

Maritza Castro Frías*

Privacidad, vida pública y honra frente a la libertad de expresión. Soluciones a un conflicto.

Este artículo tiene por fin revisar el contenido de los derechos a la privacidad, vida pública y honra frente a la libertad de expresión, y diversas soluciones dadas al conflicto entre ésta y los anteriores, (en adelante, el “Conflicto”).¹

I. Primera parte: vida privada, vida pública, honra y libertad de expresión.

1. *La protección y respeto de la vida privada, pública y honra.*

El artículo 19 N°4 –una de las innovaciones principales de la Carta Fundamental–² al que normalmente se llama el *derecho a la intimidad y al honor* (Mario Verdugo y Emilio Pfeffer)³ o sencillamente, el *derecho a la privacidad* (Enrique Evans de la Cuadra)⁴, asegura, en su primer inciso, el respeto y protección de tres conceptos: la vida privada, la vida pública y la honra de la persona y de su familia. Por ende, no procede agrupar dichos términos bajo la idea común de privacidad o intimidad, la que estimamos tan sólo referida a la vida privada.

“Respeto”, de acuerdo al Diccionario de la lengua española⁵ viene del latín *respectus*, que significa atención, consideración. Precisamente, entre sus diversas acepciones, se

* *Ayudante
Departamento
Derecho
Público,
Facultad de
Derecho,
Universidad de
Chile.*

1 No se analiza la ley 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, por regular el tratamiento de estos datos, esto es, *los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables*, en registros o bancos de datos, por organismos públicos o por particulares, fuera del ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar.

2 José Luis Cea, “El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica”. Universidad Austral de Chile, Santiago, 1999. Página 120.

3 Mario Verdugo Marinkovic y otros “Derecho Constitucional”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1999, tomo I, página 250.

4 Enrique Evans de la Cuadra. “Los Derechos Constitucionales”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, 1999, tomo 1, página 211.

5 “Diccionario de la lengua española”, vigesimasegunda edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001. Cada vez que aludamos a este diccionario, usamos la misma edición.

destaca la segunda: *miramiento, consideración, deferencia*. “Proteger” (cuya acción y efecto es la protección), a su vez, y de acuerdo a la misma fuente, consiste en *amparar, favorecer o defender*. En virtud de lo anterior, podríamos decir que, en el inciso arriba citado, nuestra Constitución asegura a todas las personas que la vida privada y pública y la honra de las entidades que indica son objetos de consideración y defensa.

1.1 El respeto y protección a la vida privada de la persona.

En nuestro idioma se confunde la intimidad con el derecho a la misma. Así, se ha dicho que la intimidad es el derecho a estar solo,⁶ y el mismo Diccionario de la lengua española define privacidad como el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión. Nos parece que esta asimilación es confusa, y por tanto, preferimos entender por “privacidad” *la libertad de intromisión no autorizada: estado de ser dejado solo y capaz de mantener ciertos especiales asuntos personales para uno mismo,*⁷ y por “derecho a la privacidad” *el derecho de una persona a estar libre de intromisión o publicidad en relación a asuntos de naturaleza personal.*⁸

Se afirma que la protección de la vida privada tiene como fundamento evitar la masificación del ser humano, a fin de permitir a las personas dar su aporte individual al progreso de la sociedad.⁹

1.1.1 Concepto y alcance de la vida privada.

1.1.1.1 Estados Unidos.

El derecho a la privacidad tiene acogida en la mayoría de las Constituciones de las últimas décadas.¹⁰ En Estados Unidos se puso en el mapa jurídico, gracias a la obra de Warren y Brandeis “*El Derecho a la Privacidad*”, publicada en 1890. A partir de ella, se grabó con fuego en la mente de los juristas la frase del juez Cooley “*the right ‘to be let alone’*”, el derecho a que a uno lo dejen solo.¹¹ En el citado país, en materia constitucional, se señala que varios derechos relativos a la privacidad son fundamentales. Entre ellos, se incluye el matrimonio, las relaciones sexuales, el aborto y la crianza. De este modo, la regulación estatal se revisa por el derecho federal bajo un estricto escru-

6 Por ejemplo, Miguel Revenga Sánchez, en “Servicios de inteligencia y derecho a la intimidad”. Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N°61, año 21, enero/ abril, 2001. Madrid. página 60.

7 Merriam-Webster’s Dictionary of Law ©1996. En página web de findlaw, www.findlaw.com, el 6 de Junio de 2002.

8 *Ibidem*.

9 En efecto, don Alejandro Silva, en la sesión 129 de la Comisión señalaba “*si no se le deja al individuo ninguna intimidad, entonces la sociedad se va a masificar en una serie de individuos sin ninguna posibilidad de aportar algo de progreso, algo de perfeccionamiento a la sociedad entera*”. Evans, *op. cit.*: 213.

10 Verdugo y otros, *op. cit.*: 250.

11 Richard Epstein “Cases and Materials on Torts”, sexta edición, Little, Brown and Company, Boston, 1995, páginas 1215-6.

tinio y se ha determinado, entre otras, por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que:

- a) *El derecho de un hombre y de una mujer a casarse es un derecho fundamental;*
- b) *Un Estado no puede prohibir la distribución de contraceptivos no médicos a personas menores de 16, que no tienen la aprobación de un profesional con licencia;*
- c) *El derecho a la privacidad incluye: el derecho de una mujer a tener un aborto bajo ciertas circunstancias sin interferencia indebida del Estado; la libertad de leer materiales obscenos en el hogar, salvo pornografía infantil; el derecho de los miembros de la familia a vivir juntos, y el derecho de los padres de educar a sus hijos fuera de las escuelas públicas, sujeto al derecho del Estado de prescribir estándares educacionales razonables;*
- d) *El derecho a la privacidad no impide al Estado acumular y computarizar los nombres y direcciones de pacientes a los que se les prescriben drogas peligrosas, y*
- e) *El derecho a la privacidad no incluye el derecho de mayores de edad que así lo consintieren (consenting adults) a participar en sodomía.¹²*

En el mismo país, se señala que la dignidad humana es el fundamento del derecho a la privacidad, y se señalan cuatro actos ilícitos civiles, que a su vez dependen de cuatro intereses, en relación a este derecho. Estos son:

1. *Invasión en el aislamiento o soledad del demandante, o en sus asuntos privados.*
2. *Difusión pública de hechos privados embarazosos acerca del demandante.*
3. *Publicidad que coloca al demandante bajo una luz falsa a la vista del público.*
4. *Apropiación, para el beneficio del demandado, del nombre o semejanza del demandante.¹³*

Desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, para Warren y Brandeis, el derecho a la privacidad no se aplica a las comunicaciones orales en ausencia de daños actuales (*special damages*); adopta todos los privilegios, poderes o exenciones de la difamación, y además un privilegio respecto a asuntos “de interés público o general”; la verdad, sin embargo, no sería una defensa; no se requiere dolo o malicia; y el derecho cesa con la publicación o difusión voluntaria.¹⁴

1.1.1.2 Chile

En esta materia debemos aplicar la ley 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, publicada en el Diario Oficial el pasado 4 de junio de

¹² Barbri, *op. cit.*: 68-70.

¹³ Epstein, *op. cit.*: 1222-3.

¹⁴ Ídem: 1219.

2001, cuyo artículo 30, en su inciso final, dice que *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.*

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado señaló en 1990:

*“No obstante que los hechos por su naturaleza formen parte de la vida privada o familiar, no se incurre en infracción al difundirlos si está envuelto en ello un interés público superior (...) No es justificada, en principio, la difusión de hechos de la vida privada, a menos que exista un interés público real, que es diferente a la simple curiosidad, y que puede caracterizarse porque las consecuencias del hecho ignorado tienen importancia para la actividad pública del sujeto”.*¹⁵

En otras palabras, el límite a esta protección a la vida privada está allí donde existe un interés público comprometido. En este sentido, la ley 19.733 reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general. Además, su artículo 30 describe los hechos de interés público de una persona. Dichas situaciones nos dan un criterio bastante útil a fin de discernir el interés público del privado en situaciones no comprendidas en el referido artículo. De acuerdo al mismo, los hechos de interés público de una persona son:

- 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.*¹⁶

1.1.1.3 Privacidad del fallecido

En *Cox Broadcasting Corp con John*, 1975, la Corte Suprema de los Estados Unidos vio, si en forma consistente con la Primera y la Decimocuarta Enmiendas, un Estado (Georgia) podía extender la pretensión objeto de la causa por daños por invasión a la privacidad causados por la difusión en una transmisión televisiva del nombre de una víctima de violación fallecida, revelada en conexión con la prosecución del crimen, señalando, entre otras cosas, que el demandante no alegó que el nombre se obtuviera en forma irregular o que no fuera un documento oficial sujeto a la inspección pública,

15 Verdugo *et al*, *op cit*: 251. Énfasis agregado.

16 Nótese que en la letra f) no se incluyen las faltas, las que a nuestro juicio deberían estar contempladas en la misma.

