Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CHILENA SOBRE EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

-Un análisis crítico y comparado de los derechos configurados por la Constitución y la jurisprudencia, con especial acento en el derecho a la propia imagen-

Cristian Suárez Crothers [1]

Recibido: 1 de diciembre de 2008
Aprobado: 11 de diciembre de 2008

RESUMEN

En este trabajo se sostiene la tesis de que no es conveniente ni adecuado utilizar la noción de **vida privada** como una suerte de "bolsón" general en el cual se pueda incluir libremente toda nueva posibilidad jurídica no subsumible en otro lugar; principalmente, porque tal situación tiende a que la regulación posterior de los variados derechos reconocidos por el legislador derive en confusa y deficiente.

En efecto, la ausencia de una preocupación por precisar con claridad los bienes jurídicos que se quiere proteger bajo el amparo de los numerales del artículo 19 de la Constitución chilena, que solemos entender como **derechos de la vida privada**, ha llevado, por ejemplo, a la expedición de normas penales desmedidas, no sólo en relación con la técnica empleada para señalar los tipos penales involucrados, sino también desde el punto de vista de los bienes que se protegen, de lo que resulta que meras intromisiones en la vida privada son castigadas con penas muy severas, particularmente si se hace una lectura literal de las normas.

Esto es lo que ha ocurrido de hecho, con los artículos 161 A y 161 B del Código Penal de Chile.

Por ello es conveniente establecer una distinción clara de los distintos derechos constitucionales que se encuentran comprendidos en los numerales 4° y

[1] Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Talca – Chile. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

5° del artículo 19 de la Constitución, para intentar definir sus contendidos fundamentales, de manera que logre un más adecuado desarrollo jurisprudencial. Para el efecto, se expone, con mirada comparatista, la evolución de los diversos derechos comprendidos en el artículo 19, números 4 y 5 de la mencionada Constitución, con una propuesta de delimitación de cada uno de ellos, de acuerdo con el propósito de la investigación.

PALABRAS CLAVES

Código Penal, Constitución Política, Derecho a la Vida Privada, Jurisprudencia, Cultura Cívica, Chile.

ABSTRACT

The right to privacy, a private life is "*the right that each person has to keep from third parties those issues that may bring about indignity or decorum, seeing as they are personal, notwithstanding the truth or falseness of the information*" On this regard; Chile was one of the countries in the nineteenth century that protected this right, but this has changed since then, now a days, congress has limited itself when legislating this right, apparently because of the implications brought upon freedom of information and speech. However, regarding this right there are other rights that seem to keep some correlation, as the right of autonomy and personal intimacy; at the same time it is vital to be cautious when divulging information in the media, having in mind you could be incurring in the crime of defamation.

KEY WORDS

Penal Code, Constitution, right to privacy, jurisprudence, civic culture, Chile

DESARROLLO DE LA PROPUESTA

Si Chile fue un país que en el siglo XIX tuvo una protección de la vida privada que, a lo menos desde el punto de vista formal de la legislación existente, se situaba en el parámetro aceptado por el Derecho comparado, en el pasado y presente siglo la legislación sobre la materia ha sido errática e, incluso más, el legislador ha sido renuente a legislar de manera más completa sobre este derecho, aparentemente por las implicancias que de ello pudieran derivar para la libertad de opinión e información y los efectos económicos que una regulación más profunda pudiera ocasionar en la libre circulación de los datos.

No es extraño en Chile escuchar voces que defienden esta ya tradicional abstención legislativa en materia de intimidad.[2] El argumento que se esgrime suele ser el de que esta es una materia en la que no tenemos experiencia comparable a la de los países europeos, donde el derecho se ha afirmado sobre la base de una larga y dificultosa práctica pretoriana.

Chile es un país de un profundo legalismo. Su situación en las últimas décadas, indudablemente, ha sido la de recuperar sus viejas tradiciones democráticas, pero este legalismo es el legalismo propio de la tradición francesa que pone al legislador a un nivel intocable, incluso por sobre la Constitución. Los jueces, por tanto, fieles a este predicamento –y en ocasiones con buenas razones- no suelen fácilmente aceptar la idea -hoy tan en boga- de que la Constitución tiene aplicabilidad directa y, generalmente, reclaman razonablemente la *interpositio legislatoris.*

Pero, además de estos problemas, hay un aspecto que resulta insoslayable de abordar porque dice relación con la cultura nacional y con el grado de desarrollo social del país.

Ciertamente, Chile tiene una posición relativamente destacada en América latina no sólo en lo que respecta a su tradición democrática, sino también en cuanto a lo que se suele denominar como "cultura cívica". Los chilenos, se escucha decir, son gente con cultura cívica. Sin embargo, Chile es un país de contrastes sociales muy profundos y estos contrastes producen efecto en la vida jurídica práctica, no sólo porque pareciera en ocasiones que la vida privada sólo corresponde a un determinado segmento de la población, sino también porque esta situación genera una suerte de insensibilidad frente al tema de protección de la vida privada.

El problema sobrepasa las fronteras políticas e ideológicas, y la mirada suele ser la de la sospecha cuando lo que se plantea es regular esta situación, como si la vida privada fuera un aspecto secundario a proteger entre el conjunto de los derechos, dadas las prioridades objetivas en la satisfacción de los intereses y derechos individuales que se plantean en toda sociedad estratificada.

De manera que el problema de la regulación de la vida privada es bastante más complejo de lo que suele creerse y no admite una simple extrapolación de

---

[2] El principal exponente de esta posición es el profesor Enrique BARROS BOURIE, en "La privacidad como secreto", artículo publicado por la Revista Artes y Letras del diario El Mercurio de 15 de septiembre de 1996. En sentido contrario: Carlos PEÑA en: "El Derecho civil en su relación con el Derecho internacional de los derechos humanos", contenido en Sistema Jurídico y Derechos Humanos, libro editado por Cecilia MEDINA QUIROGA y Jorge MERA FIGUEROA. Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales. Santiago 1996., pp. 603.

soluciones disponibles en el derecho comparado, generalmente vinculadas a contextos y necesidades diversas.

La utilización de las huellas digitales para individualizar a las personas, pasando hasta la utilización en la cátedra de los datos que individualizan a las partes en juicio, como se manifiesta en la casi totalidad de nuestros repertorios de jurisprudencia y, hasta hace poco, la libre circulación de datos de las personas y su incorporación en archivos policiales, comerciales, bancarios o administrativos, evidencian la falta de sensibilidad en nuestro medio sobre estos temas.

La prensa misma suele publicar los nombres y las fotografías de las personas que resultan inculpadas de participación en ciertos delitos, sin que ello repugne significativamente a la "conciencia" pública.

LA REGULACIÓN DE LA VIDA PRIVADA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL CHILENO

La regulación de la vida privada en el sistema constitucional chileno comprende varios aspectos que, indudablemente, sobrepasan los contenidos de regulación constitucional de los textos constitucionales que anteceden a la Constitución de 1980.

El Constituyente de 1980, quiso incorporar a la tradicional protección a la correspondencia y al domicilio (en la terminología chilena de "inviolabilidad del hogar") otros aspectos que permitieran completar el marco posible de protección a la esfera de intimidad de las personas.

Las disposiciones constitucionales se dirigían, hasta antes de la reforma constitucional de 2005, a brindar protección a los siguientes bienes jurídicos:

a) A la vida privada, en sentido estricto, de las personas.

b) Al respeto de su vida pública.

c) A la honra de la persona y de su familia.

d) A la lesión de la vida privada, en cualquiera de los tres aspectos antes señalados, cuando era cometida por un medio de comunicación social.

e) A la inviolabilidad del hogar y, finalmente,

f) A la inviolabilidad de la correspondencia.

Después de la reforma mencionada se mantiene vigente lo señalado en las letras a), c), e) y f).

Como se ve no queda comprendido dentro de las disposiciones aludidas la protección a la propia imagen, la que se cautelará desde el punto de vista penal encuadrándola dentro de los llamados delitos "contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia"[3]

En efecto, el artículo, 161 A del Código Penal sanciona " ... *al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio...capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado* ... ", etc., como a quien los difunda.

El profesor EVANS consideraba expresamente en esta materia: que *"la intercepción de las conversaciones y el grabado de imágenes de actos que caen en la esfera de la privacidad, sin el conocimiento o consentimiento de las personas afectadas, son hechos que vulneran el derecho a la vida privada garantizado por la Constitución"*, como quedó establecido por acuerdo unánime del que dejó constancia la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en su Sesión 129.[4]

Por cierto no existe en Chile nada semejante a un código sobre la privacidad o un conjunto de normas que de manera sistemática y coherente se encargue de regular los diversos aspectos que quedan comprendidos bajo la noción de vida privada, no obstante haberse dictado una ley que pese a llevar el nombre de ley de protección a la vida privada, se refiere más específicamente, y de manera muy incompleta, a la protección de los datos de carácter personal, materia que trataremos en un siguiente trabajo.

La vida privada, por tanto, está regulada en disposiciones dispersas y de muy variado contenido, siendo los tribunales de justicia en última instancia los llamados a fijar el marco referencial adecuado para encarar esta compleja problemática.

TESIS Y PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO

Sostenemos en este trabajo la tesis de que no es conveniente ni adecuado utilizar la noción de vida privada como una suerte de bolsón general en el cual se pueda incluir libremente toda nueva posibilidad jurídica no subsumible en otro lugar; principalmente, porque tal situación tiende a que la regulación posterior de los variados derechos involucrados, por el legislador, derive en confusa y deficiente.

---

[3] Estos delitos fueron incorporados al Código Penal chileno a través de la Ley nº 19.423, de 20 de noviembre de 1995, que incorporó un párrafo 5 al Título III Libro II del Código Penal, específicamente: los artículos 161 A y 161 B del Código Penal. Estas disposiciones han sido objeto de muchas críticas por la doctrina penal, chilena, principalmente por los defectos de construcción técnica de los tipos penales incorporados.

[4] EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Los Derechos Constitucionales, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1990, pp. 173.

En efecto, la ausencia de una preocupación del constituyente por precisar con claridad los bienes jurídicos que se quiere proteger bajo el amparo de los numerales del artículo 19 que solemos entender como derechos de la vida privada, ha llevado, por ejemplo, a la dictación de normas penales que son bastante desmedidas, no sólo en relación con la técnica empleada para señalar los tipos penales involucrados, sino también desde el punto de vista de los bienes que se protegen, de lo que resulta que meras intromisiones en la vida privada son castigadas con penas muy severas, particularmente si se hace una lectura literal de las normas.

Esto es lo que ha ocurrido, en el hecho, con los artículos 161 A y 161 B del Código Penal.

Por ello es conveniente establecer una distinción clara de los distintos derechos constitucionales que se encuentran comprendidos en los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución, materia específica a la cual nos abocaremos en esta investigación.

LA PROTECCIÓN, EN SENTIDO ESTRICTO, DE LA VIDA PRIVADA

Es, precisamente, a esta situación a la que me refería al terminar el párrafo anterior. Nuestra Constitución introduce el reconocimiento del derecho a la vida privada como un derecho más de los contemplados en el catálogo del artículo 19, sin que la doctrina haya manifestado una preocupación histórica por este tema, quizá influida por la forma restringida en que había sido acogida durante la vigencia de la Constitución de 1925. Afortunadamente esta situación comienza a cambiar a partir de los años 1998 a 2000.

DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA ENTRE NUESTROS CONSTITUCIONALISTAS

EVANS DE LA CUADRA sostuvo que por este derecho había que entender "ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros."[5]

[5] Ibidem pp. 172.

Es decir, lo que Alejandro SILVA BASCUÑAN denominaba en las discusiones de la Comisión, el *"santuario de la intimidad"*, entendido como ese espacio que se deja al hombre para que pueda desarrollar valores que contribuyan al progreso y perfeccionamiento de la sociedad entera.

Hernán MOLINA GUAITA define, por su parte, la vida privada como "... aquella que comprende la vida familiar, entre cónyuges, entre padres e hijos".

A su juicio, "ella comprende la vida sentimental, y en general, aquellas actividades propias de la intimidad de la persona."[6]

Nosotros mismos creemos, como hemos manifestado en otro artículo, que la vida privada puede definirse como **"el derecho de toda persona a mantener fuera del conocimiento de terceros aquellos aspectos de su vida corporal o anímica que le provocan recato o pudor, aún cuando no afecten su honor, imagen o integridad física o mental, toda vez que le resultan íntimos, no obstante la falsedad o veracidad objetiva de su contenido."**

CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA EN LA DOCTRINA PENAL

La doctrina penal, por su parte, entiende que corresponde a este ámbito del Derecho "tutelar el interés de cada persona en reservar para sí un determinado ambiente o sector, donde la intromisión de extraños perjudicaría su autonomía de la voluntad para determinar su conducta, o heriría sentimientos espirituales que el legislador juzga dignos de respeto."

De este modo, para Alfredo ETCHEBERRY, "esta esfera de intimidad o reserva tiene tanto un aspecto material (tutelado a través de la figura de violación del domicilio), como uno espiritual (protegido a través de las figuras de violación de secretos en sus distintas variedades). Los delitos que al respecto contempla el Código Penal –nos dice- son dos: la violación de domicilio y la violación de correspondencia."

