucioso, dentro del período de marcha blanca, de todas aquellas materias que revisten algún grado de sensibilidad, con la finalidad de precaver situaciones como las que se reclaman a través del presente recurso. Consecuencia de ello, es la sustitución de la glosa, "*hijo legítimo, acción*" por la de "*acción Ley 19.585*".

Esta última declaración, significa a nuestro juicio un reconocimiento a la actuación que originó la presentación de la acción constitucional tenía fundamentos, hecho que no debió ser soslayado en el razonamiento judicial que resolvió el conflicto.

Solicita el recurrente en definitiva basado en la argumentación descrita, el rechazo del recurso.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechaza la acción constitucional deducida fundado en la información obtenida de las partes del recurso como de aquella que obtuvo el Tribunal al inspeccionar el sitio web que mantiene el Poder Judicial en Internet, deja establecido en estos autos que una demanda de la naturaleza de la iniciada por la recurrente, solo puede identificarse por la cita de la ley que sirve de sustento, esto es, "*Acción Ley 19.585*", sin que se pueda acceder a ningún dato acerca del contenido del proceso respectivo, o de las resoluciones que en él han recaído. De este modo concluye que la información que suministra el sitio web del Poder Judicial respecto de procesos iniciados de conformidad con las normas de la Ley N° 19.585, se limita única y exclusivamente a lo que es posible obtener, por cualquier persona, de los libros de ingreso de causas de los Juzgados correspondientes cuyos datos son de público conocimiento, desestimando con ello la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario como el que sirve de fundamento a la acción deducida, al no resultar comprobado que la autoridad recurrida haya trasgredido, o esté trasgrediendo el carácter secreto que reviste un proceso de filiación de la naturaleza del iniciado por la actora ya que ni su contenido, ni sus resoluciones se han dado a conocer a través de la página web del Poder Judicial, y con ello se estén proporcionando datos sensibles relativos a la vida privada de la recurrente, que divulguen algún hecho o circunstancia cuya privacidad resguarda la Ley N° 19.628.

CONCLUSIONES

1. El derecho a la vida privada ha recibido escasa atención por la doctrina nacional, al punto a que solo existen artículos y monografías que se refieren a aspectos específicos en algunas de las dimensiones de este derecho. Esto no se condice con la amplia repercusión y debate que se suscito en nuestro país a partir de dos importantes casos. El primero en agosto de 1992 por el que se difunde una grabación telefónica a un senador de la República y recientemente el caso de la grabación vía cámara oculta de una conversación al ministro de la Corte de Apelaciones Daniel Calvo. El debate doctrinario en el primero de los casos reseñados fue limitado y tuvo una pésima respuesta legislativa, lo cual generó las dificultades interpretativas en el segundo de los casos, todavía pendiente de resolución en los tribunales de justicia.

2. Tampoco han existido estudios e investigaciones referidos al análisis de los criterios jurisprudenciales elaborados por los tribunales de justicia en el vasto campo que conforma la vida privada o íntima de los ciudadanos. Las sentencias analizadas dan cuenta que en muy pocas ocasiones se ha definido el complejo ámbito de las distintas variantes que conforman el derecho a la vida privada frente a intromisiones no consentidas, pese a que el constituyente le encargó expresamente dicha tarea a los tribunales de justicia.

3. La discusión del derecho a la vida privada se ha centrado fundamentalmente en el conflicto con la libertad de información, no obstante que las mayores amenazas a la vida privada de los ciudadanos no provienen de dicha fuente, sino de las nuevas tecnologías, como al informática y la videovigilancia, las cuales aún nuestra sociedad parece no darle todavía demasiada importancia.

4. Nuestros tribunales de justicia no han construido un método de resolución de los derechos o libertades constitucionales en conflicto. La ponderación o balance entre estos se ha realizado en muy escasas ocasiones, limitándose los tribunales a evaluar los requisitos de la acción constitucional deducida con prescin-

dencia de criterios u elementos que justifiquen la elección de un derecho por sobre los demás. En el derecho comparado esta ponderación se da en un contexto donde se analiza el derecho que se le asigna mayor valor con el fin de determinar la eventual responsabilidad penal o civil en un juicio ordinario, en el que las partes pueden recurrir a la justicia constitucional en el caso en que dicha ponderación no se haya efectuado. Por tanto el conflicto no se plantea como en nuestro país donde el debate constitucional sobre el derecho a la vida privada se centra en el ejercicio de las potestades cautelares de los Tribunales Superiores de Justicia de la acción de protección. La utilización del recurso de protección en su dimensión cautelar sigue siendo una amenaza constante sobre la libertad de expresión, cuando se invoca la protección de la vida privada o la honra.