17 Epstein, *op. cit*: 1249-1254.

se determinó que la libertad de prensa impedía al Estado de Georgia hacer de la transmisión la base de responsabilidad civil del apelante.¹⁷

1.1.1.4 Conveniencia de distinguir figuras y autoridades públicas en materia de privacidad.

Existe un vacío en nuestra legislación en lo tocante a distinguir la esfera privada de la pública de las autoridades, empleados, funcionarios públicos y figuras públicas; en otras palabras, de todas aquellas que son conocidas por la comunidad en atención a sus actividades, o sus características que los distinguen del resto. Esto cobra importancia, por ejemplo, cuando los medios debaten ampliamente la vida familiar de los conductores de televisión, o de un alto funcionario de gobierno. En Estados Unidos, a la hora de estudiar la responsabilidad extracontractual, se distingue si se trata de una actuación de un empleado o funcionario público, de una figura pública, o del simple ciudadano común. Se considera como figuras públicas antiguos empleados públicos, atletas profesionales, animadores, y *celebridades de todo tipo y descripción, que son vistas como figuras públicas la mayor parte del tiempo y para la mayoría (si no todos) de los propósitos*. Por otra parte, grandes compañías de seguros, jugadores profesionales de fútbol americano, Johnny Carson (un famoso animador), mafiosos locales, ganadores del Premio Nobel, y agencias de cobranzas bajo investigación pública, han sido considerados figuras públicas por lo menos en una base limitada por aquellos aspectos de su conducta sujetos a escrutinio y revisión públicos.¹⁸ Esta distinción permite, por ejemplo, proteger la libertad de expresión cuando se afecta la vida privada de alguien que alguna vez fue figura pública. En efecto, en la revisión de una sentencia que denegó una demanda por difusión pública de hechos privados, se permitió un limitado escrutinio de la vida privada de una persona que alguna vez había alcanzado la condición de figura pública, no obstante su actual apartamiento de la vida pública. La Corte Suprema de los EE.UU. señaló:

*“Lamentablemente o no, los infortunios y debilidades de vecinos y ‘figuras públicas’ son objeto de considerable interés y discusión para el resto de la población. Y cuando tales son las costumbres de la comunidad, sería poco aconsejable para un tribunal impedir su expresión en diarios, libros y revistas de hoy”.*¹⁹

Siguiendo este fallo, nos parece que tiene cabida constitucional en Chile, conforme al principio de igualdad que nos impide dar el mismo trato a quienes no están en las mismas condiciones, que la ley distinga entre figuras públicas, personas privadas y autoridades públicas, a la hora de regular los hechos de interés privado y público de las personas. Por ejemplo, si un candidato a diputado en el pasado estuvo involucrado en una falta que comprometía su honestidad, y que no cabe dentro del artículo 30 de la ley 19.733, mal podría señalarse que no hay interés público en darla a conocer y

18 Ídem: 1195-6.

19 Ídem: 1242-6.

que dicha comunicación le está vedada a un medio de comunicación social. En este mismo sentido, en lo tocante a la imagen, tenemos que en una sentencia de 1994 del Tribunal Constitucional español se dice:

“El derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada intervención que (...) puede manifestarse tanto respecto de la observación y captación de la imagen y sus manifestaciones, como de la difusión o divulgación posterior de lo captado. Estos derechos (...) disfrutan de la más alta protección (...) sin perjuicio de las salvedades que puedan tener lugar en relación con las imágenes captadas en público, especialmente de las de personajes públicos o de notoriedad profesional cuando aquellos derechos colisionen con los del artículo 20.1.d) (...).”²⁰

1.1.2 Garantía consistente en el respeto y protección a la vida pública de la persona.

Evans señala que no existen, prácticamente, antecedentes de este precepto de nuestra Constitución; no obstante, *la norma parece dirigida, especialmente, a los medios de comunicación social, los que al informar de esas actuaciones, deben hacerlo con respeto al ser humano, aunque empleen el juicio más acerbo al ejercer el derecho a la disidencia, a la crítica o a la fiscalización.*²¹

Para Verdugo y Pfeffer, “vida pública” engloba actuaciones de las personas que por su naturaleza deban ser conocidas por la sociedad, a pesar de que consideradas aisladamente pudieran estimarse como pertenecientes a la vida privada.²² Evans señala que son actuaciones de las personas que, por su naturaleza, deben o pueden ser conocidas por la sociedad.²³ Los citados autores coinciden, eso sí, en que este deber y/o poder de parte de la sociedad tiene su fundamento en la naturaleza de la actuación. De acuerdo a Hernán Corral, el derecho a la vida pública consistiría en el derecho de toda persona a que la imagen y apariencia que ella exhibe ante el público, así como los aspectos visibles definitorios de su personalidad, no sean utilizados o distorsionados por terceros. Agrega que este derecho reúne el derecho a la imagen y el derecho a la identidad.²⁴

Razonando *a contrario sensu* sobre el concepto de privacidad que se desprende del artículo 30 de la ley 19.773, estimamos que se debe considerar como hechos pertenecientes a la vida pública de las personas todos *los hechos que no pertenecen a su esfera privada, esto es, aquellos que no son relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito.* Por tanto, un hecho relativo a la vida

20 Francisco Rubio Llorente, “Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial). Ariel Derecho, Barcelona, España, primera edición, 1995, página 181. Énfasis agregado. El artículo 20.1.d) trata del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

21 Evans, *op. cit.*: 215.

22 Verdugo *et al.*, *op. cit.*: 250. El subrayado es nuestro.

23 Evans, *op. cit.*, página 215.

24 Hernán Corral Talciani: “El respeto y protección a la vida privada”. Artículo publicado en “20 años de la Constitución Chilena 1981-2001”, editorial jurídica Conosur Ltda., 2001, página 209.

25 Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, citada por Verdugo *et al.*, *op. cit.*: 251.

social, académica, política o laboral, formaría parte de la vida pública de una persona. En este sentido, es razonable decir que *la información sobre la vida pública de las personas es siempre lícita, porque ellas están sometidas a la libre crítica*.²⁵

Finalmente, es preciso destacar que no necesariamente un hecho de la vida pública (véase I.1.1.2) es un hecho de interés público. Por ejemplo, no es un hecho de interés público una reunión de trabajo, de interés estrictamente privado, en una oficina (hecho de la vida pública); no obstante, es un hecho de interés público una reunión de trabajo entre el Presidente de la República y sus pares latinoamericanos.

1.1.3 Garantía consistente en el respeto y protección a la honra de las personas y sus familias.

“Honra” se define como *estima y respeto de la dignidad propia*, y también como *buena opinión o fama, adquirida por la virtud y el mérito*.²⁶ Por ende, comprende tanto la autoestima como la buena fama, esto es, un aspecto subjetivo y otro objetivo. *El primero corresponde al sentimiento de nuestra propia dignidad moral, nacido de la conciencia de nuestras virtudes, de nuestros méritos. El aspecto objetivo está representado por la apreciación y estimación que hacen los demás de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social. La lesión de cualquiera de estos sentimientos puede configurar un delito contra el honor (calumnia o injuria)*.²⁷

El derecho romano contemplaba una *actio iniuriarum* que protegía la esfera moral de las personas, entendiéndose como injuria, entre otros, todo atentado a la dignidad del individuo. En sentido amplio, se llamaba *iniuria* cualquier conducta injusta (*in-ius*). Dicha locución era especialmente aplicada a las lesiones físicas o morales inferidas a personas libres.²⁸ En nuestro país, el Reglamento Constitucional Provisorio, de 1812, mencionó el honor, precisamente con ocasión de la libertad legal que otorgaba a la imprenta.²⁹

1.1.3.1 Honra de la familia.

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (en adelante, la Comisión) acordó incluir en el primer inciso del N^o4 del artículo 19 de la Constitución, la honra de la familia de la persona, *por ser ésta la comunidad básica por excelencia de la sociedad. Por otra parte, a través de muchas injurias y calumnias no sólo se afecta a una persona, sino a su familia en conjunto* (Sesión N^o 129, págs. 13-14).³⁰

Para Evans, el Constituyente quiso extender el derecho al respeto de la honra del

26 Véase *supra* nota 5.

27 Verdugo *et al*, *op. cit.*: 251.

28 Francisco Samper, “Derecho romano”. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Santiago, 1975, páginas 277-8.

29 Su artículo XXIII decía: “La imprenta gozará de libertad legal; y para que ésta no degenerare en licencia nociva a la religión, costumbres y honor de los ciudadanos, se prescribirán reglas por el Gobierno y el Senado. En: <http://www.bcn.cl/index2.html> (vista el 1^o de agosto de 2002).

