



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



Tesina Carrera de Derecho

“Responsabilidad Civil de los

Medios de Comunicación en Chile

Por noticias inexactas o agraviantes:

Una visión desde el Derecho de Daños”

Por

JOSÉ BUSTAMANTE GUZMÁN

PROF.GUÍA: EDGARDO REINOSO LUNDSTEDT

ÍNDICE

Tema

- Abstract (Pág. 3)

- I. Introducción (Pág.4)

- II. Visión general. perspectiva social, cultural y económica de las libertades y derechos. (Pág.6)

- III. Lo Público y lo privado. Una mirada necesaria al fenómeno del daño mediático. (Pág. 9)

- IV. Derecho de expresión e información v/s Derecho Intimidad y honor.(Pág. 10)

- V. Situación normativa actual en Chile. (Pág. 20)

- VI. Jurisprudencia en Chile. Enfoque comparado. Casos hispanoamericanos y anglosajones. (Pág. 26)

- VII. Conclusiones. (Pág. 35)

- VIII. Bibliografía. (Pág. 37)

Abstract

Informar en el siglo XXI es una necesidad y un derecho, pero también conlleva una obligación en su ejecución. Una necesidad en cuanto un modelo democrático pretende que sus ciudadanos tengan el mayor acceso posible a toda instancia de conocimiento relativo a la actividad estatal, pública, o en algunos casos privada, de ciertos organismos o personas que los representen. Pero también representa un Derecho de aquel que lo puede ejercer con libertad, sin mayores contratiempos. Sin embargo todo esto conlleva la más grande de las obligaciones, cual es respetar y garantizar ante todo el honor y la privacidad de las personas y sus familias. Si esto no sucede, necesariamente el aparato jurídico debe reaccionar otorgando sistemas de indemnización que sitúen a esa persona, en lo moral, por vía patrimonial, en la misma situación jurídica que se encontraba antes del hecho dañoso. En Chile en este sentido estamos al debe.

Palabras Claves

Informar, expresión, libertad, honor, dañoso.

I. INTRODUCCIÓN

La democracia se ha afianzado en muchos estados occidentales como la menos mala de las formas de gobierno. Por otra parte, el ordenamiento jurídico ha concebido una serie de derechos, prerrogativas y obligaciones para los integrantes de estos estados. Ello ha traído como consecuencia que los ciudadanos, en tanto vivan en un estado de derecho democrático, gocen de de estos (derechos), y en específico pretendo analizar, la libertad de expresión y el derecho a la privacidad y a la honra de la persona y su familia, cuando esta se manifiesta como un daño. Para este efecto, planteo a priori que en nuestro país la legislación veda la posibilidad de indemnizar el daño que se causa por aquel que emite noticias inexactas o agraviantes, siendo de tal manera una forma de dejar indemne una situación que a todas luces, dado el desarrollo que está alcanzando el sistema de responsabilidad civil (o mejor dicho por DAÑOS). Esta inconsecuencia emana precisamente de un artículo en el código civil Chileno (Art. 2.331) que proscribe la aplicación de una indemnización cuando se realicen imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona, salvo probar el daño emergente o lucro cesante.

Por otra parte, el desarrollo de análisis de los efectos que entronca la actividad periodística en nuestro país se ha circunscrito, en lo jurídico, a velar por el conflicto subyacente en los derechos constitucionales que emanan precisamente de estos, a saber, “la libertad de expresión” y “la vida privada y honra de la persona y su familia”. Sin embargo, poco y nada se ha escrito en Chile mirando dicha actividad como generadora de responsabilidad civil por daños causados a los ciudadanos. El avance de la actividad periodística en los últimos 20 años en nuestro país ha sido exponencialmente interesante, destacando la inclusión de más medios de comunicación televisados y escritos, lo cual ha acrecentado una demanda constante por noticias que sean de interés nacional. En esta demanda agregada por dichos temas, se ha incurrido a mi parecer, en excesos derivados de la justificación