Pero la normativa Penal distingue dos grandes esferas de bienes jurídicos a los que se brinda protección, el primero: el que acabamos de enunciar, esto es, la esfera de intimidad y, el segundo: la esfera de los llamados delitos contra el honor.

El legislador, además, agregó al Título III del Libro II del Código Penal, por medio de la Ley 19.423 de 20 de noviembre de 1995, a los crímenes o simples

---

[6] MOLINA GUAITA, Hernán. Derecho Constitucional Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción 1995, pp. 177.

delitos que atentan contra los derechos garantidos por la Constitución, un párrafo quinto que tipifica los llamados "delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia."

VIDA PRIVADA E INTIMIDAD

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto de ley sobre protección de la vida privada, se efectuó una distinción entre vida privada e intimidad, que resultaba interesante; distinción que surgió a consecuencia del mandato que la Comisión otorgó a dos de sus miembros para la redacción de un texto sistematizado de la normativa sobre protección de datos.[7]

Los redactores, diferenciaron de manera muy clara en su informe los conceptos de vida privada e intimidad, pese a que la Constitución no hace alusión a ésta última expresión en su texto, estimando que mientras por vida privada debía entenderse "... la actuación y relaciones de una persona... en tanto individuo... (perteneciente a)... un grupo social, al margen de su actividad profesional, pública o privada (en sentido amplio, incluida la política), por intimidad, en cambio, debía considerarse, "el entorno inmediato y los aspectos más reservados de la vida privada y de la propia persona que todo individuo tiene derecho a mantener - fuera de toda intromisión."[8] El propósito era ciertamente buscar un lugar en nuestro sistema constitucional al llamado derecho a la autodeterminación informativa, aunque que no se llegara, finalmente, a dársele esta denominación.

Por ello, concluían, "los datos...(de una persona)... para nada interesan, en principio, al grupo social y pueden (sin embargo) ser siempre denegados y prohibida su automatización

La definición utilizada por los parlamentarios nos indica que, desde el punto de vista de los autores de la moción sobre protección de la vida privada, como de los miembros de la Comisión de Constitución, el tema de la protección de los datos personales debía quedar incluido, al igual que como ocurre en nuestro derecho con la protección de la propia imagen, dentro de la noción de vida privada o intimidad; más estrictamente dentro de la noción de intimidad. En algunos sistemas comparados que regulan el derecho a la intimidad, se ha preferido considerar,

---

[7] El informe está contenido en BOL. 896 07 (S) 1 de la Cámara de Diputados. Debe destacarse que en el informe (página 2) se dice, expresamente que: "el proyecto (Cantuarias) si bien consagra algunas normas de protección a la vida privada, del todo insuficientes, lo que hace con mayor propiedad y profundidad es dictar normas de protección de los datos de carácter personal".

[8] Ibidem, pp. 7.

sin embargo, que el bien jurídico protegido, tratándose de los datos de carácter personal, no es el de la intimidad sino la privacidad o vida privada, en sentido completamente inverso a la conclusión a que llegaron nuestros comisionados nacionales en el Congreso.

Es posible que la novedad del tema y las distintas opciones existentes en el derecho comparado llevaran a los parlamentarios señalados y, por su intermedio, a la Comisión, a arribar a esta conclusión aparentemente sencilla en un tema altamente complejo.

A pesar de todo, manifestaban nuestros comisionados buen sentido al establecer al menos esta diferenciación para dar cabida a la protección de los datos personales. En atención a que este tema ha sido objeto de mucho estudio y atención en el derecho comparado, en las distintas etapas de los procesos conocidos de elaboración de leyes de protección de datos, nosotros vamos a sostener que el derecho a la vida privada así como el derecho a la intimidad son igualmente insuficientes para responder, no sólo a los requerimientos de las técnicas de protección de los datos personales automatizados, sino también a la autonomía constitucional de otros derechos adscritos, también, a lo que podríamos, en general, denominar los derechos de la vida privada.

Gastón Gómez, en su libro titulado "Derechos Fundamentales y Recurso Protección", de edición relativamente reciente (2005), señala que la intimidad es una esfera de la vida privada "particularmente intensa de subjetividad."[9] Señala también que este "espacio de total opacidad y secreto", de naturaleza frágil y cambiante es indispensable de ser protegido no sólo en su aspecto interno, sino también en sus manifestaciones externas, las que de no ser protegidas estimularían "...la hipocresía, la desconfianza, y se estropearían instituciones sociales básicas." Por ello, a su juicio, "el Derecho protege el secreto de confesión, las confidencias bajo secreto profesional, la no incriminación, la reserva en materias religiosas o políticas...la entrega de información en situaciones especiales (por ejemplo al borde de la muerte) y otras situaciones similares." Sin embargo, reflexiona, que pese a los esfuerzos de la jurisprudencia este es "...un espacio todavía por configurar..." en nuestro Derecho, para luego referirse *in extenso* a las diversas dimensiones, en la práctica constitucional y jurisprudencial, del derecho a la vida privada, la que entiende como una "forma atenuada de la intimidad"[10], más cercana al "mundo corriente de la vida" que de la conciencia.

---

[9] GÓMEZ BERNALES, Gastón. Derechos Fundamentales y Recurso de Protección. Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, año 2005, pp. 315

[10] Ibidem, pp. 317

El análisis que Gómez realiza del Derecho a la vida privada es tan amplio que incorpora también en él, además de los aspectos clásicos que se relacionan con el tema: la integridad física y psíquica de las personas, el derecho a la vida, la prohibición de aplicar apremios ilegítimos, la tutela de la libertad de conciencia y de creencias, el derecho del inculpado a no ser obligado, en causa criminal y bajo juramento a declarar sobre hecho propio, así como la prohibición de obligar a declarar en contra del inculpado a sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos, señale la ley.

Como se ve, una vasta gama de situaciones, que en nuestra opinión, sin embargo, siguiendo la tesis enunciada, no deberíamos estrictamente subsumirlos bajo la garantía de derecho la vida privada, dado que en esa perspectiva prácticamente no habría derecho subjetivo público que no tuviera tal carácter, a lo menos si consideramos que estos derechos son clásicamente derechos que los individuos pueden oponer frente al Estado y, en los últimos tiempos, también frente a los particulares.

EL RESPETO A LA VIDA PÚBLICA

Un aspecto que ha sido hasta hace poco llamativo en nuestro sistema constitucional, ha sido la incorporación que la Constitución de 1980 hizo al conjunto de los derechos de la vida privada del concepto de "VIDA PÚBLICA" Aquello que ha parecido a muchos una *contradictio in adjectio*, debe a nuestro juicio, y no obstante su derogación reciente, ser también aquí objeto de estudio. La razón es que sin su consideración no podríamos verdaderamente entender el verdadero sentido y alcance de las normas constitucionales chilenas sobre protección a la vida privada.

Comenzaremos diciendo que así como no era muy precisa nuestra Constitución en su manera de concebir la protección de la vida pública, en el derecho a la vida privada, tampoco la noción llegó a ser mayormente desarrollada por la doctrina o la jurisprudencia nacionales.

A primera vista aparecía esta disposición como una norma contradictoria con el contenido general de la regulación del artículo 19 N.° 4 constitucional, al punto que –como bien ha advertido Emilio Pfeffer- la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución "sólo se limitó a proteger la vida privada".

En efecto, no fue dicha Comisión, sino el Consejo de Estado el responsable de la incorporación de esta idea al texto del Anteproyecto de Constitución y, finalmente, de la Constitución misma.[11]

---

[11] Institución vigente durante el gobierno militar del General Pinochet, que hoy no forma parte del sistema institucional chileno.

Ahora bien, como es necesario entender que las normas constitucionales deben interpretarse de manera armónica, otorgando a éstas una finalidad constitucional acorde con el lugar que ocupan en el propio texto constitucional, una gran parte de nuestra doctrina entendió que la polémica e incómoda expresión se refería, en realidad, a la protección del honor de las personas que realizan actividades públicas, o lo que es lo mismo en el derecho comparado al reconocimiento que nuestro derecho constitucional daba a la garantía del derecho al honor de las personas que gozan de fama y notoriedad pública; esto es al llamado derecho de honor de los famosos y sus límites.[12]

El Derecho constitucional general suele considerar que la sola circunstancia de que algunas personas se expongan voluntariamente al juicio público hace ceder el ámbito de reserva garantido por el derecho de intimidad.

En esos términos el Derecho no admite que se pueda utilizar, respecto de ellas, el mismo parámetro de protección que el que se emplea para las demás personas.

Es evidente, que en este sentido, y no obstante la derogación de la norma por la ley 20.050, este último aspecto que acabamos de señalar sigue siendo válido en el análisis del artículo 19 N.° 4, sin que sea valedero concluir que con dicha derogación el derecho constitucional chileno habría dejado fuera de la protección del honor y la vida privada a las personas "famosas". Evidentemente, una tal conclusión sería completamente absurda.

Volviendo ahora a la explicación de lo que se entendió por protección de la vida pública, EVANS DE LA CUADRA indicaba que la norma estaba dirigida "... especialmente, a los medios de comunicación social, los que, al informar ... 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. De esta forma -agregaba-, los medios de comunicación, y los particulares, no podrían imputar a estas personas hechos falsos o que causen daño injustificado o descrédito a ellos y a sus familias, salvo que prueben la verdad de lo aseverado".

De manera complementaria, la entonces vigente, en esta parte, ley N° 15.576 sobre abusos de publicidad, cuyo texto definitivo fue establecido por la Ley N° 16.643 de 4 de septiembre de 1967, señalaba en su artículo 22, al tipificar las

[12] En este mismo sentido se pronuncia el profesor CEA EGAÑA. Tratado de la Constitución de 1980. Características Generales.Garantías Constitucionales. Editorial Jurídica de Chile, pp.103, refiere: " ... me parece claro que la norma puede extenderse a personas de notoriedad o que despiertan el interés general, aunque no desempeñen cargos u oficios públicos, con las consiguientes responsabilidades para los medios de comunicación social infractores".

conductas delictivas en torno a la difusión de hechos lesivos de la vida privada y la imagen de una persona, que no debían ser considerados como hechos relativos a la vida privada o familiar de una persona, y que, por consiguiente ingresaban al ámbito de la esfera pública los siguientes aspectos:

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 consistieron 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 alguno 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 de los mismos...."

Asimismo, indicaba, en su inciso final, que se considerarían pertenecientes a la vida privada los hechos relativos a la vida sexual, conyugal o doméstica de una persona, salvo en cuanto pudieren ser constitutivos de delitos.

De manera que, como se ve, el propio trazado que la legislación entonces vigente contemplaba para distinguir entre lo público y lo privado en la ley antes mencionada, hacía innecesaria la disposición derogada durante el año 2005.

EL RESPETO A LA HONRA DE LA PERSONA Y DE SU FAMILIA

El derecho al honor, configurado como derecho constitucional por el artículo 19 N.° 4 de la Constitución, en compañía del derecho a la vida privada, no había tenido tradicionalmente en Chile un reconocimiento explícito en las cartas constitucionales y su protección estuvo más bien históricamente entregada a la normativa infraconstitucional, tanto en sus aspectos civiles como penales.[13]

La Constitución, por su parte, no entrega precisión alguna en torno a lo que deba entenderse por honor, ni es esperable o recomendable que lo haga.

[13] Cfr. supra.

El problema es que tampoco la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución aportó demasiadas pistas en torno a la delimitación conceptual del derecho al honor y, simplemente, se registró en las discusiones la opinión del profesor Jorge OVALLE, para quien los vocablos honra y honor no son sinónimos y se refieren a aspectos distintos. En efecto, a juicio de Ovalle, si la honra se refiere a "la estima y respeto de la dignidad propia", el honor debe ser definido como la "cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos."[14] En similar perspectiva EVANS DE LA CUADRA concebía, por su parte, a la honra como "el conjunto de cualidades éticas que permiten que la persona merezca y reciba la consideración de los demás."

El honor, en cambio, a juicio de EVANS, consiste en "la conciencia de que es preciso estar cumpliendo siempre, estrictamente, con las obligaciones personales, familiares y sociales."[15]

Cualquiera sea la concepción que en torno a este derecho se adopte, debe tenerse presente que ella debe ser comprendida en el contexto de los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos, vigentes y ratificados por Chile sobre esta materia. Ello, como una lógica consecuencia de la aplicación del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución de la República.

LA LESIÓN DE LA VIDA PRIVADA POR UN MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Esta hipótesis del artículo 19 N° 4, actualmente derogada, estaba consagrada para sancionar de un modo muy amplio la actuación de los medios de comunicación social cuando se infringía el honor o el derecho a la vida privada o pública de una persona y, en su caso, a su familia, cuando se reunían los elementos exigidos por la norma fundamental.

De esta manera, el inciso 2° del artículo 19 prescribía:

"La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí

[14] Ver Sesión números 129 y 130 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

[15] EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Op. cit., Pp. 174.

misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan."

La infracción a que este precepto se refería era, naturalmente, la que obligaba al respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, en los términos que reza, incluso hoy –con excepción de la expresión vida pública- el inciso primero del artículo 19 N.° 4 de la Constitución.