30 Verdugo *et al*, *op. cit.*: 251.

31 Evans, *op. cit.*: 216.

grupo familiar formado por el padre, la madre y los hijos menores de edad. Y señala que la falta de respeto a la honra de cualquiera de los miembros de este grupo implicaría una violación del derecho a la honra del jefe de familia, quien puede accionar en su defensa.³¹ Al respecto, el artículo 20 de la ley 19.733 señala quiénes pueden ejercer el derecho de respuesta o de aclaración. Estimamos que sería conveniente que los titulares del derecho de respuesta o de aclaración fueran los mismos que puedan proteger la honra de la familia: esto es, los familiares. Por otra parte, no vemos razón de limitar la legitimación activa del artículo 19 N°4 a los parientes más cercanos, ya que el constituyente no distingue y, por tanto, estimamos que todo aquel que es familiar puede proteger la honra de su familia, núcleo fundamental de nuestra sociedad.

Además, la inclusión en este precepto de la voz “familia”, cubre la honra de quien ha dejado de ser persona ante el Derecho por haber fallecido, cuya defensa *corresponde a la familia del difunto, especialmente sus hijos y cónyuge sobreviviente* (indicaciones de Jorge Ovalle y Alejandro Silva, citadas en sesión N°129, de 12 de junio de 1975).³² Ovalle, posteriormente, (en 1976), al tratar la libertad de expresión, señalaba que la limitación de informar sobre la vida privada debía referirse a personas vivas. En efecto, los familiares sobrevivientes pueden asegurar el respeto y protección a la honra del pariente fallecido, pero no su vida privada. Esto es así porque la Constitución garantiza el respeto y protección a la vida privada y pública tan sólo a las personas. Cuando se muere, se deja de ser persona, y por tanto ya no se vive más una vida ni privada ni pública, por lo que si un tercero desea referirse a las mismas, necesariamente debe respetar la honra del occiso, siendo los familiares sobrevivientes los titulares del derecho constitucional al respeto y protección de la honra del familiar muerto.

1.1.3.2 La honra de los muertos.

Se ha dicho que *la injuria a un difunto puede ser injuria contra personas vivas, y lo es cuando trasciende a ellas*³³, sin necesidad de que se trate de una trascendencia marcada por la religiosidad. Esta hipótesis, en ausencia de parentesco o vínculo matrimonial, nos parece casi imposible, ya que se debe demostrar que la lesión a la honra de un muerto pasa a ser lesión a la honra personal. En efecto, la lesión a la honra de un fallecido, del cual no se es familiar, no es admisible a la luz del artículo 19 N°4, a menos que se trate de una lesión que trascienda a la propia persona, como en el caso de la honra religiosa. En otras palabras, sin extender fuera de lo lógicamente permisible el texto de dicho artículo, se debe demostrar cómo la honra propia, de la persona, se ve afectada por la lesión a la honra de otro que ya no es persona, sino un difunto.

32 *Ibidem*: 230.

33 *Véase* José Joaquín Ugarte, comentario al fallo de la Corte Suprema en el recurso de protección sobre el caso de la película “La última tentación de Cristo”. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV, 1997, segunda parte, sección quinta, página 117.

34 Ugarte cita a Mazeaud-Tunc, Alessandri y Fueyo, en este mismo sentido. *Véase* nota anterior.

1.1.3.3 La honra religiosa

En el caso de Cristo y otros líderes espirituales, la lesión a su honra, fallecidos o no, puede implicar lesión a la honra de quien los sigue. En efecto, se estima que hay injuria cuando se ataca las creencias religiosas de una persona.³⁴ En caso de ofensa a una figura como la de Cristo, por ejemplo, se podría interponer un recurso de protección de la garantía del 19 N^o4, para amparar al cristiano, o al que de tal modo está vinculado a Jesús, que la ofensa a éste le significa una ofensa personal. En este caso, el titular de la honra que se desea proteger es la persona ligada a la figura religiosa. En otras palabras, una injuria a Cristo, u otra figura religiosa, puede ser fácilmente defendida por un cristiano o practicante de la religión respectiva, por la vía de la trascendencia de la lesión a la figura religiosa a la lesión de la honra del religioso.³⁵

1.1.3.4 Honra de las autoridades públicas y de las figuras públicas.

1.1.3.4.1 Autoridades públicas.

En este punto, y sin perjuicio de las normas especiales, es relevante distinguir sus actuaciones relativas al ejercicio de sus funciones, de sus actuaciones estrictamente privadas. Al estudiar el delito civil de difamación, veremos en 2.2.1, la regla *New York Times Co. con Sullivan*, que limita el ilícito de difamación, y es aplicable en el caso del ejercicio de las facultades y obligaciones de los empleados o funcionarios públicos. En lo tocante a la conducta privada de los empleados o funcionarios públicos, en Estados Unidos se ha estimado que la imputación de conducta criminal, no importa cuán remota en el tiempo o espacio, nunca puede ser irrelevante a fin de evaluar la aptitud para el cargo de un empleado o funcionario del gobierno o un candidato, para los efectos de las reglas dadas en el recién citado caso.³⁶ Este juicio corresponde, naturalmente, a la opinión pública.

1.1.3.4.2 Figuras públicas.

Desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, precisamos que en 1967, en Estados Unidos, la prueba de dolo (*actual malice*) se extendió desde *New York Times Co. con Sullivan*, para el caso de las figuras públicas (*Curtis Publishing Co. con Butts y Associated Press con Walker*).³⁷ Esto quiere decir que en casos de difamación, para efectos de responder de los daños, se requiere mala fe, y por tanto, en ausencia de ésta, una imprecisión en la noticia sobre una figura pública, como por ejemplo, un actor de cine, no daría derecho a resarcimiento a favor del ofendido.

35 Como contrapartida, sostener que la honra de Cristo como persona fallecida pueda ser defendida directamente por un tercero, no familiar, nos parece lejos del ámbito de protección establecido por la Constitución, puesto que desde el punto de vista del derecho, Cristo no es una persona. En este caso, la persona no vinculada por parentesco debería demostrar cómo trasciende la lesión a la honra del fallecido a la honra personal. En segundo lugar, la honra de Cristo, así como la de cualquier fallecido, podría ser defendida por un familiar, sin distinciones, puesto que el texto constitucional no las hace. Como vimos, por vía de la honra religiosa, el "cristiano" puede defender su propia honra, si se ofende la honra de Cristo considerado como figura religiosa.

36 Epstein, *op cit*: 1183-4

37 Ídem: 1191.

38 Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, "Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General", tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, Página 583.

1.1.3.5 Honor de las personas jurídicas y morales.

En nuestro país, la mayoría estima que las personas jurídicas tienen derecho al honor, por lo tanto podrían ser objeto de calumnia e injuria. Se señala que *el honor colectivo de una corporación es independiente del de sus miembros*.³⁸ Es interesante destacar que una persona moral, carente de personalidad jurídica, puede recurrir de protección, pero sus miembros sólo pueden recuperar daños y perjuicios individualmente.³⁹ Efectivamente, Henri y Léon Mazeaud concluyen que *en cuanto a los grupos sin personalidad, sus miembros tienen el derecho de exigir la reparación del perjuicio personal que les causa la lesión de los intereses colectivos*.⁴⁰

1.1.4 Otras normas que regulan el campo del primer inciso del N°4 del artículo 19 de la Constitución.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) expresa en su artículo 12 que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su reputación. Toda persona tiene “derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”⁴¹. Nótese que no se habla de vida pública y se entiende el honor en su aspecto objetivo.

El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989), señala:

1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*
2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley⁴² contra esas injerencias y esos ataques.*⁴³

39 En Estados Unidos, en el caso de difamaciones escritas en contra de grupos, Epstein señala: “En buena parte del siglo XX ha habido considerable preocupación sobre la calculada difamación de grandes grupos, tales como los judíos, los católicos y los negros. Aún en estos casos, la acción de difamación ha sido consistentemente denegada. De este modo en el caso Khalid Abdullah Tarig Al Mansour Faissal Fahd Al Talal con Fanning, (1980), el demandante interpuso una acción colectiva a nombre de unos 600 millones de musulmanes, alegando que la película “La muerte de una princesa” era difamatoria para todos los musulmanes porque ‘mostraba la ejecución pública de una princesa de Arabia Saudita por adulterio’. La Corte rechazó el remedio, notando que ‘permitir a tal acción apoyarse en tal multitudinario grupo(...) haría insignificantes los derechos garantizados por la Primera Enmienda para explorar asuntos de importancia pública’. Véase Epstein, *op cit*: 1100.