que otorga la libertad de expresión mirado como un derecho constitucional. Esto sin embargo, choca fuertemente con la visión que hoy tiene arraigada la protección del ser humano como tal, y su respeto en el entorno en que vive, en especial en nuestro caso Chileno, democrático. Por otra parte, la responsabilidad civil, derivada de actividades periodísticas por noticias, ha otorgado, al menos, en el derecho comparado visiones bastantes proteccionistas de las personas (al menos en países Europeos), en tanto sujetos de derechos que tienen dignidad y derechos permanentes. Sin ir más lejos, en Francia frente a noticias que dan lugar a equívocos o inexactos pronunciamientos por parte del medio de comunicación social respectivo, da lugar a la correspondiente declaración pública, en portada (televisada o prensa escrita), de las disculpas, así como también una sanción, a modo de indemnización pecuniaria. Por último, realizar una investigación que apunte a dicho análisis, puede generar efectos positivos, tanto en la discusión, disuasión y responsabilidad que deben tener los medios de comunicación social, los cuales, en la actualidad actúan, por ejemplo en materia de noticias policiales, como un juzgador ex ante, condenando a priori mediáticamente a una persona, por hechos acaecidos que representan, en dicho caso.

II. VISIÓN GENERAL. PERSPECTIVA SOCIAL, CULTURAL Y ECONÓMICA DE LAS LIBERTADES Y DERECHOS

El ser humano es el centro indiscutido del desarrollo de las naciones del siglo XXI. Las prerrogativas, instancias y derechos que nacen a partir del enfoque teleológicamente humano dan cuenta del fenómeno descrito el cual tiene, por cierto, relevancia en distintos aspectos. Quizás hoy como nunca antes en la historia de la humanidad las personas gozan de garantías y derechos reclamables ante la autoridad que corresponda, los que les permiten un desarrollo más pleno y armonioso en un contexto democrático y participativo. Pero estos derechos se desenvuelven, al menos en su expectativa de ejecución, en un contexto socioeconómico en donde muchas veces prima el ánimo de lucro en las actividades humanas, lo cual no debería ser tan disparatado, en tanto consideremos como principio esencial de la economía, el de establecer la consideración del ser humano como un HOMUS ECONOMICUS, y en tanto esto, el ánimo que tiene aquel en cualquier actividad que desarrolle se basara en la obtención de alguna ganancia (generalmente material). En este sentido, autores como Eugen LoebI en su pequeño gran libro HUMANOMICS da cuenta ya de este fenómeno economizante al plantear que *“desde hace ya demasiado tiempo hemos venido considerando que las diferencias entre nuestro pasado y nuestro presente constituyen las razones de nuestro contemporáneo malestar. Es hora ya de comprender que dichas diferencias, tales como un nivel de vida más elevado, una tecnología más sofisticada, y mayores tasas de inflación y desocupación, son solamente descripciones de ese malestar y no las causas. Las causas están enraizadas mucho más profundamente en nuestro sistema socioeconómico total. No estaremos en condiciones de eliminar o cambiar los aspectos indeseables de nuestra sociedad, en particular nuestra economía, si nos seguimos ocupando de los síntomas. En cambio, debemos intentar comprender las razones de nuestros problemas tratando de abarcar la realidad total de nuestra*

vida socioeconómica”. Es precisamente la realidad de la que habla Loebel la que nos interesa, en tanto tratamos de ir descifrando, al final de esta investigación, si las necesidades de establecer libertades (expresión e información) por sobre los derechos (privacidad y honor) de las personas, debiera estar basado o no en síntomas economicistas, sino mas bien en cuestiones de orden ético, moral y jurídico.

Destaco el enfoque económico, porque cuando aquel irrumpe ferozmente en el área de las libertades y derechos que corresponden a cada cual, este <el derecho>, inevitablemente pierde fuerza, no por una cuestión meramente sintomática, sino mas bien por cuestiones de poder e influencias. De tal manera que planteamos que el ser humano debe desarrollarse en un ambiente que le permita, como dice nuestra constitución, *“el mayor desarrollo material y espiritual posible”*. Pero ese desarrollo debe siempre ir de la mano con la protección de la persona en su integridad moral, espiritual y social, cuando precisamente estos derechos en disputa están entregados a su determinación a grandes grupos de poder. En lo que respecta simplemente a nuestra investigación, los derechos que se pugnan son simplemente la libertad de expresión e información y la privacidad y honor de las personas. En esta línea, es claro que se ha suscitado en nuestro país una serie de medios de comunicación que principalmente son receptores de 2 grupos económicos y de poder, manifestantes claramente de una ideología política determinada. Estos grupos controlan la información de los medios masivos escritos. Ahora bien, es interesante analizar también que socialmente, y tecnológicamente, las barreras a la entrada que existían para otros actores en el mercado de los medios de comunicación, han prácticamente desaparecido, pero no obstante aquello la influencia que tienen los primeros en el desarrollo de la vida política, social y cultural de nuestro país es aun inconmensurable. Es por lo mismo, que el objeto central de nuestra investigación apunta a establecer la veracidad, que a mi parecer se da, en el establecimiento de

responsabilidad civil de estos medios de comunicación por los daños que se causen, a propósito de noticias agraviantes.