5. Luego del examen de las sentencias analizadas podemos sostener que en nuestro país los tribunales de justicia no han otorgado claridad y ordenación adecuada respecto a los distintos ámbitos y proyecciones de protección del derecho a la vida privada que han conocido y resuelto. Incluso frecuentemente el razonamiento judicial no ha distinguido con nitidez –los recurrentes tampoco lo suelen hacer–, entre el derecho a la vida privada y la honra con las importantes consecuencias que se derivan al momento de realizar una adecuada ponderación en caso de conflictos de derechos.

6. Los poderes colegisladores, desde el restablecimiento del régimen democrático le han otorgado escasa dedicación a la búsqueda de soluciones normativas adecuadas y eficaces para proteger el derecho a la vida privada. Esta desacertada política legislativa se pone de manifiesto por el número y calidad de iniciativas legales que se han presentado a tramitación, las cuales suelen archivarse luego de transcurrido un cierto tiempo.

7. La futura entrada en vigencia de la ley que proteja adecuadamente desde el punto de vista la vida privada, imagen y honra, y el carácter limitado de la acción constitucional debería trasladar el conflicto entre derechos constitucionales a la jurisdicción ordinaria.

8. No se ha reconocido la relevancia que tienen la libertad de expresión como fundante del sistema jurídico constitucional, la piedra angular sobre la cual descansan los demás derechos.

9. No deja de ser una paradoja que se haya dictado en 1999 una ley de protección de datos personales (Ley N° 19.628) antes que una ley de protección civil de la vida privada. Esta última iniciativa pese a que se presentó a discusión parlamentaria el año 1999, recién en marzo de 2004 comienza a ser estudiada por el Senado, luego de su aprobación en su Cámara de Diputados.

10. Chile fue el primer país en América Latina en dictar una ley de protección de datos personales. Pero dicho antecedente no puede ser motivo de orgullo ni satisfacción dados los errores, vacíos, incongruencias y debilidades de la normativa aprobada. La Ley 19.628 entró en vigencia en 1999 y sus efectos han sido escasos. Los ciudadanos que se han sentido afectados en su derecho a la vida privada suelen seguir recurriendo a la acción de protección para impugnar tratamiento indebido de datos personales, mayoritariamente de carácter económico y negativos.

11. La Ley 19.628 sobre protección de datos personales tiene omisiones que la hacen ineficaz para la finalidad a la que alude su denominación. No instauró un sistema de infracciones y sanciones administrativas en caso de trasgresión, con lo cual no hay incentivo alguno para respetarla. No dispuso la existencia de un registro de bases de datos privadas, con lo cual se dificulta enormemente el ejercicio de los derechos que estipuló a favor de los interesados. La ley si bien impuso a los órganos públicos la obligación de registrar sus bases de datos, al no disponer sanciones ni de alguna autoridad que vele por su aplicación ha significado que sea inaplicable. La principal carencia de la ley fue la falta de una autoridad de control, de modo que no existe una instancia administrativa previa ante la cual reclamar de los actos contrarios a la ley de protección de datos. La consecuencia directa de esta situación es que el único camino de impugnación y reclamo sea la vía judicial.

**CUADRO RESUMEN SOBRE PROYECTOS DE LEY VINCULADOS
A LA VIDA PRIVADA, INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES**

BOLETÍN	CÁMARA ORIGEN	TÍTULO PROYECTO DE LEY	ESTADO
1 324-05 9 Abr. 1991	Cámara Diputados Comisión de Hacienda	Dispone cancelación de anotaciones en el Boletín Comercial en los casos que indica	Archivado
2 458-07 21 Agos. 1991	Cámara de Diputados Comisión de Constitución, Legislación y Justicia	Recolección, procesamiento, custodia, transmisión y difusión de datos personales, de familia y concernientes a los derechos y deberes garantizados por la Constitución	Archivado
3 783-07 1 Sep. 1992	Cámara de Diputados Comisión de Constitución, Legislación y Justicia	Proyecto de reforma al Código Penal y a la Ley sobre Abusos de Publicidad con el fin de proteger la privacidad de las personas	Archivado
4 818-07 8 Oct. 1992	Senado. Moción	Modifica Código Penal a fin de cautelar la privacidad de las personas	Ley 19.423 20 Nov. 1995
5 896-07 5 Ene. 1993	Senado. Moción	Sobre protección de la vida privada. (Subtitulada "Protección de datos de carácter personal" ¹⁰)	Ley 19.628 28 Agos. 1999
6 1359-07 13 Sep. 1994	Cámara de Diputados Comisión de Constitución, Legislación y Justicia	Perfecciona régimen de protección de la intimidad de las personas	Archivado
7 1597-07 18 May. 1995	Cámara de Diputados Comisión de Constitución, Legislación y Justicia	Impone al juez competente la obligación de remitir al boletín de informaciones comerciales los datos del alimentante y monto de lo adeudado por concepto de pensión alimenticia	Archivado