40 Henri Mazeaud y Léon Mazeaud, “Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle”. Tercera edición, tomo segundo. Librairie de Recueil Sirey, Paris, 1939, páginas 828-9, 832-3 y 837. Énfasis agregado. Agregan: “Una difamación puede causar daño a cada uno de los miembros de un cuerpo; no podría perjudicar al cuerpo mismo quien, sin personalidad –no existe jurídicamente– se encuentra sin patrimonio aun puramente moral, ni posee ningún interés propio y no puede entonces verse disminuir ninguno. Por tanto, nadie sabría demandar la reparación de un perjuicio colectivo sufrido por la raza judía, del hecho de imputaciones difamatorias dirigidas contra ella. Las asociaciones judías o los israelitas podrían solamente reclamar la reparación del perjuicio personal, moral o material que les causen esas difamaciones.”

41 El subrayado es nuestro.

42 Ídem.

43 Este derecho también se encuentra protegido en la convención sobre los Derechos del Niño. Para mayor abundamiento, véase Corral *op. cit*: 214-6.

Como se aprecia, este artículo distingue la injerencia arbitraria de la ilegal, y *honra de reputación*, pudiendo entenderse que el honor se protege tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo. También es menester considerar que, de acuerdo al texto de esta norma, podría existir un ataque legal a la honra y reputación, lo que presenta una evolución con respecto a la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica, de la cual Chile es Estado desde el 21 de agosto de 1990 (publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991), se dice:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia⁴⁴, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*
3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Como vemos, aquí tampoco se habla de vida pública; se protege la vida privada de la persona y de su familia, lo que es distinto a la interpretación que se da al artículo 19 N°4, inciso primero, en el sentido de que la familia se protege en lo tocante a su honra. En este sentido, entendemos que si el familiar, vivo, afectado no exige el cumplimiento de lo señalado en el artículo 11 número 2, sus familiares tendrían acción para evitar la injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de su pariente. En caso de que el familiar haya fallecido, sus parientes sobrevivientes podrían exigir el respeto a su honra, puesto que aquél ya no tiene “vida privada”.

1.2 La libertad de comunicaciones.

1.2.1 Distinciones conceptuales y ámbito de la garantía.

En el primer inciso del número 12 del artículo 19 de nuestra Constitución, se asegura a todas las personas “*la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado*”.

La garantía recién mencionada incluye además de la libertad de emitir opinión, y la de informar, el derecho a recibir información de hechos de interés general. Por tanto, para abarcar estas tres libertades, siguiendo a Evans, usaremos el término “libertad de comunicaciones”.⁴⁵ Por “libertad de expresión” comprenderemos las libertades de

⁴⁴ Énfasis agregado.

⁴⁵ Evans, *op. cit.*, tomo II: 52.

emitir opinión y la de informar (atendido que dicho término naturalmente engloba actividades del sujeto), excluyendo el derecho a ser informado de hechos de interés general, puesto que éste supone la actividad del sujeto que debe entregar la información.

“Libertad” es la *facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos*. “Opinión” se define como *dictamen o juicio que se forma de algo cuestionable*; y también como *fama o concepto en que se tiene a alguien o algo*. “Informar”, a su vez, es *enterar, dar noticia de algo*.⁴⁶

La libertad de comunicaciones presenta una doble naturaleza de derecho individual y social. Es derecho individual en cuanto se garantiza la libertad de expresión de la persona considerada individualmente; es derecho social, cuyo titular es toda la comunidad, en cuanto se trata del derecho a recibir información sobre hechos de interés general.⁴⁷

1.2.1.1 No se reconoce el derecho a estar pluralistamente informado “El derecho a estar pluralistamente informado”

El reconocimiento del Constituyente no llega al derecho a estar pluralistamente informado. En otras palabras, no se reconoce que todas las corrientes de opinión tengan acceso permanente a todos los medios de difusión o comunicación social, ya que esto no se puede regular jurídicamente con equidad y con garantía de pleno cumplimiento.⁴⁸

1.2.1.2 La libertad de expresión.

De acuerdo a Enrique Evans de la Cuadra, la “libertad de opinión” es la *facultad de toda persona para exteriorizar por cualquier medio, sin coacción, lo que piensa o cree*. Para el mismo autor, la “libertad de información” es complemento de la libertad de opinión y tendría por objeto hacer partícipe a los demás ese pensamiento, y dar a conocer hechos del acontecer nacional o internacional.⁴⁹

1.2.1.2.1 Información sobre bienes y servicios.

La libertad de informar se refiere a *cualquier información, incluyendo la información sobre la existencia y características de los productos industriales y de los servicios*.⁵⁰ En el derecho constitucional norteamericano, al tratar de la expresión no protegida por la

46 Véase *supra* nota 5.

47 Jorge Ovalle señaló que el derecho a ser informado es un derecho social, es decir, el derecho que la colectividad tiene, y consecuentemente cada uno de sus componentes, de recibir la información de todo cuanto sucede en la orbe, y de recibir, además, las opiniones, conceptos, investigaciones, trabajos que toda la inteligencia humana es capaz de producir, y de recibirla en condiciones de la misma intensidad, en el sentido de que tengan la misma oportunidad de ser informados. Evans, *op. cit.*, tomo II: 74

48 Evans, *op. cit.*, tomo II: 20.

49 Evans, *op. cit.*, tomo II: 12-3.

50 Alejandro Guzmán Brito, “El derecho privado constitucional de Chile”. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001, página 234.

Constitución, se discute la publicidad engañosa y la información comercial (*false advertising, commercial speech*). Se dice que la Primera Enmienda no protege la publicidad engañosa, aunque la información comercial en general tiene alguna protección en base a dicha enmienda. Al determinar si la regulación de la información comercial es válida, la Corte Suprema de los Estados Unidos determina si la información comercial se refiere a una actividad económica y no es engañosa o fraudulenta; en el caso afirmativo, la regulación estatal será válida si sirve a un “interés gubernamental sustancial” (asimilable a nuestra idea de bien común), promueve directamente tal interés y se describe precisamente para servirlo.⁵¹

1.2.1.2.2 Regulación legal

La ley 19.733 señala, en su artículo primero, que la libertad de emitir opinión y la de informar constituyen un derecho fundamental. Agrega que el ejercicio de este derecho incluye lo siguiente:

- a) *No ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones,*
- b) *Buscar y recibir informaciones, y*
- c) *Difundirlas por cualquier medio.*
- d) *El derecho de toda persona natural o jurídica de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social, sin otras condiciones que las señaladas por la ley.*

La letra d) está en el inciso segundo del referido artículo. Nos parece que la ley incurre en un error al señalar que el ejercicio de un derecho incluya otro derecho, puesto que *el ejercicio del derecho importa la ejecución de hechos a que nos faculta su contenido.*⁵² En este sentido, el inciso segundo del artículo 1º de la ley 19.733, debería señalar: “Asimismo, el ejercicio de este derecho incluye fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social, sin otras condiciones que las señaladas por la ley”.

1.2.1.3 Derecho a recibir la información

Para Evans, el derecho de recibir la información, opiniones y expresiones que los demás quieran transmitir, derecho que correspondería a toda la comunidad, forma parte de la libertad de comunicaciones.⁵³ Estimamos que el criterio de la voluntad en cuanto al traspaso de la información, no es el indicado para calificar este derecho social, como veremos:

51 BarBri Bar Review. Multistate. Harcourt Brace Legal and Professional Publications, Inc. EE.UU., 1998. Constitutional Law (90-91).

52 Alessandri *et al.*, *op. cit.*: página 347.

53 Evans, *op. cit.*, tomo II: 12-13. Este derecho (“a recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva sobre el acontecer nacional e internacional...”) estaba en el acta constitucional N°3, de 1976, y en el Anteproyecto de la Comisión. Sin embargo, posteriormente fue modificado y suprimido por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno, respectivamente. Véase Evans, *op. cit.*, tomo II: 18. Por su parte, Verdugo *et al.* hablan sobre el derecho a recibir información, sin mayor abundamiento. Página 261.

1.2.1.3.1 Información de naturaleza privada e información sobre hechos de interés general.

Si bien, como Evans, estimamos que la libertad de recibir información no se extiende a toda la información, hay que distinguir entre información de naturaleza privada e información sobre hechos de interés general. En lo tocante a la primera, existe la libertad de recibirla si ésta se quiere transmitir (y en la práctica se transmite) por otro. En este caso, el titular de este derecho no es la comunidad en general, sino la persona determinada que recibe dicha información privada. Por otra parte, de acuerdo a la ley 19.733, siempre se tiene derecho a recibir información de hechos de interés general. En esta hipótesis, el titular del derecho sería toda la comunidad.⁵⁴

En síntesis, *buscar y recibir informaciones* formaría parte del ejercicio de la libertad de expresión, un derecho individual. Por otra parte, la ley reconocería el derecho a ser informado sobre hechos de interés general. Por tanto, de acuerdo a la citada ley, permitir y/o hacer posible la búsqueda y recepción de la información sólo es exigible a un tercero, cuando se trata de hechos de interés general. Tratándose de información sobre hechos que no revisten tal carácter, si bien las personas pueden buscarla y recibirla, en ejercicio del derecho “libertad de expresión”, un tercero no se encontrará obligado a entregarla.