Luigi Ferrajoli en su libro *“Democracia y Garantismo”*¹ precisamente plantea que la concentración de los medios de comunicación genera que *“La libertad de imprenta pasa de ser un derecho fundamental, universal e indisponible, presupuesto esencial de la democracia política, a ser un derecho patrimonial, es decir, una mercancía confiada a las dinámicas del mercado. Así, la propiedad de los medios de información devora la libertad de imprenta, resolviéndose únicamente como libertad de los propietarios, o, mejor dicho, bajo condiciones de monopolio, en la libertad del único propietario. Y los espacios de la comunicación política, en los que JURGEN HABERMAS ha identificado la esfera pública, son privatizados y transformados en esfera privada. La libertad de información, en vez de limitar y controlar el poder, es de esta forma limitada y controlada”* (Ferrajoli, 200: pág. 10). Esto es totalmente trascendente al objeto de nuestro estudio, en tanto entendemos que los medios de comunicación social son importantes en el desarrollo de un modelo democrático, pero en tanto ellos sean garantes, en palabras de Ferrajoli, de una democracia igualitaria, entonces será importante tener claro que los controladores de estos deben estar dispuestos a someterse con mayor ahínco a los controles sociales y jurídicos que su actividad compromete.

Ahora bien, siguiendo la idea del ser humano como centro de la actividad democrática, es importante tener claro que estos controladores del poder económico y editorial, en lo que respecta al caso de nuestra investigación, son necesariamente responsables de lo que emitan, en tanto revisten importancia ante la ciudadanía, y determinan su credibilidad de diversas formas. En específico hay casos donde se emiten noticias que agravan la honra de una persona o bien son inexactas en su

contenido, y tienden inevitablemente a establecer un hecho muchas veces cierto. También hay ocasiones donde lo que se vierte por un medio de comunicación, sobre todo en cuestiones criminales, es tomado, dada la fama y trascendencia de quien la emite, como una verdad a priori del juicio que le pudiese valer a aquel que precisamente soporta la carga de ser imputado. Este último caso es quizás uno de los más problemáticos y complejos que existen actualmente, porque en la sociedad que vivimos, los prejuicios avalan las cosas por sí sola, de tal manera que solo basta que se produzca el hecho dañoso e inmediatamente difundido da lugar a que la ciudadanía condene a la persona imputada. De tal manera que los medios de comunicación social de un tiempo a esta parte se han convertido en verdaderos jueces ex – ante que solo sentencian con el mérito de lo que su poca prudencia y falta de antecedentes le indiquen.

Lo anterior es lo que precisamente debe llevar, disuasivamente, a establecer cánones de responsabilidad para ellos, en tanto prime en nuestra sociedad el principio que nadie tiene derecho a causarle un daño a otro y si lo causa debe indemnizarlo

III. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO. UNA MIRADA NECESARIA AL FENÓMENO DEL DAÑO MEDIÁTICO

Como hemos analizado hasta el momento, la problemática del daño mediático da cuenta de la convergencia muy importante, para lo que analizaremos posteriormente, entre la esfera pública y la esfera privada. Esto se refiere principalmente a que los entes en los cuales radican el conflicto que se genera para un particular derivado de un hecho dañoso, en este caso específicamente, mediático, son órganos del estado, en tanto perseguirán la responsabilidad penal derivada del hecho ilícito conformado por la conducta atípica de injuria o calumnia, y el órgano

privado que está conformado por el medio de comunicación social que tiene a su cargo la difusión del hecho que dar lugar al tipo penal.

Ahora bien, esta simbiosis entre estos poderes es absolutamente necesaria de tener en vista, porque será el órgano público, en específico los tribunales de justicia para el caso en comento, los cuales deberán establecer si la persona imputada es o no culpable, y antes de eso siempre gozará del principio de inocencia, de tal manera que si entendemos aquellos comprenderemos aun más delicada la misión que tienen los medios de comunicación social, puesto que dependerá de ellos comunicar a la ciudadanía este hecho sin revestirlo en ningún caso, ex –ante, de una cualificación penal. Si así se produjere, es evidente que surge, la responsabilidad por ese medio, al violar el principio mencionado, y porque altera reglas que veremos más adelante sobre la honra y la privacidad de la persona, aun cuando se esgriman equivocadamente la libertad de expresión como justificación para la difusión de contenido atentatorio con el derecho de las personas.