8	1614-07 31 May. 1995	Senado Comisión de Constitución, Legislación y Justicia	Modifica el Código Penal con relación a los delitos contra la seguridad, intimidad y libertad de las personas	En trámite
9	1763-07 6 Dic 1995	Cámara de Diputados Comisión de Constitución, Legislación y Justicia	Modifica ley sobre respeto a la vida privada y pública de las personas y su familia	Archivado
10	2198-039 Jul. 1998	Cámara de Diputados Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo	Regula la publicación de la información comercial de las personas	Archivado
11	2370-07 21 Jul. 1999	Cámara de Diputados Comisión de Constitución, Legislación y Justicia	Protección civil del honor y de la intimidad de las personas	En trámite
12	2422-07 10 Nov. 1999	Cámara de Diputados. Comisión Constitución, legislación y Justicia	Establece normas sobre protección de la información de las personas jurídicas	Archivado
13	2474-07 15 Mar. 2000	Cámara de Diputados Comisión de Constitución, Legislación y Justicia	Amplía beneficios de la ley de protección de la vida privada en lo relativo a los informes comerciales, a las personas jurídicas comprendidas en el artículo 545 del Código Civil	En trámite
14	2600-18 12 Oct. 2000	Cámara de Diputados Comisión de Familia	Establece la comunicación al Boletín Comercial de los incumplimientos graves de deudas alimenticias.	En trámite
15	2671-07 13 Mar. 2001	Senado. Mensaje Comisión de Constitución, Legislación y Justicia	Delimita el ámbito de la vida privada frente a la libertad de expresión	En trámite

Continuación

	BOLETÍN	CÁMARA ORIGEN	TÍTULO PROYECTO DE LEY	ESTADO
16	2735-05 4 Jul. 2001	Cámara de Diputados. Comisión de Hacienda	Modifica la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, para favorecer la reinserción laboral de las personas desempleadas. (DICOM)	Ley 19.812 13 Jun. 2002
17	2771-05 21 Agos. 2001	Cámara de Diputados. Comisión de Hacienda	Modif. a la Ley 19.628 sobre protección de la vida privada con la finalidad de reforzar los derechos de los ciudadanos y hacer más equitativo los sistemas de información de antecedentes comerciales	Rechazado. Archivado
18	3003-19 18 Jul. 2002	Cámara de Diputados Comisión de Ciencia y Tecnología	Establece la privacidad de los datos recolectados a través de Internet	En trámite
19	3066-03 12 Sep. 2002	Cámara de Diputados Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo	Modifica la ley 19.628, con el propósito de fortalecer la transparencia en el sistema de registro de anotaciones de la información comercial	En trámite
20	3382-15 28 Oct. 2003	Cámara de Diputados Comisión de Transporte y telecomunicaciones	Resguarda el derecho a la vida privada en materia de telefonía	En trámite

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros

1. AMAT LLARI, Eulalia, *El Derecho a la Propia Imagen y su Valor Publicitario*, Editorial La Ley, Madrid, 1992.
2. ANGUITA RAMÍREZ, Pedro, *El Derecho a la Información en América*, en *El Derecho de la Información*, Editorial Ariel, VV.AA., Madrid, 2003.
3. ANGUITA RAMÍREZ, Pedro, *“El Derecho a la Información en Chile”*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.
4. BERTONI, Eduardo, *Libertad de Expresión en el Estado de Derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
5. CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile.
6. COLOMBARA LÓPEZ, Ciro, *“Los Delitos de la Ley de Abusos de Publicidad”*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, Chile 1996.
7. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile.
8. FISS, OWEN, *La Ironía de la Libertad de Expresión*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.
9. GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, *Reflexiones sobre la Intimidad como Límite de la Libertad de Expresión*, en *Estudios sobre la Intimidad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.
10. GONZÁLEZ PINO, Miguel, y MARTÍNEZ Ramírez, Guillermo, *Régimen Jurídico de la Prensa chilena 1810-1987*, Centro de Estudios de la Prensa, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987.
11. GREGORIO Carlos, GRECO Silvana y BALIOSIAN Javier, *Impacto de las Nuevas Tecnologías de Comunicación e Información sobre los Derechos de Intimidad y Privacidad*, en *Internet y Sociedad en América Latina y el Caribe*, VV.AA. FLACSO, Ecuador, Quito, 2001.
12. LEWIS, Anthony, *Ninguna Ley*, Colección Chapultepec, publicado por la Sociedad Interamericana de Prensa, Miami, 2000.
13. JIJENA LEIVA, Renato, *Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho, Análisis de la Ley N° 19.799*, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
14. MUÑOZ MACHADO, Santiago *Libertad de Prensa y Procesos por Difamación*, Editorial Ariel, enero 1988.
15. PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, 1995, Madrid, 1995
16. SARAZA Jimena, Rafael, *Libertad de Expresión e Información frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1995.
17. REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