1.2.2 Antecedentes e importancia.

La libertad de expresión ha sido consagrada recurrentemente en nuestros diversos textos constitucionales, comenzando por el Reglamento Constitucional de 1812.⁵⁵ Es una libertad protegida por las sociedades libres del mundo, dada su vital importancia a la hora de ejercer control de las potestades públicas y permitir la participación con igualdad de oportunidades en la actividad nacional. La gran trascendencia e importancia de la libertad de expresión también ha sido reconocida por la Corte Interamericana, que señala que el atentado a la libertad de expresión es un ataque a todos los miembros de la sociedad que tienen derecho a ser informados.⁵⁶

54 El Anteproyecto trataba *el derecho a recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva sobre el acontecer nacional e internacional*. Esto es, se consagraba con otras palabras el derecho a recibir información sobre hechos de interés general, excluyendo hechos de la vida privada. Jaime Guzmán se refirió concretamente a la necesidad de consagrar el derecho de la comunidad y de cada persona a ser informada del acontecer nacional e internacional. Véase Evans, *op. cit.*, tomo II: 32. Un tanto más restringido, pero en la misma línea, Díez señaló concordar con Guzmán en cuanto a que toda persona tenía el “*derecho a ser informada veraz, oportuna y objetivamente sobre el acontecer nacional, principio con el que todos están de acuerdo*”. En Evans, *op. cit.*, tomo II: 45.

55 Véase *supra* nota 29; y Miguel González Pino, “Las libertades de opinión e información en la Constitución de 1980 y sus antecedentes históricos”. Artículo publicado en “20 años de la Constitución Chilena 1981-2001” Editorial Jurídica Conosur Ltda.; Santiago, Chile, página 270.

56 Claudia Nash, “Conflictos y jerarquías de los derechos constitucionales: análisis dogmático y de jurisprudencia. Libertad de expresión e información y derecho a la intimidad y al honor”. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, mayo de 2000, página 67.

1.2.2.1 El caso del New York Times con el Comisionado Sullivan: la libertad de expresión como control de las actividades de los órganos públicos.

En New York Times Co. con Sullivan, por primera vez se solicitó a la Corte Suprema de los Estados Unidos determinar la extensión hasta la cual las protecciones constitucionales de la expresión y prensa limitaban el poder estatal (de cada Estado de dicho país), para indemnizar daños en una acción civil de difamación por escrito, incoada por un oficial público contra críticas a su conducta funcionaria.

L. B. Sullivan era uno de tres Comisionados electos en la ciudad de Montgomery, Alabama, y su demanda (acogida, y cuya respectiva sentencia se pretendía revocar por los demandados ante la Corte Suprema de los Estados Unidos), se basaba en que había sido difamado por las declaraciones de un aviso de una página completa publicado en el New York Times en marzo de 1960. Este aviso, que contenía algunas imprecisiones de hecho, se publicó en relación con incidentes ocurridos en el campus de la Universidad del Estado de Alabama, describiendo, entre otras cosas, cómo *camiones de policías armados con escopetas y gas lacrimógeno* cercaron dicho recinto. El sexto párrafo del aviso señalaba:

*“Una y otra vez los violadores sureños han respondido las protestas pacíficas del Dr. King con intimidación y violencia. Han bombardeado su casa casi matando a su mujer e hijo. Han asaltado su persona. Lo han arrestado siete veces (...) Y ahora lo han inculcado de “perjurio”, un crimen que lo podría encarcelar por diez años.”*⁵⁷

La Corte Suprema de Estados Unidos, en lo tocante a los errores de hecho, señaló que, en atención al contexto, no se estimaron producto de dolo (*actual malice*)⁵⁸, basándose en:

“Que la afirmación errónea es inevitable en el debate libre, y que ésta debe ser protegida si las libertades de expresión han de tener el “espacio de respiro” que necesitan (...) para sobrevivir (...)”

“La injuria a la reputación oficial no conlleva más garantía para reprimir la expresión, que de otra manera sería libre que el error de hecho. Cuando funcionarios judiciales están involucrados, esta Corte ha sostenido que la preocupación por la dignidad y reputación de los tribunales no justifica el castigo como desacato criminal a la crítica al juez o a su decisión (...) Esto es verdad aunque la expresión contenga ‘verdades a medias’ y ‘desinformación’.”

La proposición general de que la libertad de expresión de preguntas públicas se asegura por la Primera Enmienda, ha sido largamente establecida por nuestras decisiones.

De este modo, consideramos este caso contra el fundamento de un profundo compromiso nacional al principio de que el debate de asuntos públicos debe ser desinhi-

⁵⁷ Martin L. King no había sido arrestado siete veces, sino cuatro.

⁵⁸ Énfasis agregado. Esta afirmación es vital en los fundamentos jurídicos del fallo, puesto que si hubiera habido malicia en la publicación, la línea hubiera sido otra. En todo caso, al analizar la evidencia, sí se demostró que el N.Y. Times publicó el aviso sin chequear su exactitud contra las historias de noticias de los propios archivos de dicho diario. Pero, como se verá, esta negligencia no se consideró al establecer que el N.Y. Times sabía que el aviso era falso.

bido, robusto, y amplio, y que bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradablemente marcados sobre el gobierno y los oficiales públicos.

En la sentencia se citó la frase de James Madison: “*Si advertimos la naturaleza del Gobierno Republicano, hallaremos que el poder de censura está en el pueblo sobre el gobierno y no en el gobierno sobre el pueblo*”. Como resultado, la sentencia de la Corte Suprema de Alabama fue revocada y el caso devuelto a ella. El voto concurrente fue más lejos, señalando que revocaba exclusivamente sobre la base que el N.Y. Times y los demandados individuales tenía un derecho absoluto e incondicional para publicar en el anuncio en cuestión, sus críticas a las agencias y funcionarios de Montgomery. Castigar el ejercicio de este derecho a discutir asuntos públicos o penalizarlo a través de sentencias de difamación escrita, es restringir o cortar discusión del tipo más necesario.⁵⁹

1.2.3 Responsabilidad por la libertad.

La parte final del primer inciso del número 12 del artículo 19 de la Constitución establece que el control de la libertad de expresión está dado por el principio de la responsabilidad.⁶⁰ En virtud de lo anterior, y de que la libertad de expresión es sin censura previa, se ha señalado que nuestro sistema de control es represivo.⁶¹

La manera de responder por delitos o abusos cometidos en el ejercicio de esta libertad, es en conformidad a la ley, la que, de acuerdo a nuestra Constitución, debe ser de quórum calificado (esto es, aquellas que para su establecimiento, modificación o derogación requieren la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio (*véase* el artículo 63 de la Constitución), y se trata de la mencionada ley 19.733.

Es menester señalar que esta ley, además del requisito formal en cuanto al quórum para su establecimiento, tiene que cumplir con otro material, cual es el contemplado en el artículo 19 N°26 de la Constitución, esto es, no puede afectar el derecho en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.⁶²

De lo anterior, podemos concluir que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, puesto que sus titulares no podrían ejercerla *con todas las intenciones y para cualquier fin*, sin comprometer su responsabilidad.⁶³ Nos parece que el Constituyente recoge, al respecto, la teoría del abuso del derecho que señala que todo titular de un derecho debe ejercerlo como lo hacen las personas correctas y prudentes, y si no lo hace así, debe responder del daño que cause a otro. Para esta línea de pensamiento, el abuso del derecho no sería sino una especie de acto ilícito. En efecto, Arturo Alessandri sostiene que hay abuso cuando una persona, en el ejercicio del propio derecho, daña a otro por realizar tal ejercicio negligentemente, con culpa, o dolosamente.

59 Epstein, *op cit.*: 1169-83.

60 Verdugo *et al.*, *op cit.*: 261.

61 *Ibidem.*

62 Evans, *op cit.*, tomo II: 21.

63 Arturo Alessandri *et al.*, *op. cit.*: 350.

1.2.4 El derecho de respuesta y de rectificación: restricción de la libertad de expresión.

El inciso tercero del numeral 12 del artículo 19 citado, señala que toda persona natural o jurídica, ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida. Actualmente, estos derechos de respuesta y de rectificación se encuentran regulados en el título IV de la ley 19.733.

Este derecho de respuesta o de aclaración no forma parte de la libertad de información, ya que la restringe en aras de la protección y respeto a la vida privada, pública y honra de la persona y su familia. En efecto, el medio de comunicación social no es libre de no expresar: debe difundir la respuesta o rectificación.