La infracción constitucional que la disposición categóricamente señalaba que "será constitutiva de delito" se configuraba, entonces, en la medida que el medio imputara a una persona, ya sea:

a) un hecho o acto falso,

b) o, alternativamente, un hecho que causara injustificadamente daño o descrédito a él o a su familia.

LA DISPOSICIÓN DEROGADA Y EL DELITO DE DIFAMACIÓN

La disposición tenía ciertamente una naturaleza, a lo menos, curiosa, no porque con ella se intentara señalar un límite al derecho de información, dándole valor preferente al derecho al honor, sino porque recurría a la técnica no habitual de tipificar un delito en la propia Constitución, aún cuando se haya[16] dejado al legislador la tarea de establecer su sanción.[17]

El origen de esta disposición es algo desconocido, principalmente porque ella no fue el fruto de la discusión de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sino que se difundió al darse a conocer el Proyecto de Constitución del Consejo de Estado.

---

[16] COLOMBARÁ LÓPEZ Ciro. Los delitos de la ley sobre abusos de publicidad Ediciones Jurídicas La Ley; Santiago 1996, pp. 89.

[17] Debe dejarse constancia que el profesor CEA EGAÑA, en op. cit., Tratado de..., pp. 106, pone en duda que esta haya sido la intención del constituyente Para CEA, la intención .. no ha sido ni crear una presunción de dolo ni fijar directamente los tipos, sino que excluir la posibilidad de que la ley establezca la responsabilidad por culpa o error. " De lo contrario, agrega más adelante, se llegaría "al absurdo de que la ley se dicte para establecer sanciones y penas por delitos casi en blanco bosquejados en la Constitución y configurados concretamente en los estrados judiciales Tal actividad de la magistratura sería, evidentemente, una violación de los artículos 6°,7° y 19 N° 3 incisos 7°y 8° de la Constitución, entre otros preceptos susceptibles de citarse para rechazar la tesis contraria que pudiese elaborarse al efecto " Nosotros creemos que este es el criterio apropiado.

El senador GUZMÁN, que formó parte de dicha Comisión, hizo ver en una sesión del Senado que el precepto fue incorporado a iniciativa del ex Presidente Jorge ALESSANDRI Rodríguez, a la sazón Presidente del Consejo de Estado.[18]

Sin embargo, ya en el criterio de la Comisión se estimaba necesario reintroducir en el ordenamiento jurídico chileno el llamado delito de difamación, en vista de que la injuria requiere siempre del *animus injuriandi* para ser sancionada.[19]

En cambio, se decía, el delito de difamación tiene un carácter formal y su principio de ejecución se identifica con la consumación del mismo.

El delito de difamación se introdujo en Chile a través de la Ley 15.476 de 23 de enero de 1964, junto a otros delitos como el de sensacionalismo o de publicación de noticias falsas, para contrarrestar el crecimiento de la llamada "crónica roja".

También motivó la aparición de esta ley, la reciente incorporación (a esa fecha) de la televisión al sistema de telecomunicaciones chileno, así como la necesidad de perfeccionar las normas regulatorias de la radio y la prensa escrita.

El Proyecto fue recibido en medio de arduas críticas, por cuanto se consideraba que constituía un atentado a la libertad de expresión.

Por otra parte, se decía, el argumento de que la ley quiere proteger a los ciudadanos de la crónica roja no es coherente con el hecho de que el Decreto Ley 425, de 1925, que precedió a este nuevo proyecto, jamás fue aplicado para sancionar la difusión de la pornografía por los medios de comunicación social, de manera que el proyecto tiene un claro matiz restrictivo de la prensa y de los demás medios de comunicación social. El carácter sostenido de esta crítica llevó a que la ley 15.476, y varios de los delitos mencionados por ella, fueran derogados posteriormente bajo el mandato del Presidente Frei Montalva (1964-1970).

¿En qué consistía este delito?

El artículo 21 señalaba que incurría en él el que, por algunos de los medios de comunicación señalados en el artículo 12, difundía *"...informaciones o comentarios que, sin ser constitutivos de injuria o calumnia, sean lesivos para la dignidad, honra, honor o crédito de una persona"*.

---

[18] Diario de Sesiones del Senado, legislatura ordinaria N°320, Sesión 11° de 26 de junio de 1990, pp. 834. En relación con el hecho de que la iniciativa correspondiera al ex Presidente ALESSANDRI cabe destacar que fue precisamente durante su mandato (1958 1964) que se introdujo en nuestra legislación el llamado delito de difamación. El delito fue incorporado por el artículo 21 de la Ley N.° 15.476 de 23 de enero de 1964, el más criticado del cuerpo legal al que se conoció como "ley mordaza" por las sanciones que establecía a los medios de comunicación social. El contenido de esta Ley pasó, luego, en junio de 1964, a formar parte de la Ley 15.576, que fijó el texto refundido de la ley de abusos de publicidad.

[19] COLOMBARÁ LÓPEZ, Ciro. Op. cit., pp. 324

Como se comprende, y así también lo señala COLOMBARÁ[20], el bien jurídico protegido por este delito no era la vida privada sino el honor de las personas, y se establecía como un tipo penal residual, es decir, aplicable sólo en defecto de los preceptos regulatorios de la injuria o de la calumnia, criterio que, de otra parte, quiso mantener la Constitución de 1980.

El problema que se suscitó luego, fue el de determinar si el precepto protegía también la vida privada y si los tipos establecidos en la Constitución eran o no diferentes. Ello se planteaba como consecuencia de que el precepto fue estatuido en el inciso segundo del artículo 19 N° 4, que se refiere tanto a la vida privada como al honor, como por el hecho de que la Constitución define disyuntivamente dos tipos legales: la imputación de un hecho o acto falso a través de un medio de comunicación social y la imputación que causa daño o descrédito a una persona o a su familia.

Respecto al primero de estos aspectos, la doctrina nacional ha sido más bien parca. El constitucionalista José Luis CEA EGAÑA, quien calificó a esta disposición como "retorcido precepto"[21], afirmó su parecer..." en el sentido de que la difamación es la figura punible que ha sido permitida al legislador fijar con base en la disposición analizada."[22] Esto implicaría, a nuestro juicio, que teniendo por objeto históricamente el delito proteger el honor, habría que considerar que es ese y no la vida privada el bien jurídico protegido. Esta es la opinión, por lo demás, de EVANS DE LA CUADRA, para quien "el último acápite de la garantía del N.°4 del artículo 19 desarrolla, en cierta medida, el concepto de honra, ya que afecta la imputación de un hecho o acto falso o que causa injustificadamente daño o descrédito."[23]

En relación con el segundo problema, esto es, a si la idea es la de fijar una o dos figuras delictivas diferentes, las opiniones eran diversas, aunque directamente entrelazadas con el primer problema. El Consejo de Estado al informar al Presidente de la República sobre el Proyecto de Nueva Constitución[24], negó que la descripción del inciso segundo del artículo 19 N° 4 se refiriera a dos tipos penales diversos.

Para el profesor CEA EGAÑA eso era un error, porque tanto el texto del Proyecto de la nueva Constitución, como la Constitución misma "son claros en cuanto a fijar dos figuras delictivas diferentes."[25] EVANS DE LA CUADRA, en cambio, creía que formaban parte del mismo tipo. Por ello el constitucionalista

---

[20] Ibidem, pp. 199.

[21] CEA EGAÑA, José Luis. Op. cit., Tratado de... pp.108.

[22] Ibidem, pp. 106

[23] EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Op. cit., Los derechos.. ., pp. 174

[24] En Oficio N.' 13 remitido, con fecha 1° de julio de 1980.

[25] CEA EGAÑA, José Luis. OP. cit., Tratado de. .., pp. 106.

pensaba que "el hecho o acto falso imputado a una persona, para ser ilegítimo, debía ser desdoroso, desacreditante, o comprometer esencialmente el buen nombre o la fama del afectado en su vida privada o pública."[26]

Nosotros nos inclinábamos por este último criterio, no sólo porque el propio profesor CEA creía que la Constitución no describe tipos penales y que esa tarea en nuestro sistema constitucional queda entregada al legislador, como lo señala el artículo 19 N.° 3 de la Constitución en su inciso 8°, al afirmar que: "Ninguna ley podrá establecer penas **sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella**."[27] ,sino, además, porque resultaría un absurdo, como ha reconocido nuestra jurisprudencia[28], que la mera imputación de un hecho o acto falso, fuese constitutiva de delito. Especialmente en la actividad de la prensa y de la televisión, dada su propia naturaleza, es posible la equivocación o el error en la noticia que se transmite, razón por la cual no se puede establecer un mandato absoluto de veracidad a los periodistas o a los medios, castigando penalmente la imputación de un hecho o acto falso. Ello requeriría, naturalmente como mínimo, que lesionara el honor de los afectados.

La definición de estos problemas no era irrelevante en la vida jurídica nacional, porque la confusión que generó el Consejo de Estado al incorporar un artículo que no había sido suficientemente discutido y razonado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, había venido generando dificultades no sólo en la regulación penal del derecho a la vida privada, sino también en su regulación civil, dado que como ha señalado más de un autor, se introdujeron en la Constitución conceptos que no habían sido aún claramente definidos por nuestro derecho privado.

De este modo, por ejemplo, los profesores Verdugo y Pfeffer pensaban que la Ley N.° 19.048, de 13 de febrero de 1991, que modificó la ley 16.643 sobre abusos de publicidad, venía "a desarrollar en cierta medida la normativa constitucional», al configurar "lo que en doctrina se conoce como delito de <difamación>"[29], mientras buena parte de la doctrina penal consideraba que la figura no había sido introducida aún, a lo menos como se la conoció en la década de los sesenta.[30]

---

[26] EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Op, cit., Los derechos. pp. 174.

[27] El subrayado es nuestro.

[28] Nuestra Corte Suprema ha dicho que: "La información errada no alcanza la entidad que se requiere para estimarla como constitutivo de una infracción de esta garantía" (C.S., 11 11 1985, RFM N° 324, pp. 760; C.S., 23 12 1986, RFM N° 337, pp. 892). Citado por Mario VERDUGO y Emilio PFEFFER en VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA. Derecho Constitucional, Tomo I., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1994, pp. 246.

[29] Ibídem, pp., 246.

[30] Durante el segundo semestre del año 1996 la prensa nacional planteó la posible presentación de una indicación del Senador Miguel Otero al proyecto de ley de libertad de opinión e información, destinada a incorporar el delito de difamación el que se sancionaría con penas pecuniarias. El Mercurio, sábado 31 de agosto de 1996, página editorial

A propósito de la discusión del proyecto de ley sobre libertades de opinión y de información, el senador institucional y ex ministro del interior del Gobierno del General Pinochet, Sergio Fernández, llegó a proponer la derogación del inciso 2° del artículo 19 de la Constitución, para poner término a las disfuncionalidades generadas por esta disposición. Esta pretensión había sido sostenida por los medios de prensa de mayor circulación en el país. Lo cierto es que la recientemente derogada regulación constitucional dio lugar a ciertas distorsiones de nuestro sistema penal al generarse una actividad sobreprotectora de la vida privada, llegándose al extremo de fijar para ciertos delitos penas que superan la del homicidio simple.[31]

LA INVIOLABILIDAD DEL HOGAR Y DE LA CORRESPONDENCIA

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución optó por separar esta garantía de la del artículo 19 n° 4, desestimando su análisis conjunto por considerar que la intimidad de la vida privada "... es una protección a algo que tiene cierta calidad de abstracto, que es la forma como cada uno mira sus propias relaciones con las personas queridas, con su familia, y como ve su propia honra. En cambio, la protección del hogar y la correspondencia es protección de cosas concretas, que se expresan de diversas maneras y que se traducen en hechos materiales."[32]

El respeto a la garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio ha sido considerado como uno de los derechos infaltables desde las primeras cartas constitucionales hasta la fecha. En él residió, durante largo tiempo, la seguridad del respeto al ámbito de la autonomía de la vida privada.

En hermosas frases que ejemplifican lo anterior, expresaba Lord Chatham en una sesión del Parlamento inglés de 1764:

"El hombre más pobre desafía en su recinto a todas las fuerzas de la Corona; su chimenea puede estar fría, su techo puede temblar, el viento soplar entre las puertas desencajadas, la tormenta puede entrar, pero el Rey de Inglaterra no puede entrar."[33]

---

[31] Véase Ley N.' 19.423, publicada en el Diario Oficial de lunes 20 de noviembre de 1995 y 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.

[32] Criterio manifestado por Jorge OVALLE en la sesión N° 129 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de 12 de junio de 1975, en contra de la tesis de Alejandro SILVA BASCUÑAN, de tratar ambos aspectos en una sola disposición, dada su especial vinculación.

[33] Citado por COLLIARD, Claude Albert. Libertés publiques, 6° ed. Paris, Dalloz, 1982, pp. 368.

La legislación civil suele definir el domicilio como "el lugar de residencia habitual" de una persona (artículo 40 del Código Civil español). El Código Civil chileno lo define como "la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella."(artículo 59). En consecuencia, se distingue en él un elemento material: la residencia, y un elemento espiritual o anímico: la voluntad de permanecer.

El Tribunal Constitucional español utilizando una noción más amplia del domicilio ha señalado que "no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de derecho privado ... como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones."