II. Artículos en revistas

1. CASAS BECERRA, Lidia, CORREA SUTIL, Jorge y WILHELM KOESTER, Karina, *Descripción y análisis jurídico acerca del derecho a la educación y la discriminación*, en Cuadernos de Análisis Jurídico N° 12, serie publicaciones especiales, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, noviembre 2001.
2. CONTESE SINGH., Jorge, en "Reglas y Principios en Chile: ¿Jerarquía entre los derechos constitucionales?", publicado en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social, monográfico *Sobre la Cultura Jurídica Chilena*, editado por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2002.
3. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad I. Origen, Desarrollo y Fundamentos*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 27 N° 1, enero-marzo 2000.
4. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad II. Concepto y Delimitación*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 27 N° 2, abril-junio, 2000.
5. DE ARZA, Andrea y BIELSA, Rafael, *Cámaras ocultas, realidades encubiertas*, en Anuario de Derecho y la Comunicación, Temas de Debate, Editado por la Universidad de Buenos Aires, 2000.
6. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón H. y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, *Las servidumbres a que obliga la grandeza*, en Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Concepción, año XXXVI, enero-marzo de 1968 – N° 143, Escuela Tipográfica Salesiana, Concepción.
7. FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, en Boletín del Ministerio Público, N° 17, diciembre 2003.
8. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *La Libertad de Información y la Reserva de Identidad de los Imputados. Informe en Derecho*, en Boletín del Ministerio Público N° 18, marzo 2004, págs. 161 a 188.
9. GÁLVEZ BLANCO, Ricardo, *Intervención de Teléfonos en la Legislación Chilena*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 19 N° 3.
10. LOSANO, Mario G. *Los orígenes del "Data Protección Act"*, en Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos Personales, Cuadernos y Debates N° 21, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
11. MARTÍNEZ WILLIAMS, Jaime, *Lo que deben saber los periodistas*, artículo publicado en Cuadernos de Información, N° 7, año 1991, editado por el Centro de Estudios de la Prensa, Pontificia Universidad Católica de Chile.
12. OTERO LATHROP, Miguel, Revista de Derecho N° 8, 2001, Escuela de Derecho, Universidad Católica del Norte.
13. PECK, Robert, *La Protección Constitucional*, publicado por el Servicio Cultural e Informativo de los Estados Unidos, 1992.
14. PEÑA ATERO, José, *El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilena*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Tomo I, Volumen 63, 2001.

15. PEÑA ATERO, José Ignacio, *"La Protección del Derecho a la Propia Imagen"*, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Volumen 64, 2002.
16. PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de Derechos Humanos*, en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 6, serie publicaciones especiales, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, septiembre de 1996.
17. PEÑA-RUIZ, Henri, *Laicismo y justicia social, palancas de la emancipación*, *Le Monde Diplomatique* / abril 2004, N° 40, edición chilena.
18. RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *"Protección de la vida privada: líneas jurisprudenciales"*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 3, julio/septiembre 1999, sección jurisprudencia.
19. RUIZ TAGLE, Pablo, *Una Dogmática General para los Derechos Fundamentales en Chile*, en *Revista de Derecho Público*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Volumen 63, año 2001.
20. SUÑÉ LLINAS, Emilio, *La sentencia del Tribunal Constitucional alemán fue publicada en Chile por la Revista Derecho Público Contemporáneo*, Agrupación de Abogados de la Contraloría General de la República, año 3, N° 7, enero-junio 2002.
21. VIAL SOLAR, Tomás, *Hacia la construcción de un concepto constitucional del derecho a la vida privada*, publicado en la Revista XIV Persona y Sociedad, N° 3, editado por la Universidad Alberto Hurtado, Santiago, año 2000.

III. Documentos

1. Historia de la Ley 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile 2001.
2. Historia de la Ley 19.423 que agrega disposiciones en el Código Penal, en lo relativo a delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile 1997.
3. Historia de la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada (Protección de Datos de Carácter Personal, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile 1999.