1.2.5 Otras normas que regulan el campo del artículo 19 N°12 de la Constitución.

Dentro de éstas, destacamos el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁴, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas⁶⁵, y el artículo 13 de la Convención Americana sobre derechos humanos o Pacto San José de Costa Rica. Este último artículo dice:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
2. *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*
 - a. *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
 - b. *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

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

65 El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones señala:

1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*
 - a) *Asegurar el respeto de los derechos o a la reputación de los demás;*
 - b) *La proyección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

3. *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*
4. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa⁶⁶ con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*
5. *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia, o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.*

En el Pacto de San José se complementa lo señalado en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en lo tocante al ejercicio del derecho, en el sentido de que la censura previa no puede ser establecida por ley como restricción a la libertad de expresión, salvo en el caso del número 4 del artículo 13 arriba citado. Además, las responsabilidades deben establecerse por ley, y ser necesarias para asegurar lo contenido en las letras a) y b) del número 2 del artículo 13. Además, el número 3 del mismo artículo impide las restricciones indirectas. Esta norma está en plena concordancia con nuestra Constitución, en cuanto señala que la libertad de expresión es sin censura previa, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de tal libertad, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado. Sólo cabe la censura previa en el caso de los espectáculos públicos, y sólo puede imponerla el legislador.

1.2.6 Censura y censura previa.

El Diccionario de la lengua española tiene ocho acepciones de censura; entre ellas: “*Dictamen y juicio que se hace o da acerca de una obra o escrito. ÍÍ2. Nota, corrección o reprobación de algo (...)* ÍÍ4 *Intervención que hace el censor gubernativo (...)*”. A su vez, señala que “previa censura” es “*examen y aprobación que anticipadamente hace el censor gubernativo de ciertos escritos, antes de darse a la imprenta*”.

Atendido lo anterior, discrepamos de José Luis Cea, para quien la censura *per se* es previa.⁶⁷ También discrepamos de tal autor, en cuanto la censura siempre provendría de la autoridad, pero no de la autoridad judicial “*ya que el tribunal estaría protegiendo*

66 Énfasis agregado.

67 Nash, *op. cit.*: 26.

derechos de las personas a través de un mecanismo legal.^{68 69} En efecto, de la lectura del artículo 13 del Pacto de San José vemos que la voz censura previa se utiliza en relación con el legislador.⁷⁰

Por su parte, Hernán Corral Talciani estima que las medidas preventivas son procedentes para resguardar los derechos de la vida privada y honra, aun cuando restrinjan la libertad del 19 N°12, siempre que el órgano judicial haya cuidado de establecer que, en el caso la libertad de informar, no debe prevalecer como causa de justificación de la intromisión a la intimidad o al honor.⁷¹ No concordamos con este autor, ya que como hemos visto, asimilamos tal tipo de medida a una censura previa, y por tanto, ilegítima, de acuerdo a nuestra Constitución. En el mismo sentido, se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁷²

II. Segunda parte: soluciones al Conflicto.

1. Atender al derecho más relacionado con la dignidad de la persona y los principios del régimen democrático.

El conflicto podría solucionarse estableciendo cuál de estos derechos se relaciona mayormente con la dignidad de la persona y los principios del régimen democrático, lo cual es en sí mismo el fundamento de la importancia de los derechos. En efecto, *la*

68 *Ibidem*.

69 El mismo autor, en 1998, define censura como “todo procedimiento impeditivo que forma parte de una política estatal aplicada de antemano por funcionarios públicos en general” (énfasis agregado), y también como “todo impedimento ilegítimo al ejercicio de la libertad de expresión”. Agrega que no todo impedimento a la libre expresión de ideas es constitutivo de censura. Véase “Estatuto Constitucional de la Libertad de Información”. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, N°5, 1998, páginas 24 y 25. El mismo autor, informando ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que “censura previa es todo impedimento ilegítimo al ejercicio de la libertad de expresión (...)” Véase la sentencia de 5 de febrero de 2001, sobre el caso “La última tentación de Cristo”. En: <http://www.corteidh.or.cr/serie_c/Serie_c_73_esp.doc>. Nótese que esto último se contradice con el artículo del Pacto de San José, que permite al legislador establecer censura previa en el caso de los espectáculos públicos (la sentencia también está en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCVIII, enero, marzo 2001, N°1, segunda parte, sección sexta, página 1 y siguientes).

70 Apoya nuestro criterio en cuanto a que la censura puede provenir de la autoridad judicial (el fallo de la Corte de San José recaído en el caso de la Última tentación de Cristo, el pasado 5 de febrero de 2001). En efecto, en las consideraciones de la Corte se señala: “*Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’ constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención*” (la prohibición fue impuesta por la Corte de Apelaciones y confirmada por la Corte Suprema). Párrafo 71 de la sentencia. Véase nota 69 *supra*.

71 Corral, *op cit*: 224.

72 Informe N°11/96, caso 11.230, Chile. “59. En virtud de los razonamientos expuestos, la Comisión considera que la decisión de prohibir la entrada, la circulación y la distribución del libro “Impunidad diplomática”, en Chile, infringe el derecho a difundir “informaciones e ideas de toda índole”, que Chile está obligado a respetar como Estado Parte en la Convención Americana. Dicho en otros términos, tal decisión constituye una restricción ilegítima del derecho a la libertad de expresión, mediante un acto de censura previa, que no está autorizado por el artículo 13 de la Convención.” Véase <<http://www1.umn.edu/humanrts/cases/1996/Schile11-96.htm>>.

importancia de los derechos deriva de su relación con la dignidad de la persona y de la imprescindibilidad de los mismos en un sistema democrático".⁷³ No obstante, estimamos que tanto el respeto y protección de la privacidad, la vida pública y la honra, como de la libertad de expresión, son imprescindibles en un régimen democrático, y emanan de la dignidad de la persona, por lo que ninguno de ellos es "más democrático" o "más digno" que el otro.

2. El criterio casuístico o de la argumentación.

En 1998, Enrique Barros Bourie señaló que la resolución del conflicto requería de una sutil discusión acerca del alcance recíproco de los derechos, argumentando al respecto, sin dar una solución, cuyo único fundamento fuera el texto constitucional, a su juicio, de texto concentrado en su formulación, y semánticamente pobre.⁷⁴ Para este autor, la solución pasaría por resguardar ambos derechos, debiendo establecerse que la línea divisoria pasase a través de una decisión razonada, basada en presupuestos jurídicos y de utilidad.⁷⁵ A nuestro juicio, adscribir el primer inciso a una determinada corriente del abuso del derecho, precisamente partiendo del texto constitucional, permite solucionar el conflicto, por lo que no concordamos con Barros (*véase* I.2.3).

Para Antonio Bascuñán Rodríguez, la solución a esta colisión de derechos pasa por decisiones ponderadas, que deben ser tomadas en cada caso, según las circunstancias del mismo, evaluando y sopesando las restricciones a los derechos y las vulneraciones a los otros derechos involucrados, para tomar una decisión que se adecue al sistema social en el que se inserta y respete las diferentes posturas que en él se puedan encontrar. El mismo autor, en 1997 en su artículo "No hay derecho", publicado en el diario El Mercurio sintetiza "*cuando se niega la procedencia de la ponderación de intereses entre derechos en conflicto, sustituyéndola por una jerarquización de bienes, se hace mala geometría y peor jurisprudencia constitucional*".⁷⁶ En un sentido similar, Hernán Corral; quien agrega que *resulta imposible decidir a priori* que en todos los casos debe prevalecer uno u otro derecho.⁷⁷

3. El criterio de la jerarquía de derechos.

3.1 La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y el Consejo de Estado.

En forma distinta al texto final de la Constitución, el Anteproyecto elaborado por la Comisión, de octubre de 1978 (en adelante, el Anteproyecto) permitía que la juris-

73 Juan José Solozábal Echavarría, "Los derechos fundamentales en la Constitución Española". En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N°105, julio/ septiembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, página 11.

74 Nash, *op. cit.*: 32.

75 Ídem: 37.

76 Nash, *op. cit.*: 73.

77 Corral, *op. cit.*: 224.

prudencia de los tribunales de justicia definiera los límites de la libertad de expresión.⁷⁸ El artículo 19 N°4 señalaba:

4° El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia: la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse, y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse, en los casos y formas determinados por la ley.⁷⁹

El artículo 19 N°11 del Anteproyecto prescribía en su primer inciso:

11° La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley. Con todo, los tribunales podrán prohibir la publicación o difusión de opiniones o informaciones que atenten contra la moral, el orden público, la seguridad nacional o la vida privada de las personas.⁸⁰

Por tanto, la Comisión reguló el conflicto entre la libertad de expresión y la vida privada de las personas, omitiendo el de dicha libertad con la honra y la vida pública (ésta última agregada por el Consejo de Estado).⁸¹ El texto del Consejo de Estado, transformó el inciso único del 19 N°4 del Anteproyecto en primero, el que quedó como sigue:

4° El respeto y protección a la vida privada y pública⁸² y la honra de la persona y de su familia.