IV. DERECHO DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN V/S DERECHO INTIMIDAD Y HONOR.

La Constitución de 1980 ha establecido claramente una serie de derechos tendientes a proteger a los ciudadanos, tanto frente a acciones u omisiones arbitrarios o ilegales por el cual se sufra una amenaza, perturbación o privación en tales derechos. A este efecto se han establecido en el artículo 19 de la constitución 26 numerales que apuntan precisamente a dar contenido dogmatico a esto. Dentro de estos, destacan los numerales cuatro y doce, los cuales consagran las garantías constitucionales de privacidad y respeto a la honra de la persona y su familia, como la de libre expresión, respectivamente. Estos derechos, vistos individualmente, son extremadamente importantes dentro del contexto social democrático. En específico

se ha planteado que el derecho a la libertad de expresión es uno de las manifestaciones más claras de un estado de derecho con corte democrático. A este respecto, la idea de un estado de derecho democrático importa que sus ciudadanos tengan la capacidad de manifestar, sin censura previa, cualquier expresión que deseen. En este sentido, podemos entender que hablar hoy de libertad de expresión en el contexto actual nos parece lo más natural y adecuado.

Por otra parte, también nuestra constitución ha garantizado, dentro de los derechos antes mencionados, **el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia**, el cual no se encuentra condicionado a ninguna situación de hecho en particular.

En este sentido, el constituyente quiso establecer claramente un contexto de derechos particularmente sensibles de proteger, en tanto prescribe a su vez, en el artículo primero inciso cuarto de dicha constitución, la manifestación de la finalidad del estado, a saber “ que el estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece”. Esta inclusión inicial da lugar a establecer que los derechos consagrados y expresados en el numeral 19 número 4 y 12 (Privacidad V/S Honra) deben enmarcarse dentro de la finalidad que precisamente prescribe este artículo, de tal manera que ya se avizora que, en un posible conflicto de derechos, habrá que estar a aquel derecho que permita a cada uno de los ciudadanos su mayor realización espiritual y material posible.

Ahora bien, estos derechos consagrados en nuestra constitución son el resultado de una historia permanente en el desarrollo de estos derechos, no solo en Chile sino en el resto de los países occidentales. En este sentido, la historia da muestras claras de este fenómeno jurídico y social, manifestándose ya en el siglo XVI, a propósito de la pragmática del santo oficio de la inquisición, donde se estableció que *“ningún librero ni mercader de libros, ni otra persona alguna de cualquier estado ni condición que sea, traiga, tenga ni venda ningún libro ni obra impresos o por imprimir de las que sean vedadas y prohibidas por el santo oficio de la inquisición.... so pena de muerte y perdimiento de todos sus bienes, y que tales libros sean quemados públicamente...”*, es posible por tanto mirar como el poder despótico de la santa inquisición católica española, especialmente con la de sus Reyes, forjó una idea censurada totalmente de la libertad de expresión, lo cual luego siguió manifestándose en otras cartas o pragmáticas como la establecidas en la *novísima recopilación*, en donde a pesar que las penas eran mucho menores a las establecidas en la pragmática del santo oficio de la inquisición, no menos cierto se sigue con la prohibición.

Por otra parte, y en los finales del siglo XVII y durante el Siglo XVIII, hasta sus postrimerías, es posible advertir la fuerza reaccionaria frente a la prohibición de generar espacios para transmitir libremente, no solo el conocimiento, sino las opiniones y pensamientos diversos y disímiles. Así, fue el jurista inglés Blackstone (Ferrajoli, 2010: pág. 18), quien estableció en su comentario de las leyes inglesas que *“...no se deben imponer restricciones previas sobre las publicaciones, aunque sin exceptuarlas de las leyes penales después de hecha la publicación. Todo hombre libre tiene un derecho incuestionable a exponer al público los sentimientos que le plazcan. Pero si publica lo que es impropio, dañino o ilegal, debe sufrir las consecuencias de su propia temeridad.* Estos ideales fueron seguidos por Blackstone quien siguió a su vez a Montesquie, sobre todo por la obra “ El espíritu