Para el Tribunal español la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona."[34] En otras palabras "impone la defensa y garantía de la privacidad"[35]

A dicho tribunal le resulta insuficiente la vinculación del domicilio con la propiedad o con algún título jurídico de carácter estable, interesándole más la defensa del ámbito de privacidad de las personas. Esta interpretación, sin embargo, no ha sido aplicada por el Tribunal cuando se ha visto enfrentado al problema de la protección del domicilio de las personas jurídicas o del lugar de trabajo de los individuos, lo que ha suscitado diversas reacciones en la doctrina.[36]

En el Derecho chileno, por su parte, esta última situación fue analizada por la Comisión de Estudios Constitucionales en la sesión celebrada con fecha 12 de junio de 1975.

Después de una larga discusión se estimó que era conveniente seguir utilizando la expresión tradicional del Derecho constitucional chileno, "inviolabilidad del hogar", por ser ésta expresión comprensiva no sólo de la casa habitación donde se duerme o vive, sino también de los recintos privados en que se ejerce una actividad.

---

[34] 5 STC 22/1984, Fundamento jurídico 2°.

[35] Ibidem.

[36] En efecto, esta posición fue planteada por el Tribunal Constitucional para el caso "Rumasa" en el Fundamento jurídico 11° de la STC 111/1983 y en lo que respecta al lugar de trabajo" como ámbito protegido por el derecho, diversas sentencias de los tribunales ordinarios han mantenido el criterio estricto de considerar como domicilio sólo el lugar donde se tiene la morada o vivienda fija y permanente. Ver.: Fernando LÓPEZ RAMON, Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .", Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica n.°225. Enero Marzo de 1985, pp. 50.

Ello a diferencia de la expresión "domicilio", que tiene un sentido jurisdiccional y, por tanto, más restrictivo.

En definitiva, y a propuesta del Sr. Jorge OVALLE, la Comisión acordó que por hogar debía entenderse "el recinto de las habitaciones y sus dependencias en que una persona vive o ejerce sus actividades de trabajo, y también los recintos privados que tenga bajo su control a cualquier título, aunque no concurran las circunstancias de vida o actividad dentro de ella."[37], esto es, lo que la doctrina llama un "domicilio simulado".[38]

CRITERIOS DISTINTIVOS ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y OTROS DERECHOS

En lo que sigue de este párrafo intentaremos demostrar la distinta naturaleza de los enunciados del los numerales 4 y 5 del art. 19.

- Derecho a la intimidad e inviolabilidad del hogar

A pesar de que es casi obligado establecer una vinculación entre el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio (del hogar), no puede llegarse al extremo denunciado por CASAS VALLÉS[39] de convertir a ésta en un mero instrumento del primero.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho español, la Constitución chilena regula ambos derechos en distintas disposiciones del art. 19, lo que nos hace vislumbrar con mayor claridad que en otros sistemas que estamos en presencia de derechos diferentes. Afirmar lo contrario, sería tanto como sostener la posible reconducción de la mayor parte de los derechos a un derecho general de libertad, desde el cual fueran deducibles todos los demás. Pero es sabido que el constituyente ha querido establecer un haz de derechos subjetivos con relativa autonomía y afectos a un sistema diferenciado de protección, no obstante las similitudes que puedan hallarse entre algunos de los derechos que integran el catálogo.

De manera que partiremos por enunciar que la autonomía del derecho a la inviolabilidad del domicilio que postulamos y su "independencia" del derecho a

---

[37] Es decir, se adopta la definición formulada para el "hogar" por el penalista chileno Raimundo Del Río, en su obra "Elementos de Derecho Penal"

[38] LÓPEZ RAMÓN, Fernando. "Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.", Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica n.° 225. Enero-Marzo de 1985., pp. 50.

[39] CASAS VALLÉS, Ramón. Inviolabilidad Domiciliaria y Derecho a la Intimidad",Revista Jurídica de Cataluña n° 1 1987, pp. 170.

la intimidad, no implica en ningún caso, desconocer las inevitables relaciones existentes entre ambos.

Sin embargo, no está exenta de cierto peligro la idea según la cual el domicilio (hogar) se protege sólo por que en él se desarrolla la vida íntima de una persona.[40] Es posible, ciertamente, que la violación del domicilio pueda conllevar una violación de la intimidad de una persona, pero en muchas ocasiones podrá ocurrir que esa secuencia no se produzca necesariamente, lo que empieza a marcar la pauta de las diferencias posibles entre dichos derechos.

Si bien en el caso de España varias sentencias de los tribunales habían sostenido que no había violación del domicilio sin una lesión de la intimidad, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que tal interpretación no puede ser utilizada para sostener que las personas jurídicas no son titulares del derecho a la inviolabilidad domiciliaria[41].

Como se comprende, una tal argumentación sólo es sostenible si se lleva al extremo la interpretación antes enunciada, toda vez que es difícil sostener la tesis de que las personas jurídicas son, a su vez, titulares del derecho a la intimidad.[42]

En el ordenamiento chileno no queda claro que las personas jurídicas puedan ser titulares del derecho a la inviolabilidad del hogar, como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional español, ni tampoco se han establecido en el artículo 19 N.° 5 de la Constitución chilena, límites más específicos a la libertad del legislador. Más bien se ha entregado a éste un mandato general para establecer dichos límites.

En general, parte de la discusión de la Comisión Constitucional discurrió sobre la base propuesta por el Sr. Jaime GUZMÁN, en el sentido de diferenciar entre la inviolabilidad del hogar, más relacionada con la esfera material de intimidad de una persona y la inviolabilidad de todo recinto privado, asociado a la garantía del respeto a la propiedad. Esta distinción, sin embargo, no fue aceptada por la comisión, y pese a que pasó por alto la consideración el domicilio de las personas jurídicas, se estimó que la expresión hogar, como hemos manifestado antes, comprende la de todo recinto cerrado, aún cuando en él no concurran "circunstancias de vida o actividad", es decir, independientemente, a nuestro juicio, de que en dichos recintos se expresen circunstancias de la vida privada propias de las personas físicas o naturales.

---

[40] Cfr. Ibidem, pp. 171.

[41] STC 137/1985, de 17 de octubre de 1985.

[42] Auto del TC de 17 de abril de 1985 (núm. 257/1985, Sala 1.° Secc. 2°, Jur. Const., XI, pp. 1779 y SS.).

El artículo 18.2 de la Constitución española utilizó, en cambio, un criterio más garantista, al señalar la necesidad del consentimiento del titular o una resolución judicial para proceder a la entrada o registro de un domicilio, salvo que en él se esté cometiendo un delito flagrante.[43]

En este sentido, coincido con la opinión manifestada por el profesor Jorge OVALLE en la Comisión de Estudios de la actual Constitución chilena, al abogar por la utilización del concepto de domicilio, de mayor precisión jurídica y comprensivo de todo tipo de domicilio, incluido a nuestro parecer, el que la legislación civil atribuye a las personas jurídicas. El uso de esta terminología, hubiese evitado las ambigüedades interpretativas que necesariamente surgen del precepto constitucional chileno, y no habría sido contradictorio con las normas legales que también extienden esta protección a las personas jurídicas.[44]

Finalmente, al igual que en España, la Comisión estimó que el derecho a la vida privada y la inviolabilidad del hogar, constituyen "dos garantías distintas"[45] porque, como manifestara el profesor OVALLE: "La protección de la intimidad de la vida privada es una protección a algo que tiene cierta calidad de abstracto, que es la forma cómo cada uno mira sus propias relaciones con las personas queridas, con su familia, y como ve su propia honra. En cambio, la protección del hogar y la correspondencia es protección de cosas concretas, que se expresan de diversas maneras y que se traducen en hechos materiales."[46]

-Derecho a La Intimidad y Derecho al Honor

El artículo 19 N.° 4 de Constitución chilena garantiza el derecho al honor, junto con el derecho a la intimidad.

Sin embargo, al igual que hemos señalado en el epígrafe anterior, sería erróneo suponer que estamos antes bienes jurídicos identificables.

La disposición señala que la Constitución asegura: "El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona de su familia".

---

[43] En el caso chileno, en cambio, la legislación penal establece que para que se configure el delito de violación de domicilio debe procederse "contra la voluntad" del morador, no siendo suficiente obrar sin su consentimiento (Artículo 144 del Código Penal).

[44] El Código de Procedimiento Penal Chileno, en sus artículos 156 a 183, limita la entrada y registro en lugares cerrados, sean éstos públicos o privados, a una resolución judicial previa y, en ciertos casos, fundada.

[45] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 129°, pp. 5 (expresión utilizada por el constitucionalista Jorge OVALLE).

[46] Ibidem, pp 5.

De la lectura del texto constitucional puede no obstante inferirse tanto la tesis de que estamos frente a derechos distintos, como aquella de que se trata de un solo derecho.

Pese a, lo anterior, existe una cierta unanimidad doctrinaria que afirma la sustantividad de este derecho.[47]

El honor, como bien jurídico a proteger, presenta tanto un aspecto objetivo como subjetivo.

Desde un punto de vista subjetivo se atenta contra el honor toda vez que se intenta resquebrajar la estimación que toda persona tiene por sí misma, expresando menosprecio hacia el sujeto.

Desde un punto de vista objetivo, el honor se asocia al interés de las personas por conservar su reputación.

A diferencia del derecho al honor, la lesión de la intimidad no conlleva un juicio adverso o un menoscabo moral de la persona, como es del caso en la lesión al honor subjetivo u objetivo, basta tan sólo con que opere una intromisión ilegítima en la esfera de la vida privada para que la lesión se materialice. La intimidad, por tanto, no es correlativa al concepto de reputación. Puede ser dañada con independencia de que la reputación se vea afectada. En esta misma línea, señala O'CALLAGHAN, que "el derecho a la intimidad es un derecho de la personalidad, independiente y separado de los demás..." y que "se separa del honor por el elemento de la difamación en su aspecto interno y externo."[48]

Una segunda nota diferencial entre el derecho al honor y el derecho a la intimidad se constituye por la circunstancia de que el derecho al honor puede ser afectado aún mediante el uso de informaciones que no tienen el carácter de reservadas y que, incluso, son conocidas de antemano por el ofensor. La intimidad, en cambio exige que la información que la infringe pertenezca al tipo de informaciones que el sujeto ha deseado mantener bajo su esfera de reserva, de manera que su difusión produce en él una turbación moral, una alteración de su sentido del pudor y del recato.[49]

---

[47] Cfr. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional. Editorial Civitas, Madrid 1993, pp. 92; NOVOA MONREAL, Eduardo, Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información. Un Conflicto de Derechos. Siglo XXI Editores, México 1989, pp. 74.

[48] O' CALLAGHAN, Xavier. Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1991, pp. 99.

[49] Cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo.Op. cit, pp. 75.

-Intimidad y Secreto de las Comunicaciones

Es sabido que la aparición del derecho al secreto de las comunicaciones dice relación con la protección del principio de la autonomía de la voluntad, con la esfera de autodeterminación privada de los individuos para la realización de sus planes de vida; concepción ésta que se enmarca dentro de la doctrina liberal del Estado.

En otras palabras, el derecho al secreto de las comunicaciones surge fundamentalmente como un derecho de defensa, como un derecho subjetivo a hacer valer frente al Estado que, en una primera fase, es, precisamente, quien controla el sistema de comunicaciones. Esta es la situación que ha imperado hasta fechas muy recientes en que el control de las comunicaciones y, más que eso, el control de las telecomunicaciones se asociaba a la seguridad misma del Estado.

Frente a esa enorme responsabilidad, históricamente asumida por el Estado para garantizar la seguridad de las comunicaciones, se hizo necesario contemplar la garantía de este derecho frente a medios controlados por el Estado y sus funcionarios.

La garantía del derecho a la intimidad ya no era suficiente para tal objeto y se hacía necesario consagrar ese "secreto" como un derecho y, todavía más, garantizar que el libre curso de las comunicaciones no sería interrumpido, interceptado o detenido, como decían v/gr. los constituyentes españoles de 1869.

A través de este derecho se trata de garantizar la libertad de las comunicaciones privadas[50], entendiendo por comunicación "todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico".[51]

Es este proceso el que resulta objeto de protección por el constituyente, y defendido de la retención o suspensión de su curso, y del conocimiento, por terceros, de su contenido.

---

[50] Así lo ha entendido, por ejemplo, el Tribunal Supremo español invocando la doctrina del Tribunal Constitucional, al señalar en TS. 2.° S 15 noviembre 1994, Ponente Sr. García Miguel : "El secreto de las comunicaciones en general y la inviolabilidad de la correspondencia en particular tiene como finalidad como ha declarado el Tribunal Constitucional, el respeto del ámbito privado de la vida personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado, de manera que el bien jurídico protegido es la libertad de las comunicaciones (el subrayado es nuestro), de modo que el derecho puede conculcarse por la interceptación en sentido estricto aprehensión física del soporte del mensaje o captación del proceso de comunicación como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado, como puede ser la apertura de la correspondencia ajena guardada por el destinatario ".

[51] Ver JIMENEZ CAMPO, Javier. "La Garantía Constitucional del Secreto de las Comunicaciones en REDC.n.° 20. Mayo Agosto 1987, pp. 42.