El equivalente del primer inciso del número 11 del Anteproyecto, era el primer inciso del numeral 12 del texto aprobado por el Consejo de Estado y señalaba:

12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de la falsedad de la información y de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley. Con todo, los tribunales podrán prohibir la publicación o difusión de opiniones o informaciones que atenten contra la moral, el orden público, la seguridad nacional, la vida privada de las personas o el secreto de las actuaciones del sumario, o si lo consideran necesario para el éxito de la investigación^{83 84}.

De su lectura se aprecia que, en lo que respecta a las facultades de los tribunales para limitar la libertad de expresión, fue más lejos (pero aún así omitiendo la vida pública y la honra).

78 La Comisión se ocupó de la redacción del artículo 19 N°4 de la Constitución en las sesiones N°s 128, 129 y 130. Evans, *op. cit.*: páginas 211. Al referirse a la protección de la privacidad, Evans señala "será la jurisprudencia de los tribunales, como se señaló reiteradamente en la C.E.N.C., la que vaya concretando la significación, institucional y práctica, de este tan fundamental derecho a la personalidad." (C.E.N.C. es la Comisión). Evans, *op. cit.*, tomo I: 215-6.

79 El subrayado es nuestro. Véase Luz Bulnes Aldunate, "Constitución Política de la República de Chile, concordancias, anotaciones y fuentes". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, página 231.

80 El subrayado es nuestro. Véase Bulnes, *op. cit.*: 236.

81 Para la Comisión, la honra era un tema tan importante que incluso el Anteproyecto contemplaba un artículo 26 en el que se decía que los hijos debían honrar a sus padres. Véase Bulnes, *op. cit.*: 246.

82 El subrayado es nuestro.

83 Ídem.

84 Bulnes, *op. cit.*: 321-2.

En suma, la Comisión y el Consejo de Estado tan sólo regularon el conflicto entre vida privada y libertad de expresión, permitiendo a los tribunales prohibir la publicación o difusión de opiniones o informaciones que atentasen contra la vida privada de las personas.

3.2 España.

El número 4 del artículo 20 de la Constitución Española, señala que las libertades (de expresión; de producción y creación literaria, artística, científica y técnica; de cátedra, y de comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión) tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.⁸⁵ No obstante esto, nótese la posición del Tribunal Constitucional en (II.6).

3.3 José Luis Cea.

José Luis Cea destaca que el problema de la jerarquía de los derechos presenta disparidad tanto en su análisis como solución. Si bien está de acuerdo en que los derechos *son ontológica y deontológicamente iguales e indispensables para una convivencia digna y civilizada*, agrega que debe reconocerse su disparidad de jerarquía, que existen conflictos y colisiones en el ejercicio de dos o más de ellos. Para él, debe buscarse la conciliación entre los derechos asumiendo como regla general que la colisión es sólo aparente y resoluble. Si ello no es posible, hay que proceder a la jerarquía o gradación.

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

El referido autor, por tanto, señala que empieza su jerarquización por reconocer y promover los derechos más nucleares o configurativos de la personalidad, *para desde allí irradiarlos hacia los derechos corticales o que se refieren a la exteriorización de dicha personalidad en la convivencia social*.⁸⁶ En efecto, para Cea, en la enumeración del artículo 19 de la Constitución, los derechos siguen un *orden determinado, es decir, la secuencia jerárquica ya enunciada. Y lo mismo cabe aseverar del orden con que aparecen asegurados en los Pactos Internacionales respectivos*.⁸⁷

Para el mismo autor, en democracia existe el derecho a la información amplia, pero no ilimitada, puesto que debe resguardarse debidamente la intimidad y el honor de las personas, atributos jurídicos de mayor importancia que la libertad de expresión. La fórmula operativa o reglas de solución dadas por Cea se podrían expresar como sigue:

85 Rubio, *op. cit.*: 198.

86 Cea, 1999: 172-3

87 *Ibidem.*: 173.

- 1) *La vida privada, y también la honra, prima por sobre la libertad de informar;*
- 2) *La libertad de informar prima por sobre la vida pública;*
- 3) *Tanto el artículo 19 N°4 como el 19 N°12 tienen excepciones que los vuelven derechos de ejercicio legítimo, y*
- 4) *La privacidad del hombre público existe siempre, pero más reducida que la del ciudadano común;*

En caso de restricción, no basta alegar una finalidad de protección a los valores íntimos o al interés público. Se debe ponderar por el juez la gravedad de la intromisión en la intimidad, como asimismo, si la medida es imprescindible para asegurar el bien común que se pretende proteger.⁸⁸

Disentimos de Cea, ya que la solución del conflicto debe respetar lo expresado en nuestra Constitución y demás normas ajustadas, tanto formal como sustantivamente a ella, como, por ejemplo, los correspondientes pactos internacionales y la ley 19.733. Señalar una jerarquía altera los derechos en conflicto en su esencia, ya que estimamos que ellos, por igual, están íntimamente relacionados con la dignidad de la persona y los principios democráticos.

Más aún, nuestra Constitución, y/o las normas dictadas de conformidad a ella, serían las únicas que podrían imperativamente jerarquizar los derechos: lo que no está permitido a la jurisprudencia judicial, ni tampoco, a nuestro juicio, razonablemente a la doctrina. En efecto, se ha señalado que la intervención del legislador o *interpositio legislatoris* es necesaria para implementar el contenido de los concretos derechos constitucionales de la persona, y también para favorecer la ponderación entre posiciones subjetivas contrapuestas susceptibles de entrar en conflicto.⁸⁹

3.4 Nuestros tribunales de justicia.

Sin perjuicio del efecto relativo de las sentencias, es digno de mención que nuestros tribunales han resuelto que la privacidad prima por sobre la libertad de expresión en muchas resoluciones, algunas especialmente controvertidas.^{90 91} Por ejemplo, en una sentencia, de 1993, la Corte Suprema acogió una medida precautoria asimilable a la

88 Cea, 1998: 39-40.

89 Giancarlo Rolla, "Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales". En: Revista Española de Derecho Constitucional, N°54, año 18, septiembre/ diciembre 1998, página 61. Rolla considera evidente que *en los casos en los que entran en juego diversos y contrapuestos derechos constitucionales, su ponderación no puede ser dejada enteramente a la interpretación del juez (y en particular del juez constitucional), sino que encuentra su sede "natural" en la voluntad del legislador que, en cualquier caso, debe actuar bajo el criterio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad.* *Ibidem.*

90 Véase Pablo Ruiz-Tagle "Comentario N°3 Respeto a la vida privada", criticando la línea de resoluciones judiciales que pretende validar la censura judicial. En: Revista de Derecho Público, tomo 61, 1998-1999, páginas 212-3.

91 Al respecto puede consultarse, de Human Rights Watch, "Los límites a la tolerancia. Libertad de expresión y debate público en Chile". LOM ediciones, Santiago, 1998.

censura previa, señalando además, que en las actas de las sesiones de la Comisión había quedado claro para el Constituyente que la vida privada constituye un límite al derecho de información, dado el perjuicio ilegítimo que puede producirse a la honra y a la intimidad de las personas y de su familia.^{92 93} Entre otros razonamientos, la Excelentísima señaló:

“Respecto de lo íntimo no procede hablar de libertad de información y de derecho de ser informado, desde que ello no es susceptible de ser expuesto a la sociedad sin el consentimiento del afectado; informar sobre ello, además de ser ilícito, constituye un simple afán de morbosidad, contrario al bien común, ya que ésta lesiona en su esencia la dignidad y la integridad síquica de la persona, valores ambos asegurados por la Constitución (art. 19 N°s 1 y 26), conducta que, por consiguiente, no puede ser amparada ni protegida por la ley fundamental.”

Como hemos adelantado, este razonamiento es contrario al actual sistema jurídico, puesto que la ley 19.733 regula el tratamiento de datos personales, en el ejercicio de la libertad de comunicaciones. Por otra parte, la información (salvo espectáculos públicos) es siempre sin censura previa y en caso de colisión con el artículo 19 N°4, procede responsabilidad en la forma determinada por ley de quórum calificado. Por otra parte, hemos visto que el texto del Anteproyecto difiere del texto final de la Constitución vigente a la fecha de la sentencia.