de las leyes”, y quien a su vez se inspiró en John Locke, padre de la doctrina del contrato social, quien estableció en este contrato que *“todo hombre es naturalmente libre y nada es capaz de someterlo sin su consentimiento...”*, siendo todas estas ideas manifestadas posteriormente por Voltaire en Francia y luego pasadas a América del Norte a través de Alexander Hamilton, economista y abogado que influyó en las ideas que concretizarían las enmiendas constitucionales de 1789 en, lo que hoy es, Estados Unidos de América, y en especial a lo que es la primera enmienda, que se refiere a este tema, expresando textualmente *“El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión o prohibiendo el libre ejercicio de dichas actividades; o que coarte la libertad de expresión o de la prensa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al gobierno la reparación de agravios”*. Este quiebre es producto, además, del desarrollo de la prensa y del pensamiento por la palabra escriturada, lo cual llevó necesariamente a replantearse todas las limitaciones impuestas por los poderes despóticos de los reyes y a la iglesia.

Ahora bien, lo planteado por Blackstone es el sustrato básico, que incluso hoy, existe dentro de la concepción de la libertad de expresión en las distintas disposiciones vigentes, y que concordado con el artículo 19 número 12 de nuestra constitución política, se puede analizar que se contiene una libertad para emitir opiniones y comentarios, no censurables previamente, pero sí respecto de los cuales debe tenerse conciencia que pueden ser sancionados *ex post*.

Todas las manifestaciones desde el siglo XVI al XVIII, provocaron el asentamiento de las ideas liberales dentro del contexto social europeo y norteamericano, plasmado en las ya mencionadas enmiendas constitucionales, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y otros textos de autores que insisten en la necesidad de no prohibir *a priori* la manifestación del

pensamiento. Estos distintos cuerpos legales y declarativos diversas concepciones para un fenómeno que hoy podríamos tratar como libertad de información (Grisolía Corbatón, 2044: pág. 6), siendo esta un vehículo de las ideas libertad política y económica (Daniel Pizarro, 1999: Pág. 85).

En relación al punto de vista Político que tuvo la libertad de expresión en los siglos XVI en adelante (Daniel Pizarro, 1999: Pág. 41), se puede entender claramente que la prensa, como eje informativo, era el medio idóneo para canalizar los intereses burgueses en las masas no dominadas, posibilitando que el ciudadano participara activamente de la vida social, evitando con ello potenciar el riesgoso hecho de tener un estado omnipotente. La posibilidad de poder publicar ideas y opiniones por parte de la prensa permitía el control en el ejercicio del poder de los burgueses, entendiendo esa prensa de opinión que había que rechazar categóricamente la intervención de los poderes públicos, evitando que se produjeran situaciones de censura previa a estos, y determinando responsabilidad expost en caso de incurrir en alguna falta o ilícito por la ejecución irresponsable de estos derechos. Hay que pensar, además, que finalmente quienes ejercían la libertad de prensa lo hacían para sí mismo, ya que las sociedades del siglo XVI al XIX fueron extremadamente analfabetas, por lo cual las ideas que se plasmaron inspiraron a los más educados dentro de aquella época.

Desde un punto de vista económico, la libertad de expresión tenía que ir de la mano con la idea de libertad empresarial, porque en tanto ella sea posible, será viable la finalidad de aquella. Esto se vio potenciado en tanto el liberalismo económico se plasmó, ya desde las filosofías económicas que Adam Smith imprimió en su obra la riqueza de las naciones. Ahora bien, a pesar de este liberalismo económico que influyó positivamente en la prensa, no menos cierto es que al ser tan pocos los consumidores de prensa, el costo de elaborar periódicos

realmente era alto, sin perjuicio de lo cual se siguió imponiendo la libertad de prensa por sobre los factores económicos.

Los diversos medios de comunicación tomaron fuerza desde el Siglo XVI al siglo XIX, siendo protegida por las diversas constituciones más importantes de la época.

Respeto y protección a la vida privada, y a la honra de la persona y su familia: Por otra parte, y como contrapunto a lo ya hablado sobre la libertad de expresión, un valor fundamental establecido modernamente es la *DIGNIDAD DE LOS SERES HUMANOS*. En este sentido, este valor debe ser tutelado con interés supremo por el estado y los organismos internacionales, en tanto falte este, difícilmente puede recurrirse a la protección del resto de los derechos constitucionales o derechos humanos vigentes. Esta dignidad es la vez el sustrato básico e indelegable de otros valores fundamentales de la persona, como son la intimidad, el honor, el derecho a expresar ideas religiosas, políticas, económicas y/o de otra índole. En este contexto, el estado debe amparar al ciudadano, dando eficacia a dicho valor mediante el establecimiento de acciones que permitan aquello. En este sentido, y como se expreso anteriormente a propósito de la libertad de expresión, se han ido instaurando diversos contenidos ideológicos pro-persona en el contexto de declaraciones internacionales históricas o contemporáneas, y también en diversos documentos internos de cada estado, como son las constituciones americanas y europeas. En esta línea, en el siglo que se termina se ha ido asentando la protección de la dignidad humana ya desde la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, como post- segunda guerra mundial, con la declaración universal de derechos humanos, así como antes de ello con la declaración americana de derechos humanos, en todas las cuales se reconoce como elemento básico la dignidad de las personas. Esta dignidad no puede ser sino entendida como un atributo propio de cada persona en tanto cual, la que le permite desarrollarse material y espiritualmente de la mejor manera dentro del contexto social en el que