Dice a este respecto el artículo 18.3 de la Constitución española.: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial."

Como puede verse, la Constitución española no limita la protección a un determinado tipo de comunicaciones, sino que *ad exemplum* menciona algunos tipos de comunicación[52] ... sin expresar un *numerus clausus* de comunicaciones constitucionalmente protegidas."[53]

La protección se extiende, por tanto, a toda clase de de intercambio de correspondencia, y a diferencia del derecho a la intimidad, en el derecho al secreto de las comunicaciones se presume *iuris et de iure* que toda comunicación afecta a la intimidad.

---

[52] Por su parte, el artículo 2.2 de la Ley 3111987 de 18 de diciembre, modificada por Ley 32/1992, de 3 de diciembre, Ley Orgánica Ordenación de las Telecomunicaciones, señala : Los servicios de telecomunicación se organizaran de manera que pueda garantizarse eficazmente el secreto de las comunicaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 18. 3 de la Constitución", como fuera, por su parte, el artículo 2.2 de la Ley 31/1987 de 18 de diciembre, modificada por Ley 32/1992, de 3 de diciembre, Ley Orgánica Ordenación de las Telecomunicaciones, señala : agregado a la antigua Ley por la modificación de 1992. En el mismo sentido el artículo 16 de la misma Ley prescribe, refiriéndose a los servicios finales y portadores.

"l. Las prestaciones de los servicios portadores y de los servicios finales de telecomunicación deberá ajustarse, con carácter general a los siguientes principios:

Los servicios de telecomunicación se organizaran de manera que pueda garantizarse eficazmente el secreto de las comunicaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 18. 3 de la Constitución", como fuera

e) Posibilidad de intercambio y envío de comunicaciones, por los servicios que permiten tales usos sin otras limitaciones que las impuestas por las leyes por resolución judicial o que sean consecuencia del incumplimiento contractual grave o reiterado por el usuario o abonado.

f) Garantía del secreto de las comunicaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 18.3 de la Constitución. "

En esta misma linea, la propuesta de Directiva de las Comunidades Europeas relativa a : "la protección de los datos personales y de la intimidad en relación con las redes públicas digitales de telecomunicación y, en particular, la red digital de servicios integrados (RDSI) y las redes móviles digitales públicas, señala en su artículo 8': "1. El organismo de telecomunicaciones deberá garantizar una protección adecuada utilizando las técnicas más avanzadas de los datos personales contra posibles accesos y usos no autorizados. 2. En caso de que exista un riesgo especial de violación del sistema de seguridad de la red, como por ejemplo, en el ámbito de la radiotelefonía móvil, el organismo de telecomunicaciones deberá informar a los abonados de dicho riesgo y ofrecerles un servicio de cifrado de extremo a extremo", materia de la que se hace eco, aunque de un modo más impreciso el artículo 9 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre sobre regulación del tratamiento automatizado de datos personales. La cita ha sido tomada de VELÁZQUEZ BAUTISTA, Rafael. Protección Jurídica de Datos Personales Automatizados, Editorial Colex Madrid 1993, pp. 63.

[53] RUIZ MIGUEL, Carlos. La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad, Editorial Tecnos, Madrid 1995, pp. 370.

Se trata así, de textos normativos que garantizan al individuo "un ámbito de actuación libre de injerencias de terceros y, en especial, de los poderes públicos"[54] , de tal manera que no cabe hablar de secreto de las comunicaciones entre lo partícipes de la comunicación, como ha declarado el Tribunal Constitucional español en la STC 114/84,[55] caso Poveda Navarro contra el diario "Información"[56].

El interlocutor que divulga el contenido de la carta o de la comunicación telefónica podría incurrir, en todo caso, en una violación de la esfera íntima del que envía el mensaje.

En Chile se han pronunciado sentencias en idéntico sentido. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 14 de junio de 1993, denegando un recurso de protección invocado en contra de una querellada en causa criminal por delito de giro doloso de cheque, que grabó de manera oculta una conversación en que el querellante reconocía que los cheques habían sido pagados. El recurso se dedujo tanto en contra de la querellada como del juez que sustanció el juicio criminal, en éste último caso por haber agregado al proceso un medio de prueba obtenido de forma ilícita.

La Corte estimó, al rechazar el recurso, que sólo "existe un acto arbitrario o ilegal...cuando es un tercero ajeno el que intercepta, abre o registra comunicaciones y documentos privados... " (Considerando 3° de la Sentencia) y que la recurrida "fue una de las protagonistas de esa conversación, interviniendo de una manera inmediata y directa, por lo que no reviste el carácter de tercera ajena a ella... " (Considerando 4° de la Sentencia).

En España, el secreto de la correspondencia era reconocido mucho antes

---

[54] ESPÍN Eduardo, en "Los derechos de la esfera personal en Derecho Constitucional, Luis LÓPEZ GUERRA y otros, tirant lo blanch, Valencia 1994, V. 1, pp. 218.

[55] Ver MARTÍNEZ de PISÓN CAVERO, José. Op. cit., pp. 132.

[56] El recurrente en este caso fue despedido por una empresa alicantina a causa de una conversación telefónica sostenida con un alto funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que grabó la conversación, denunciando luego las opiniones y juicios del recurrente a las autoridades. El' Tribunal Constitucional estimó que "...ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones.", entendiendo que el concepto de secreto sólo puede ser entendido en sentido formal, es decir "que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. " La importancia de esta sentencia es que el Tribunal resuelve el conflicto de intereses que se le ha presentado ponderando los derechos emanados del artículo 18.1 (del que emana el derecho al secreto) y el derecho a la libertad de información implícita en el artículo 18.3 CE., optando por este criterio formal de la garantía del secreto.

que lo fuera, por ejemplo, en Francia[57] (a lo menos, constitucionalmente)[58] y con la particularidad de que contempló el secreto de las comunicaciones telegráficas. Con mucho acierto, a nuestro juicio, la Constitución de 1869 comprende la naturaleza del derecho protegido que, obviamente, no se reduce al secreto de "lo comunicado", sino al ejercicio mismo de la libertad de comunicación. Por eso dirá dicha Constitución que la correspondencia postal o telegráfica no podrá "detenerse" o, como diríamos modernamente, "interceptarse", lo que irá marcando la diferencia de este derecho con el derecho a la intimidad propiamente dicho. Del mismo modo se corresponde dicha norma constitucional con la aparición del correo y del telégrafo como "medios técnicos" que hacen posible la comunicación entre personas.

El deber negativo impuesto al Estado de respetar y hacer respetar el secreto de las comunicaciones es la garantía de que las comunicaciones entre los individuos podrán ser realizadas libremente.[59]

El secreto es por tanto "atributo jurídico de la comunicación y no de su contenido."[60]

Es así como el fundamento jurídico 7° de la Sentencia 114/84 consideró que: "El derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado."

En otras palabras, puede decirse que la libertad de las comunicaciones constituye el contenido implícito de la regulación del artículo 18.3 CE, mientras que el secreto de las comunicaciones su contenido explícito.

Es conveniente señalar con Carlos RUIZ MIGUEL[61] que: "El régimen del secreto de las comunicaciones en el ámbito comunitario presenta algunos aspectos contradictorios con el Derecho español, a saber:

---

[57] Ya era recogido por la Constitución española de 1869

[58] El antecedente francés de esta institución se encuentra en el arreté del 5 de Diciembre de 1789, iniciativa de Mirabeau para reaccionar contra las prácticas indiscretas del antiguo régimen (citado por Gilles LEBRETON en Libertés publiques et droits de l'homme. Armand Colin Editeur, Paris 1995, pp. 260.)

[59] La Corte de Apelaciones de Santiago, acogió, con fecha 28 de marzo de 1989, un recurso de protección en contra del arrendador por haber ordenado la suspensión del servicio telefónico del arrendatario, por el no pago oportuno de los cánones de arrendamiento, no obstante haber solucionado oportunamente el arrendador las cuentas de teléfono. La Corte estimó (considerando 4°) que la suspensión del servicio telefónico, "constituye también la violación de una forma de comunicación privada del recurrente, garantizado por el artículo 19 N° 5 de la Constitución Revista Fallos del Mes N° 365. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, con fecha 19 de abril de 1989.

[60] JIMENEZ CAMPO, Javier, Op. cit.: pp. 5

[61] RUIZ MIGUEL, Carlos, Ibidem, Op. cit.: La configuración constitucional..., pp. 371.

1° La correspondencia no se contempla desde el ángulo del derecho al secreto de las comunicaciones, sino desde el derecho de defensa o el secreto profesional de los abogados, a diferencia de lo que sucede en el artículo 18.3 CE.

2° Como consecuencia de lo anterior, se discrimina entre diversos tipos de correspondencia. Sólo la que se intercambia con un abogado no ligado laboralmente a la empresa y a efectos de defensa es merecedora de protección según el TJCE. Ahora bien, debe advertirse que, de un lado, ni la Constitución ni el CEDH discriminan entre tipos de correspondencia.

3° Es la Comisión, y no una autoridad judicial o un árbitro imparcial, quien decide si una correspondencia reúne las condiciones de garantía de confidencialidad. En España, sin embargo, sólo la autoridad judicial puede decidir sobre una intervención de la correspondencia (art. 18.3 CE.).

4° Hay una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del que alega la existencia de un derecho a la confidencialidad de la correspondencia.

5° A diferencia de lo que ocurre en Derecho español, la suspensión no es la regla general, sino la excepción, en relación con los actos impugnados por una presunta vulneración de derechos fundamentales.

6° La empresa puede ser sancionada por hacer uso de su derecho al reconocimiento del secreto de la correspondencia. Es claro que quien ejerce un derecho, precisamente por eso, en el ordenamiento español, no puede ser sancionado por ello (art. 25.1 CE.)"

En cuanto al contenido del derecho, si bien hemos dicho que estamos en presencia de un derecho de defensa, de un derecho público subjetivo que, en consecuencia se ejerce frente al Estado, bien cabe, como sabemos, que opere una cierta eficacia indirecta frente a particulares. Desde luego, nada obsta a que disposiciones infraconstitucionales den garantía al derecho, dando nacimiento al derecho público subjetivo frente a particulares.

Sin embargo, me parece que la actual vía indirecta de hacer efectivo los derechos fundamentales frente a sujetos jurídicos privados va en desmedro de la potencialidad de los mismos derechos, frente a situaciones jurídicas en que los particulares tienen una gran incidencia como infractores de estos derechos.

Creemos con el profesor QUADRA SALCEDO[62] que la interpretación constitucional de las libertades debe hacerse siempre en la línea de obtener la mayor

[62] QUADRA SALCEDO y FERNÁNDEZ del CASTILLO, Tomás, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Editorial Civitas. Madrid 1981., pp. 104.

potencialidad y eficacia de tales derechos...", derechos que como acertadamente ha señalado PRIETO SANCHIS, surgieron con la Revolución Francesa como derechos frente al Estado, sólo porque el Estado en su forma de absolutismo representaba a esa época el mayor peligro, pero no se ve la razón para restarle eficacia en las relaciones entre privados.[63]

La Constitución española establece en el artículo 53. 1 que: "Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (del Capítulo segundo del Título I) que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)." Además, esta regulación debe hacerse por medio de una Ley Orgánica, en conformidad al artículo 81.1 de la CE.

Formando parte, en consecuencia, el derecho al secreto de las comunicaciones de la Sección 1° del Capítulo segundo del Título I de la Constitución, su desarrollo y regulación debe efectuarse por medio de ley y con el quórum de ley orgánica. En consecuencia, la excepción contemplada en el artículo 18.3 que permite a los jueces, a través de una resolución judicial, romper con la garantía general del secreto a las comunicaciones, no puede entenderse -como señala JIMENEZ CAMPO-[64] como una atribución directa de la Constitución a uno de los poderes del Estado, sino como una simple regla de competencia que deberá conformarse a la Constitución y a las leyes. Como señala, este mismo autor, "el que tal <injerencia> esté prevista por la Ley es algo, por lo demás, que viene impuesto en el artículo 8.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrito por el Estado español..."[65] Esta Ley es, fundamentalmente, entre otras, la LECr, artículos 579 a 588, y es la que fija los criterios que la jurisprudencia reiteradamente sigue en esta materia. A vía de ejemplo, la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1994 ha fijado como criterios que habilitan la intervención telefónica, los siguientes elementos:

1. Autorización judicial motivada
2. Proporcionalidad entre la restricción de los derechos y la gravedad del hecho a investigar.
3. Control judicial directo
4. Entrega al juez de la integridad de las grabaciones originales

---

[63] Ver PRIETO SANCHIS, Luis. Estudios sobre Derechos Fundamentales, Editorial Debate, Madrid 1990, pp. 206.

[64] JIMENEZ CAMPO Javier en Op. cit. pp. 58.

[65] Ibidem, Op. cit. pp. 59.