Por otra parte, en los fallos nacionales recaídos en el recurso de protección relativo a la exhibición de la película “La última tentación de Cristo” (sentencias de la Corte de Apelaciones de 20 de enero de 1997 y de la Corte Suprema de 17 de junio del mismo año), no se citan los artículos pertinentes del Pacto de San José de Costa Rica, pese a que éste se encontraba plenamente vigente en nuestro país y fue alegado por una de las partes⁹⁴. Atendido lo anterior, no es de extrañar que, en este caso, el primero sobre libertad de pensamiento y de expresión resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹⁵, ésta última estableciera que nuestro Estado violó el artículo 13 de la

92 Evans, *op. cit.*, tomo I: 235.

93 Destacamos cierta evolución por parte de nuestra Corte Suprema, la que en noviembre de 1998, revocó una sentencia que acogía un recurso de protección interpuesto por una viuda, a su nombre y por sus hijas, en contra de una revista que probablemente publicaría un artículo sobre la muerte y circunstancias de su antiguo cónyuge, un particular. En la demanda se estimaba que la garantía del 19 N°4 estaba amenazada, concretamente el derecho a la vida privada, ya que se intentaba ligar el suicidio del difunto con la muerte en un accidente de otra de sus hijas. Las bases de la revocación fueron que no se observaba en la investigación *quebrantamiento jurídico alguno*; que no estaba demostrado que la potencial publicación *fuera fruto de la sola voluntad o capricho, con animosidad lesiva e injusta con los naturales sentimientos de los recurrentes*. Además se señaló que se tenía la posibilidad de utilizar medios represivos señalados en la ley de abusos de publicidad (responsabilidad) *en la oportunidad que corresponda*. De ello se estimó que *la preparación de un reportaje periodístico tendiente a indagar motivos del suicidio de una persona sin connotación pública, no representaba amenaza ilegal o arbitraria para la vida privada del grupo familiar del occiso*. Véase Gaceta Jurídica, agosto de 1998, páginas 32-7.

94 Escrito de 15 de noviembre de 1996, fojas 81 y siguientes, rol N°4079-96.

95 Véase *supra* notas 69 y 72.

Convención, e incumplió los artículos 1.1 y 2 de la misma.^{96 97}

4. Criterio positivista. Atender a si la libertad se ejerce legítimamente.

A nuestro juicio, la única forma válida de zanjar el conflicto pasa por la adecuada interpretación de las normas jurídico-positivas aplicables al caso particular, con sujeción al principio de supremacía constitucional. En efecto, como hemos visto, el Anteproyecto y la Constitución española resuelven el conflicto mediante texto expreso. Sin embargo, la Constitución chilena no contiene normas similares. Una vez centrados en el texto aplicable, podemos indicar que nuestro sistema constitucional consagra el principio represivo o *ex post* en materia de libertad de expresión. Esto significa que no cabe la censura previa, sin perjuicio de que si en el ejercicio de la libertad de expresión se incurre en un abuso o delito, se debe responder por él. En este mismo sentido, Claudia Nash; al señalar que *la resolución del conflicto pasa por adoptar un sistema represivo que toda forma de censura previa, incluso la judicial.*⁹⁸

También en esta línea, Durán Martínez, citado por Eduardo Esteva: *cuando se plantea un conflicto entre dos o más derechos constitucionales... la solución al problema no se encontrará sosteniendo que tal derecho "es superior al otro" (...) una fórmula razonable es la que permite valorar quién –o quienes– está haciendo un ejercicio ilegítimo del derecho en cuestión.*⁹⁹

En forma similar, Carlos Ayala –quien indica que el derecho a ser protegido contra los actos susceptibles de atentar contra el honor y la reputación, constituye un elemento determinante de responsabilidad ulterior de quien ejerce la libertad de expresión, pero no puede ser invocado para restringir irrazonablemente o en términos distintos a los consagrados en la ley, el ejercicio de esa libertad–, agrega que la garantía efectiva de las personas que se vean afectadas por informaciones falsas o injuriosas es

96 Estos señalan: "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

97 La sentencia determinó modificaciones en el ordenamiento jurídico interno (con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película), a fin de armonizarlo con la normativa de la Convención, lo que constituye una forma de reparación no pecuniaria. Véase nota 69 *supra*.

98 Nash, *op. cit.* 6.

99 Eduardo Esteva Gallicchio "Libertad de opinión e información, y derecho a la privacidad y a la honra en la doctrina, normativa y jurisprudencia de Uruguay". En: Revista *Ius et Praxis*. Año 6, N°1, Talca, Chile, 2000, página 131.

el derecho a réplica, es decir, a que se corrija públicamente la información falsa divulgada, sin perjuicio de las demás responsabilidades que ese hecho podría acarrear¹⁰⁰. En otras palabras: respuesta, aclaración y responsabilidad: todo aquello que consagra el 19 N°12. De conformidad a lo anterior, Humberto Nogueira señala:

La correcta delimitación de los derechos y sus limitaciones externas, permiten superar falsos conflictos de derechos, y cuando existe tensión entre ellos, debe asumirse que los derechos no son disyuntivos, haciendo el máximo esfuerzo por armonizarlos, debiendo ser garantizados en su contenido esencial.

Cuando esta armonización no es posible, no debe optarse por uno eliminando el otro, en un presupuesto de jerarquización de ellos, sino que es necesario hacer el esfuerzo de delimitar y precisar el alcance y la consistencia de cada derecho a través de un razonamiento fundado, y de ponderación orientada por principios que faciliten el discernimiento, dejando de lado las simplificaciones no autorizadas por el texto de la Constitución, insostenibles en nuestro orden constitucional, como asimismo, de acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁰¹

En el aspecto penal, Grisóla señala que, para la adecuada protección del honor, bastan los delitos de injuria y calumnia, teniendo presente que estas acciones pueden justificarse penalmente por el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 10 N°10 del Código Penal), si la libertad de expresión se encuadra dentro de los límites que la legitiman. Este autor señala los requisitos o condiciones de la justificante: a) Interés público de la información; b) Actitud positiva del actor hacia la verdad; c) La necesidad. Que el objetivo real sea el de la crítica política y no el mero maldecir por maldecir, y d) El conocimiento de las circunstancias de hecho.¹⁰² Nótese que Grisóla también destaca que debe tratarse del ejercicio legítimo del *derecho*, “si no bastaría haber dicho *derecho*”¹⁰³, lo que tiene perfecta armonía con nuestro ordenamiento constitucional (véase I.2.3).

5. El criterio que atiende al carácter individual o social de la libertad de expresión.

La solución que ha dado el Tribunal Constitucional Español, siguiendo la estela de otros tribunales y otras cortes, es la de otorgar preferencia a la libertad de expresión y de información cuando ésta se mueve en su dimensión colectiva, mientras que, cuando operan en una dimensión meramente individual, el honor y la privacidad se erigen como límite infranqueable a su ejercicio.¹⁰⁴ Enoch Albertí señala que debe obtenerse

100 Carlos Ayala Corao, “El derecho humano a la libertad de expresión: límites aceptados y responsabilidades ulteriores”. En: Revista *Ius et Praxis*. Año 6, N°1, Talca, Chile, 2000, página 51.

101 Humberto Nogueira, “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional chileno y comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”. En: Revista *Ius et Praxis*. Año 6, N°1, Talca, Chile, 2000, página 404.

102 Grisóla, *op. cit.* 31-2.

103 *Ibidem*: 30.

104 Enoch Albertí Rovira, “Libertad de información y derecho a la privacidad y al honor en España, y en la Convención Europea de Derechos Humanos”. En: Revista *Ius et Praxis*. Año 6, N°1, Talca, Chile, 2000, página 58.

*una resolución que compatibilice la formación de una opinión pública libre y el respeto a las personas. Esta compatibilidad se logra mediante la oposición de límites mutuos entre los intereses, bienes y valores que subyacen en cada uno, articulación que no resulta nada simple y que debe conjugar situaciones y circunstancias bien diversas. Por ello resulta inevitable que la jurisprudencia presente un aspecto muy casuístico y detallista.*¹⁰⁵

Este criterio nos parece altamente interesante y se relaciona con las distinciones que hemos visto en el derecho norteamericano, en cuanto a información sobre autoridades, figuras públicas y ciudadanos comunes y corrientes.

III. Conclusión.

Sin perjuicio de las diversas soluciones que intelectualmente pueden darse al conflicto, la única siempre válida pasa por la interpretación armónica de las normas jurídicas de rango constitucional y legal aplicables, y éstas últimas ajustadas, tanto formalmente como en el fondo, a la Constitución, atendido el principio de supremacía constitucional.

Sería conveniente que las normas correspondientes distinguieran entre autoridades públicas, figuras públicas y personas comunes y corrientes, a fin de establecer la responsabilidad por los delitos y abusos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión de manera creciente, en forma respectiva. Lo anterior se fundamenta en el mayor control y/o grado de curiosidad a que están y deben estar expuestas tanto las autoridades públicas (en aras del fortalecimiento de la democracia mediante una opinión pública ampliamente informada) como las figuras públicas (por el natural interés que sus actividades despiertan en la comunidad). Esta distinción se justifica en el principio de igualdad ante la ley, el que llama a regular de forma diferente a las personas que no se encuentran en la misma situación.

¹⁰⁵ *Ibidem*, página 65.