5. Transcripción de su contenido, certificado por el Secretario judicial

6. Audición con intervención de los interesados y con plenas garantías de defensa.[66]

El Tribunal de Estrasburgo en las sentencias Dudgeon y Silver y otros, de 22 de Octubre de 1981 y 25 de mayo de 1983, respectivamente, y en la sentencia Malone de 2 de Agosto de 1984, ha precisado los límites que debe contener la ley de desarrollo de este derecho, señalando básicamente dos criterios:

a) Proporcionalidad con el fin legítimo perseguido con la intervención y, b) certeza y previsibilidad sobre el supuesto al que se vincula la adopción de una medida de interceptación de las comunicaciones.[67] Asimismo, el Tribunal Supremo español, refiriéndose a las escuchas telefónicas ha señalado que "una medida de investigación judicial que afecta tan directa y gravemente a la intimidad como son las escuchas telefónicas, sólo puede encontrar su justificación en el ámbito del proceso penal, cuando lo que se persiga sea un delito grave, debiendo deducirse de ello una triple exigencia para esta clase de medidas: a) proporcionalidad, pues por infracciones de escasa consideración no cabe acordar una medida como la intervención telefónica; b) Subsidiariedad, debiendo acordarse sólo cuando no hay otro medio de investigación, y c) utilidad."[68]

Para concluir, debemos señalar que no obstante que la regulación legal del secreto de las comunicaciones adolece en España de algunas carencias, principalmente en el ámbito de la protección de datos personales ante el tratamiento automatizado de los mismos, su regulación constitucional y legal es más amplia que en el derecho comunitario, razón por la cual si un Tribunal aplica la normativa restrictiva del derecho comunitario para resolver un caso concreto, es perfectamente legítimo recurrir dicha sentencia en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por su parte, como hemos venido observando, los jueces, a pesar de la habilitación del artículo 18.3 para interferir el proceso de comunicaciones, no pueden, sin ceñirse a los contenidos legales correspondientes, disponer escuchas o intervenciones telefónicas que puedan servir de prueba en juicio[69] los cri-

---

[66] En idéntico sentido ver TS 2. ° S, 17 noviembre de 1994 y TS 2.° A 18 junio 1992.

[67] Ver JIMENEZ CAMPO Ibidem, Op. cit., pp. 60.

[68] TS. 2. S 4 Nov. 1994. Ponente: Sr. Delgado García.

[69] Criterio éste que en el caso de Chile forma parte de una moción de ley presentada durante el curso del año 95 por el Senador CANTUARIAS. El artículo 3.1 del Proyecto de ley sobre Protección de la Vida Privada, señala:

"Sin perjuicio de las excepciones contempladas en la ley, ninguna decisión judicial podrá estar fundada en hechos o antecedentes obtenidos por medio de intromisiones ilegítimas en la vida privada de una persona » (en el texto del proyecto aprobado y remitido, en segundo trámite constitucional por el Senado a la Cámara de Diputados con fecha 4 de octubre de 1995).

terios y límites establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo han sido también semejantes en la jurisprudencia de los tribunales españoles, como se ha apreciado al invocar las sentencias del Tribunal Supremo.

En Chile, el Código Procesal Penal regula la interceptación de comunicaciones telefónicas "u otras formas de telecomunicación" en sus artículo 222 a 225. Dicha interceptación, está sometida, conforme a nuestra legislación, a los siguientes límites materiales y formales:

En cuanto a los límites materiales, el artículo 222, señala que la medida podrá ser ordenada por el juez:

1. Si existen fundadas sospechas de que una persona hubiese cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible.
2. Si dichas sospechas fundadas se basan en hechos determinados y,
3. Si el hecho punible de que se trata debe merecer la pena de crimen.

Los límites formales, de otra parte, son básicamente los siguientes:

a) La orden debe ser otorgada por el juez de garantía. La orden que dispusiere la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar tanto la forma de la interceptación y su duración.

b) La solicitud debe ser realizada por el ministerio público

c) La orden sólo puede afectar al imputado; aunque también a otras personas "respecto de las cuales existieren *sospechas fundadas*, basadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios."

d) La medida no puede exceder de 60 días. Sin embargo, el juez podrá prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos exigidos por la norma.

e) La medida de interceptación se notificará al afectado, aunque con posterioridad a su realización. Excepcionalmente no se notificará: a) si el objeto de la investigación no lo permitiere y b) si pone en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas.

f) La medida debe ser interrumpida inmediatamente si las sospechas que se tuvieron en consideración para ordenarla se disiparen o hubiese transcurrido el plazo de duración autorizado.

g) La interceptación debe ser registrada a través de medios que aseguren la fidelidad del registro.

h) La grabación debe ser entregada directamente al ministerio público.

i) El ministerio público la conservará bajo sello y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas.

j) Los resultados obtenidos de la interceptación se incorporarán al juicio oral, de la manera que determinare el tribunal y en la oportunidad procesal respectiva. Los encargados de practicar la diligencia podrán ser citados como testigos. No obstante, no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento, cuando ella hubiera tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos por el artículo 222.

Por cierto, los encargados de realizar las interceptaciones están obligados por el deber de secreto.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO FRENTE A LA NATURALEZA DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y A SU VINCULACIÓN CON LA DIGNIDAD HUMANA, LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El 28 de octubre de 2003 el Tribunal Constitucional pronunció la sentencia rol n.° 389, de la misma fecha, recaída sobre el Proyecto de Ley destinado a crear la Unidad de Análisis Financiero, y que desembocó en la Ley Ley N.° 19.913.

En dicha sentencia estableció la vinculación de este derecho con el principio de dignidad humana, en los siguientes términos expresados en distintos considerandos que, a continuación –dada su importancia- transcribimos:

"Considerando 17: la dignidad a la cual se alude en aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados.

Considerando 18: considera esta Magistratura necesario realzar la relación sustancial, clara y directa, que existe entre la dignidad de la persona, por una parte, y su proyección inmediata en la vida privada de ella y de su familia, por otra, circunstancia que vuelve indispensable cautelar, mediante el respeto y la protección debidas, ese ámbito reservado de la vida, en el cual no es lícito penetrar sin el consentimiento del afectado, de un lado, o por decisión de la autoridad fundada en la ley que hubiere sido dictada con sujeción a la Constitución, de otro

Considerando 19: Que se asegura, asimismo y con idéntica amplitud, en el numeral 5 de aquel artículo 19, "La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada", puntualizándose que las comunicaciones y documentos privados pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley. Nuevamente, estima esta Magistratura oportuno destacar el ligamen que existe entre la dignidad de la persona y el ejercicio de este derecho esencial (al que se había referido en los dos considerandos anteriores), pues la inviolabilidad de las comunicaciones privadas debe ser considerada una extensión, lógica e inevitable, sobre todo en la vida moderna, del carácter personalísimo o reservado que tienen ellas como base de la libertad individual y su proyección en los más diversos aspectos de la convivencia."

Considerando 20: Que la privacidad, en los variados rubros descritos, integra los **derechos personalísimos o del patrimonio moral** de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal, como se ha dicho, y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva, del ser humano. Por tal razón, ellos **merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos** tanto por la ley, como por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebradas entre éstos;

Considerando 21: Que el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son **base esencial del desarrollo libre de la personalidad** de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad. En ligamen con lo que viene de ser expuesto, menester resulta recordar que tal autonomía es también sustento del sistema de instituciones vigente en nuestro país, debiendo a su respecto cumplirse la exigencia de respeto, especialmente cuidadoso, que se ha destacado ya con relación a la dignidad de la persona humana";

El derecho no tiene carácter absoluto; la sentencia establece sus límites:

"Considerando 22: **Que el ejercicio del derecho a la vida privada y a la protección de las comunicaciones de igual naturaleza no es, obviamente, de sentido y alcance absoluto**, debiendo ser reconocido, por consiguiente, que el legislador, dentro de los **límites** y para las **finalidades previstas en la Constitución**, especialmente en los preceptos fundamentales de ella ya transcritos en la presente sentencia, está habilitado en orden a dictar las normas que regulen su ejercicio para que sea legítimo. Sin embargo, idénticamente claro es para esta Magistratura que **la ley no puede, sobre la base de la habilitación constitucional recién destacada, afectar en su esencia el contenido sustancial de ese derecho**, como tampoco imponerle condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio ni privarlo de la debida tutela jurídica;

Considerando 23: **la competencia otorgada al legislador** en virtud de tal disposición, concerniente a que las comunicaciones privadas pueden ser interceptadas, registradas o abiertas en los casos y en la forma que señale la ley, debe entenderse que **no permite**, a través de las normas pertinentes, **afectar ni lesionar el núcleo esencial del derecho** fundamental asegurado."

Observaciones del Tribunal al artículo 2°, inciso 1°, letra b) del Proyecto.

"Considerando 25: En ese sentido, y desde luego, se observa la habilitación irrestricta que el inciso primero de la letra b) otorga al órgano administrativo correspondiente para recabar, con cualidad imperativa, toda clase de antecedentes, sin que aparezca limitación alguna que constriña tal competencia al ámbito estricto y acotado en que podría hallar justificación.

Es más, dicha habilitación se confiere sin trazar en la ley las pautas o parámetros, objetivos y controlables, que garanticen que el órgano administrativo pertinente se ha circunscrito a ellos, asumiendo la responsabilidad consecuente cuando los ha transgredido.

Los razonamientos anteriores resultan también aplicables a los antecedentes secretos o reservados a que se refiere el inciso tercero de la letra b) en examen, puesto que para requerirlos, basta sólo que lo autorice el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, sin audiencia del afectado ni de terceros, tramitándose la solicitud de la autoridad administrativa en forma secreta, y debiendo aquel magistrado devolver los antecedentes del caso a ese órgano administrativo, lo que resulta absolutamente insuficiente";

Considerando 26: Aquí estima que la disposición es discrecional.

"la disposición en examen merece ser calificada como discrecional, es decir, abierta, por la indeterminación que contiene, con respecto a las decisiones que el Director del órgano pertinente juzgue necesario llevar a la práctica, circunstancia que reviste gravedad singular tratándose de la dignidad y de los derechos esenciales ya comentados;

"Considerando 27: la dignidad de la persona y sus derechos a la vida privada y a la reserva de las comunicaciones de igual naturaleza, que fluyen de aquella, quedan en situación de ser afectados en su esencia por la normativa del proyecto examinado, sin que esta iniciativa contemple los resguardos y controles heterónomos indispensables, sobre todo los de naturaleza judicial, que eviten o rectifiquen tal eventualidad, motivos por los cuales **debe ser declarada la inconstitucionalidad del artículo 2° inciso primero letra b) del proyecto."**

DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Se ha discutido en doctrina si el derecho a la propia imagen constituye un derecho autónomo, distinto al derecho a la vida privada o a la intimidad, porque es difícil establecer un ejemplo puro en el que el derecho a la imagen no esté vinculado a la protección del honor o la intimidad. Esa es sin duda la razón por la cual el Tribunal Constitucional español no ha zanjado definitivamente la controversia.[70]

Es indudable también -como señalan los autores- que muchas veces la exigencia del respeto a la propia imagen se confunde con la demanda de haber obtenido quien la utilizó, sin consentimiento del afectado, un enriquecimiento sin causa, que exige una reparación pecuniaria.

La preocupación por diferenciar el derecho a la propia imagen del derecho a la intimidad no se plantea sino hasta el surgimiento de la fotografía. Antes, sólo se podía presentar como un problema contractual entre el retratado y el artista. Con el mejoramiento de las técnicas de reproducción de imágenes el problema se complica considerablemente, especialmente cuando el derecho entra en colisión con otros derechos fundamentales como la libertad de información, la propia intimidad y el honor. En cada caso habrá que atender a si las imágenes han sido obtenidas en lugares públicos o privados[71], a si se trata de personas conocidas o famosas respecto a las cuales existe la necesidad de informar, etc.

En la doctrina chilena, sin embargo, hay quien sostiene que el derecho a la propia imagen es un derecho "especifico e independiente de otros derechos de la personalidad, al que las exigencias y las formas de vida social moderna han debido limitar, en aras de la libertad general y de una convivencia más amplia y fácil, transformándolo únicamente en un derecho negativo, consistente en la posibilidad de su titular de manifestar su rechazo expreso a que su imagen sea conservada por otro."[72]

---

[70] Aunque O´CALLAGHN en Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen. Editoriales de Derecho Reunidas.Madrid 1991, págs. 98 y 99~ señala lo contrario, citando en favor de su doctrina la STC de 30 de octubre de 1987, en la parte que considera que "los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el artículo 18. 1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que ha sustraído a intromisiones extrañas, y en este ámbito, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen... " Además, invoca la doctrina de la STC de 2 de diciembre de 1988. Pese a ello, pensamos que la interpretación del Tribunal no es precisa e induce a cierta ambigüedad.

[71] La Sentencia de la 2° Sala de la Corte Suprema, de 16 de agosto de 1989, en Alvarado Solari (Revista Fallos del Mes N. 369 (1989), 464 467), confirmó la sentencia apelada en protección deducida en contra de un periódico de la capital, que publicó en su portada la fotografía de la hija del recurrente, por dos veces, en traje de baño y sin autorización de la afectada. La Corte rechazó la pretensión por considerar que los hechos que se de desarrollan en lugares públicos o abiertos, como una playa, no pueden considerarse como parte de la vida privada de una persona. (Considerando n° 7),

[72] NOVOA MONREAL, Eduardo. Op. cit., Derecho a la Vida Privada..., pp. 71.

Señala Gómez Bernales que nuestra jurisprudencia ha derivado el derecho a la imagen ya sea del derecho a la vida privada o del derecho a la honra, en este último caso no obstante que son derechos claramente distintos, como se probaría del hecho de que la divulgación o manipulación de la imagen se prohíbe aún cuando no tenga el carácter de deshonrosa. En opinión de Gómez: "La jurisprudencia de protección permite inferir dos ideas en el derecho a la imagen. En primer lugar, que éste no se protege exclusivamente cuando está vinculado a la honra. El derecho a la imagen es la facultad de configurar y difundir nuestra apariencia y figura sin la intervención ilegítima de terceros; en cambio, la honra es la apreciación y valor social que todo individuo tiene derivada de su personalidad moral. El uso por terceros de la imagen de un sujeto puede o no comprometer su honra."

"En segundo lugar, el derecho a la vida privada prohíbe, *prima facie*, el uso, captura o interferencia de la imagen de un sujeto en cualquier circunstancia". La jurisprudencia, en este último aspecto se ha desarrollado en nuestro país atendiendo a si la imagen es captada en lugares públicos o privados, a la finalidad y legitimidad de la captación y, en menor medida, al carácter público de la persona de que se trata.[73]

En España, señala Marc CARRILLO, la Constitución "no reconoce un derecho a la personalidad de factura tridimensional." "Los tres derechos reconocidos por el artículo 18.1 de la CE manifiestan su propia especificidad y todos ellos por separado pueden legitimar una acción jurídica autónoma dirigida a su tutela jurisdiccional ante un acto lesivo."[74]

También O´CALLAGHAN, sostiene la diferencia del derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad, pese a reconocer que nació como un subtipo de ésta, "por referirse la imagen al aspecto externo de la persona" o, a la "reproducción gráfica de la figura humana"[75] Sin embargo, hay quienes, reconociendo que el derecho a la propia imagen es un derecho subjetivo autónomo, le niegan el carácter de derecho fundamental, al menos como derecho fundamental diferenciado de la tutela al honor y a la intimidad.[76]

---

[73] GÓMEZ BERNALEZ, Gastón. Op.cit., pp. 326.

[74] CARRILLO, Marc. El Derecho a la Propia Imagen como Derecho Fundamental.", en Revista Jurídica de Asturias N. 18, año 1994, pp. 12.

[75] 0´CALLAGHAN, Xavier.op. cit. pp. 99.

[76] Cfr. SEMPERE RODRÍGUEZ, C. "Art. 18: "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en Comentarios a la Leyes Políticas. Constitución española de 1978 (Obra dirigida por Oscar ALZAGA), Tomo II. Edersa, Madrid 1984.

-Algunas definiciones.

Para Eduardo ESPÍN[77] "el derecho a la propia imagen consiste en la facultad de la persona de decidir respecto al empleo de su imagen, como medio de garantizar la capacidad del individuo de controlar, en la medida de lo posible, la difusión de un elemento tan personal como la propia efigie, de tal forma que no pueda emplearse ésta, con o sin finalidad de lucro, sin su propio consentimiento."[78] Ya hemos señalado *supra* una definición semejante elaborada en la doctrina chilena por el profesor Gómez Bernales. Para Humberto Nogueira el "derecho a la propia imagen surge del hecho que el ser humano está en el mundo de forma corpórea o física, esta realidad de la persona es una de las fuente de datos e información más importante sobre los individuos, al ser susceptible de ser captada la figura humana como cara externa a la persona, a través de distintos medios e instrumentos."[79]

-Naturaleza del derecho

1.- Derecho de la personalidad

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español es la que se ha referido con mayor habitualidad a este derecho, al cual lo identifica **como un derecho a la personalidad**, con una faceta más amplia que la del derecho al honor y delimitada en relación con el derecho a la intimidad.[80]

Para CARRILLO el derecho presenta dos dimensiones: La positiva, consistente en el derecho a obtener, reproducir y publicar la propia imagen (por ejemplo, las modelos que posan ante un fotógrafo)" y, la negativa, "que habilita para impedir la mera obtención o la reproducción y publicación de la propia imagen por un

---

[77] ESPÍN, Eduardo, en "Los Derechos de la esfera personal", Luis LÓPEZ GUERRA y otros, tirant lo blanch, pp. 209.

[78] En Bóhme Bascuñan la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 17 de noviembre de 1992, en Recurso de Protección deducido en contra de la Clínica Alemana, estableció que "el sólo 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 éste 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 " (Considerando 8° del fallo), por lo que se ordenó la destrucción de la casete que contenía la filmación.

[79] NOGUEIRA, Humberto. "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización." Revista Ius et Praxis, año 13 N.° 2-2007, Facultad de Derecho Universidad deTalca-Chile, pp. 260.

[80] Cfr. CARRILLO, Marc. Op. cit, Págs. 14 y 15. El autor cita, en apoyo de esta afirmación las siguientessentencias del Tribunal Supremo: SSTS 30/X/1987 y de 2/XII/1988, como también las SSTS 11/89 y 912/89.

tercero que carece del previo consentimiento del titular para llevarla a cabo."[81] En términos semejantes lo señala en Chile el profesor Nogueira Alcalá.[82]

Esta última (la dimensión negativa) se constituye como la dimensión predominante, y para calificar su contenido es necesario atender al artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. De acuerdo con esta disposición, la protección "quedará delimitada por las leyes y por los propios usos sociales...". De esta manera el TCE en el caso Pantoja/Paquirri ha negado que la filmación de escenas en la enfermería de una plaza de toros vulnere el derecho a la propia imagen, dada la dimensión pública de los hechos.[83] La imagen obviamente podrá ser representada o reproducida por medio de dibujos, caricaturas o cualesquiera de los medios técnicos conocidos (cine, televisión, vídeo, etc.)

En nuestro país, Nogueira sostiene la autonomía de este derecho tanto del derecho a la honra, como del derecho a la vida privada y a la propiedad, aunque se asociaría con la privacidad solo en un sentido amplio. En su opinión el derecho emana de la realidad corpórea o cultural del ser humano, sin que manifieste explícitamente acerca de su adscripción al artículo 19 numeral 1° de la Constitución[84].

2.- Derecho de propiedad sobre la imagen

A diferencia de la doctrina norteamericana, que plantea el derecho a la propia imagen **como un derecho de propiedad** que recae sobre un objeto inmaterial dado que la imagen puede ser objeto de tráfico laboral, CARRILLO sostiene que el derecho encuentra su fundamento en la protección del patrimonio moral y la vida privada de las personas.[85]

3.- Derecho a la intimidad de la imagen o a la "apariencia de la personalidad."

En el derecho francés se ha tendido a vincular el derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad, a lo que se denomina "la apariencia de la personalidad". De este modo Jacques ROBERT, lo define como "el derecho de la persona a ser percibida por terceros con la apariencia que ella ha escogido."[86] , confundiéndo-

---

[81] Ibidem pp. 16.

[82] Nogueira, Humberto. Op. cit., pp. 262

[83] STC 231/88 de 2 de diciembre.

[84] NOGUEIRA, Humberto, op. cit., pp. 260

[85] CARRILLO, M, Op. Cit., pp. 12.

[86] ROBERT, Jacques. Droits de l'homme et libertés fondamentales, avec la collaboration de Jean Duffar. 5ta Edition, Montchrestien, Paris 1994, pp. 370.

sele a veces con la protección al nombre.[87] Un tratamiento parecido del tema se da en el derecho italiano.[88]

NATURALEZA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL DERECHO CHILENO

La jurisprudencia chilena ha comenzado a hacer referencias a este derecho desde la primera mitad de los años 80; sin embargo a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado donde esta titularidad subjetiva y *iusfundamental* es a veces reconocida en el catálogo o se la reconduce, con unos criterios conceptuales y de ponderación quizá más claros que los nuestros, adscribiéndola al honor, a la intimidad o al uso ilegítimo o ilegal de la publicidad, en Chile la cada vez más activa jurisprudencia de los tribunales superiores sólo a partir de hace algunas décadas le ha comenzado a dar reconocimiento como derecho implícito, quedando como tarea pendiente, no sólo para los jueces sino también para nuestra doctrina, perfilar mejor sus contornos conceptuales y los criterios de ponderación o de adscripción a los derechos constitucionales contenidos en el catálogo.

Si, como dijimos en parágrafos anteriores en el Derecho comparado ha existido confusión en torno a este derecho, esta misma confusión se ha planteado –sobre todo en una primera etapa- en el Derecho chileno, donde se ha entendido en sede jurisdiccional que la imagen "comprende tanto las fotografías ... tomadas sin autorización, y publicitadas..., como también el uso de un nombre de una persona (v.gr. un profesional) en una teleserie, y que aparece como malvado o deshonesto precisamente en el mismo ámbito profesional en el que se desempeña aquella."[89] Así lo estimaron, por ejemplo, los tribunales chilenos en el llamado caso Walker Cerda (1984).[90]

Sin embargo, en sentido contradictorio con esta sentencia la Corte de Apelaciones de Santiago, en un caso incluso anterior: Cazely con Salo Editores Ltda., sugirió tímidamente que "el derecho sobre la propia imagen podría ser...una prolongación del derecho sobre el propio cuerpo", calificándolo, en consecuencia, como un derecho fundamental implícito con características de derecho de la

---

[87] Avis de la CNIL n° 81 68 de 9 de junio de 1981, en el cual considera que no es lícito dar a conocer el antiguo nombre de una persona que se lo ha cambiado. En España la STS 2611190, resolvió en idéntico sentido admitiendo una demanda por la utilización del apelativo Marqués de Bradomín" Para designar una marca de vino.

[88] DE CUPIS. I Diritti della personalitá. Milano, 1982, 2. ° edición, pp. 283.

[89] SOTO KLOSS, Eduardo. En "Comentario" a la Sentencia Böhme Bascuñan, de la Corte de Apelaciones de Santiago, ya citada.

[90] RDj t. 81 (1984) 2.5, 238 240.

que el estudiante de derecho reconoció su responsabilidad, revocó el recurso en lo apelado y lo acogió en cuanto se dirigía al recurrido.

Hay que considerar en este caso que la fotografía utilizada estaba registrada en un archivo computacional de la Facultad de Ciencias de Educación Parvularia de la Universidad Autónoma de Temuco. A través de un diskette u otro medio idóneo se incorporó a la página web y se agregaron comentarios que el recurrente estimó que afectaban "**la integridad psíquica** de su hija y de sus padres, sus credos religiosos y otros aspectos de su personalidad, amistades, principios, formas de vida, etc." De otra parte, a través de un diario de circulación universitaria se invitaba a visitar dicha página.

La ilegalidad invocada era la ley 19.223 que prohíbe obtener desde una fuente de información privada, como lo son los sistemas de la Universidad Autónoma del Sur, un dato para luego usarlo y difundirlo; el Código Penal y la Ley 16.643 sobre Abusos de Publicidad, en sus artículos 16, 18 y 21, en cuanto una página web es o puede considerarse "un artificio apto para fijar, grabar, reproducir o transmitir la palabra, cualquiera que sea la forma de expresión que se utilice, sonidos o imágenes."

La arbitrariedad fue justificada por el recurrente en que no medió autorización alguna de su dueña para que su imagen materializada en una fotografía fuera utilizada para ser difundida en forma pública, y menos para denostarla; "no existiendo motivo alguno de orden moral que justifique el ofender públicamente a una persona, y menos invitar a otros a visitar la página, con el sólo fin de dañar la imagen, honra, dignidad y la vida privada de los recurrentes."

El recurrente estimó que la difusión de la imagen y los comentarios anexos lesionaban también su **honra**, pues consistían en expresiones de menosprecio e injurias. **En cuanto al atentado a la integridad síquica,** lo fundaba en el menoscabo grave de la "imagen y reputación de las personas mencionadas en ella, al ser el padre de la recurrente profesor universitario y director de una carrera de la Universidad en cuestión, y dada la facilidad para identificar el apellido de la afectada con su progenitor. Finalmente, solicitaba el recurrente la protección a su **derecho de propiedad**, expresando que "el uso de fotografía no puede realizarse sin el consentimiento expreso de la **dueña de la imagen**, propietario cuyos derechos sobre su propia imagen están amparados por el ordenamiento jurídico, y caen dentro del dominio de cosas incorporales del artículo 583 del Código Civil, y garantizado por el artículo 19 N.° 24 de la Constitución Política del Estado."

La Corte de Apelaciones, en su considerando 4°, estimó que no cabía duda alguna de que estos tres derechos habían sido lesionados, como también la **"privacidad familiar"**, en expresión del considerando 5°, al referirse al carácter arbitrario e ilegal de la conducta.

La Corte Suprema, más ajustadamente a nuestro juicio –conforme a los criterios que buscamos justificar en este trabajo- estimó que el derecho lesionado era sólo el contemplado en el artículo 19 N.° 4.[94]

Hubiese sido deseable en este caso que la Corte hubiese fundado las razones que la llevaron a desechar la lesión a la integridad síquica o al derecho de propiedad. Lo importante, sin embargo, es que no obstante que los hechos del caso hacen referencia a la difusión de imágenes sin consentimiento ni conocimiento de la afectada, ni la Corte de Apelaciones, ni la Corte Suprema asociaron aquello a la protección del derecho a la propia imagen y que, de una manera no comprometedora desde el punto de vista de la argumentación simplemente la Corte Suprema invocó el "bolsón" de derechos contenidos en el numeral 4°, con pleno conocimiento de los hechos discutidos, pero probablemente con dudas respecto al derecho que estaba realmente en juego. Este es un caso paradigmático para sostener la necesidad de que la jurisprudencia, si no el legislador, como exige la Constitución vaya regulando y limitando el ámbito de los distintos derechos referidos a la vida privada. Por descarte diremos que en esta situación la Corte Suprema no sólo no consideró oportuno estimar que el derecho lesionado era el derecho a la propia imagen, sino que, además, prefirió callar ante la adscripción que el recurrente realizó de este derecho al derecho de propiedad.

Con mucho mayor claridad, desde el punto de vista de la argumentación, durante el **año 2003**, eso sí, la Corte de Apelaciones de Santiago y no la Corte Suprema, conoció el recurso interpuesto por una persona (María del Rosario Valdivieso Fuentealba)[95] cuya imagen había sido incluida en la página web de Televisión Nacional, en el vínculo o link relativo al programa "Enlaces", en el que aparecía la fotografía de su rostro asociada a un reportaje sobre el consumo de la droga "éxtasis", sin haber ella consentido en dicha difusión y sin ser, además, consumidora de drogas. Pese a que el canal cesó de difundir la imagen, certificándolo a través de un notario público, en cuanto se enteró de lo expuesto en el recurso, la Corte lo acogió.

Los argumentos de la Corte revisten interés por variados conceptos, algunos de carácter procedimental y otros, relacionados con el fondo del asunto. Desde el punto de vista procedimental, la Corte estimó que la reacción de Televisión Nacional de ordenar el término de la difusión de la imagen de esta persona no era suficiente para considerar que no había medida que adoptar, ponderó que no podía soslayar la gravedad de la infracción constitucional cometida, ni aún a pre-

[94] En realidad se refirió erróneamente a la "garantía contemplada en el N.° 4" y no al derecho, confundiendo ambos términos

[95] Revista de Derecho y Jurisprudencia n.° 1, Sección III, año 2003, págs. 49 a 52.

texto de que la imagen fuera introducida por una empresa externa contratada por el canal. Asimismo la Corte ordena a la recurrida entregar a la recurrente, dentro de tercero día desde que quede ejecutoriada la sentencia, 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 aquél portal. La Corte estimó que la pura declaración unilateral de la recurrida, afirmando el cese de la difusión de la imagen no era bastante.

Desde el punto de vista del fondo, la Corte afirmó un criterio fundamental, a través del voto de mayoría del ministro Mauricio Silva y del abogado integrante Emilio Pfeffer. Estimó que "no habría íntegra cautela o resguardo de derechos fundamentales si no se adoptaran todas las medidas tendientes a conservar o preservar el derecho..."

La Corte, sin embargo, de un modo menos preciso, determinó que los derechos lesionados eran tres:

1. El "derecho a la privacidad", adoptando la nominación anglosajona, no obstante que la Constitución utiliza la expresión "vida privada".

2. El derecho "a la honra"; esto es, uno de los aspectos del derecho al honor garantizado por la Constitución y, finalmente,

3. El "derecho a la propia imagen".

Respecto a este último derecho (propia imagen) indica expresamente que se trata de un derecho que "también tiene reconocimiento **implícito** en el ordenamiento constitucional..."

Aspectos del fallo relativos a la configuración de un "nuevo" derecho fundamental.

Ahora bien, cuando la Corte realiza esta declaración de ser el derecho a la propia imagen un derecho implícito, efectúa, en el considerando 7°, un acto de adscripción. En efecto, la Corte deduce que el carácter implícito del derecho emanaría de su vinculación con los artículos "1°, 5° inciso segundo...(y)... 19 N.° 4 en relación con el N.° 24 del mismo artículo; es decir funda **el carácter implícito del derecho** en la noción de dignidad de la persona, en los derechos esenciales inherentes a la persona que se encuentran consagrados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes y, en orden a los "derechos constitucionales", entendidos estos como aquellos que describe la Constitución, particularmente los del artículo 19, y, en la relación entre el derecho a la vida privada del artículo 19 N.° 4 (que comprende varios derechos) **con el derecho de propiedad**.

Fundamentación propietaria del derecho.

La fundamentación propietaria del derecho a la propia imagen no se encuentra, sin embargo, motivada.

Límites del derecho a la propia imagen, en la estimación de los jueces.

En materia de límites del derecho, la sentencia además de hacer alusión al criterio de **gravedad** de la lesión producida, lo hace al de **irracionalidad**, cuando a propósito de su *desideratum* para condenar en costas, señala que el recurrido debe serlo "en razón de la irracionalidad que se advierte al utilizar sin su consentimiento su imagen y vincularla al consumo de 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 ser menos que prevista por la recurrida" (considerando 8°)

Para el Ministro Dahm, quien mantuvo la posición minoritaria en esta causa, el recurso debía ser rechazado por haber cesado de parte de Televisión Nacional la difusión de la imagen de la recurrente, ante lo cual la medida se hacía innecesaria.

Si hemos analizado antes, para el año 2003, un criterio discreto de la Corte Suprema en la protección de lesiones de derechos fundamentales que emanan de la difusión de imágenes lesivas de la vida privada, en que el criterio aplicado fue, como expresamos, acudir al "bolsón" del artículo 19 N.° 24, y no al derecho de propiedad, paradojalmente, y durante el mismo año, la Corte Suprema, conociendo del Recurso de Protección rol n.° 3479-**2003**, afirmó la adscripción de la difusión de imágenes que lesionan derechos fundamentales al derecho de propiedad. ¿Cuáles fueron sus argumentos? En el fallo de 29 de septiembre de 2003, la Corte Suprema ordena la base de su fundamentación directamente en el derecho de propiedad descrito en el artículo 19 n.° 24, no obstante que acto seguido reconoce, en el mismo considerando 7° que: "La imagen corporal es un atributo de la personalidad y, como tal compete a la persona el uso de su reproducción por cualquier medio con fines publicitarios o lucrativos", y que "conforma en consecuencia, un derecho incorporal protegido por la norma constitucional." El caso se caratuló como Fernando González con VTR Banda Ancha S.A y VTR Global Com S.A., y el recurrente, al igual que hizo la Corte Suprema, estimó que había sido lesionado el derecho de propiedad sobre la propia imagen, al haberse usado y aprovechado sin autorización del afamado tenista profesional y con fines comerciales su imagen, al realizar publicidad mediante la utilización de diversas fotografías suyas, a través de los diarios La Hora y El Mercurio; y las Revista Quince Cero y RTV. Además, se adujo haberse hecho publicidad móvil en vehículos de locomoción colectiva. La Corte, en consideración anterior señaló 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, a favor del anunciante, quien de esta manera usufructúa del beneficio económico que de tal situación se deriva, en perjuicio del recurrente."

La Corte, además de acoger el recurso, ordenó a las recurridas abstenerse de continuar efectuando publicidad con la utilización de la imagen de don Fernando González Ciuffardi y volvió a plantear que el recurso de protección "constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar."

Las preguntas que inmediatamente surgen de esta sentencia, son variadas; no sólo nos invitan a cavilar por qué la Corte, en el mismo año le otorga al derecho a la propia imagen una naturaleza distinta, sino que también nos lleva a preguntarnos sobre el mar de confusiones que se expresa de la estructura de configuración constitucional de los derechos en nuestro sistema. Es archisabido que el sistema chileno de protección da al derecho de propiedad una garantía extraordinaria, que extiende infinitamente las posibilidades de amparo de garantía y derechos no escritos en el texto. Aquí visiblemente, si bien se menciona la imagen personal, no se le otorga la categoría de derecho, sino de una emanación de la personalidad, un atributo de la personalidad sobre el cual ejercemos derecho de control y de propiedad sobre su uso y aprovechamiento.

El problema es que nuestra propia doctrina constitucional ha distinguido entre derechos de la personalidad y derechos del patrimonio; así conocidamente Enrique Evans, miembro de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, ante lo cual pareciera exigible una cierta explicación de nuestros jueces supremos en torno al tipo de derechos que está tratando, a su contenido esencial, a sus límites y a la adscripción que realiza para proteger la imagen personal.

La Corte, es cierto, podría eventualmente reconducir todos los derechos constitucionales al artículo 19 n.° 4 de la Constitución, eximiendo a aquellos que derechamente no considera como tales. La verdad es que así el catálogo se simplificaría bastante; es esta una opción que personalmente no comparto, porque nos parece que la doctrina y la jurisprudencia comparada y, en algunos casos nacional, ya ha avanzado algunos trechos en la conceptualización de los derechos fundamentales, en la clasificación de los mismos. Pero, pareciera que existen ciertos impedimentos que surgen desde el mismo "formato" del recurso de protección y de la función que ha éste se le ha venido asignando. El Recurso de protección no invita a las Cortes a una reflexión profunda sobre la constitucionalidad de los derechos lesionados en torno al caso concreto. Como las Cortes entienden y, en este mismo caso hemos visto reitera la Corte Suprema, el recurso más que una acción constitucional es una acción cautelar. Por eso muchas veces los jueces

de protección sostienen como hemos visto antes: ¡bueno!, si la amenaza cesó, entonces para que vamos a acoger el recurso. A veces, los jueces consideran que existen medidas adicionales que pueden adoptarse. Pero el criterio, práctico sin duda, les lleva a dirigir su actuar, revisando si hay un derecho en el catálogo que esté lesionado, analizando los aspectos procesales de su procedencia, la concurrencia de actos u omisiones ilegales o arbitrarias y la posibilidad de remediar, de reestablecer el imperio del derecho. Entonces, la argumentación en un recurso tan eminentemente práctico se hace muchas veces innecesaria o difícil. Es posible que las nuevas competencias entregadas al Tribunal Constitucional, a través de la acción de inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad vengan a remediar en parte este problema. Lo anterior, por cierto no es un cuestionamiento a la utilidad práctica del recurso, que ha sido mucha, sino una reflexión en torno a las posibilidades de ampliación de su eficacia.

El 25 de Noviembre de **2004**, la Corte Suprema[96], resolviendo también sobre el uso no autorizado de una fotografía, en la que se utilizó por CONACE la imagen de la recurrente y su hija a través de un calendario en una campaña antidrogas, valoró dos aspectos relevantes para acoger en definitiva la acción de protección. Primero, ponderó que el interés social envuelto en una campaña de bien público no autoriza la lesión de las "garantías" establecidas por el constituyente. Así, expresó (considerando 2°) que "aún cuando la recurrida posea las facultades para realizar determinadas campañas en bien de la sociedad ha de ceñirse a la normativa vigente y, muy especialmente, debe respetar las garantías establecidas por el constituyente" y; segundo, estimó, a diferencia del criterio seguido en sentencias anteriores, que la acción del CONACE, a través del tercero que confeccionó el calendario con la imagen no autorizada llevó a la conculcación de "la garantía contemplada en el N.° 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República." Sin embargo, en el marco de esa disposición (considerando 4°), la Corte estimó que lo que se había afectado era, esta vez, la "honra de una persona, entendida esta última como la buena opinión y la fama adquiridos por el mérito y la virtud."

Llama la atención, entonces aquí, que para hechos muy semejantes en el que el problema es la publicación de una fotografía, con la imagen de personas, que habiendo sido autorizada para unos efectos (lo fue anteriormente para ser publicada en una revista de circulación nacional), es difundida por otro medio y con fines distintos, como sucedió en este caso, la Corte ni siquiera menciona –como ha hecho antes- el daño a la imagen o el de la propiedad de la misma, como sí lo hizo en el caso de Fernando González o, las Cortes de Apelaciones respectivas, en los casos Ustovic y los demás mencionados más arriba.

[96] Revista Fallos del Mes N.° 528, noviembre de 2004, págs. 2877-2884.ffigg

CONCLUSIONES

1. De lo anteriormente expuesto podemos concluir que desde el punto de vista de la doctrina y del derecho es perfectamente posible distinguir los elementos constitutivos de cada uno de los derechos que conforman lo que podríamos denominar el bloque de constitucionalidad de los derechos de la vida privada.

2. Que el derecho comparado y, especialmente el Derecho español que hemos utilizado como principal referencia, ha aportado elementos que pueden coadyuvar a una mejor delimitación de cada uno de los derechos que conforman el bloque mencionado, incluidos aquellos que la doctrina denomina derechos implícitos: como el derecho a la propia imagen, que puede en consecuencia sustentarse con una adscripción más estricta al artículo 19 n° 4 sin necesidad de recurrir a otros derechos constitucionales para habilitar su protección.

3. Que en el transcurso de los últimos años se ha producido en Chile un desarrollo jurisprudencial y doctrinario que pone al legislador en una mejor situación para cumplir con el mandato de regulación del artículo 19 n° 26 de la Constitución.

4. Finalmente nos parece que hemos comprobado que las ambigüedades de nuestra jurisprudencia, fruto también del relativamente escaso desarrollo doctrinario de este tema en Chile, se han ido disipando para diferenciar claramente el contenido esencial y los límites de los derechos de los artículos 19 números 4 y 5 de la Constitución Política de la República, siendo relevante en este aspecto la propia doctrina del Tribunal Constitucional.