vive, sin la privación de su capacidad de expresar y sentir. Por esto mismo, es que el honor se enarbola como un elemento esencial, puro y distintivo de cualquier otro derecho, que le permite al ser humano, en tanto digno, compartir dentro de un contexto social con sus semejantes.

También cabe destacar, que además del honor, la privacidad como elemento concurrente de aquel en la formación de la dignidad, es tan importante y relevante al efecto de valorar el conflicto que se sucede entre estos y la libertad de expresión.

Pues bien, si uno analiza finalmente los derechos que están en pugna, en tanto libertad de expresión versus el respeto y protección a la vida privada y el honor de las personas y su familia, podemos comprender que la solución pasa por analizar el contexto democrático en el cual se desarrollan estos. Me explico, cuando las garantías constitucionales son establecidas, precisamente son manifestaciones de un momento histórico, político y democrático especial. En el caso de nuestra constitución, esta fue dictada en un periodo en que había una democracia aparente, a mi modo de ver, en tanto no existía ni congreso nacional, ni libertad plena del poder judicial para actuar en aquello que era parte de sus atribuciones. Por tanto el estado no era más que la manifestación, en las ideas de Montesquie, del poder ejecutivo, vale decir, del gobierno de turno, que a su vez no fue elegido democráticamente. Ahora bien, este planteamiento interesa en tanto uno puede comprender que en la década de los 80, y quizás en la década del 90 inclusive, era posible decir con bastante claridad que en nuestro país la libertad de expresión, y digo con ello la manifestada por personas como por medios de comunicación, era más importante que la protección y respeto a la vida privada y a la honra de la persona y su familia. Esto porque finalmente, y es mi teoría, los derechos y garantías son relativos, en el sentido que frente a un conflicto entre estos, hay que tener en consideración el contexto en el cual deben aplicarse unos por sobre otros, y esto porque finalmente

todo redundando en una sola pregunta, a saber ¿cuál es la finalidad de la democracia?, y quizás las respuestas puedan ser múltiples, pero entre ellas no puede no faltar la que indica que la democracia es una forma de estructura política y social que tiene por objetivo la mayor realización espiritual y material posible de una persona. En esa línea, si son las personas, en su calidad de dignatarios de derechos, son estas las que deben tenerse como referente para establecer cual, dentro insisto del contexto social vigente, de los derechos deben prevalecer para su ejecución y protección por los organismos que corresponda. Así por ejemplo, si hiciéramos una analogía con nuestro sistema solar, podríamos decir que la democracia es el sol y los planetas son los diversos derechos, siendo aquellos que cumplan la finalidad cercana al sol (democracia), los que deben protegerse mayormente, en tanto uno puede entender que protegiendo aquellos más alejados, no se cumple el fin democrático. Esta idea, aunque puede ser polémica, ya que muchos piensan que las personas en un estado no pueden desarrollar plenamente sus derechos si no se les permite expresar aquello que piensan o sienten. Pero es precisamente ese hecho, el que se permita expresar, el que da pie a proteger otros derechos, como la honra y la persona, en tanto estos cumplen de manera, a mi modo de ver, cabal y profundamente el espíritu propio de un sistema democrático. No puede ser que en un estado democrático, en el siglo XXI, las personas sean sometidas en su honor y en su privacidad por otros, sean estas personas naturales o jurídicas (medios masivos de comunicación), al escarnio muchas veces público, por el solo hecho de detentar estos una calidad económica y social influyente para realizar el acto contrario al espíritu democrático. Por aquello, es importante no solo entender que ambos derechos en conflicto, la expresión y la privacidad (inclúyase honra) no solo son base de la democracia, sino por sobre esto, son principios iuris del estado y de la sociedad, y por tanto la responsabilidad del acto consecuente al ejercicio de ambos derechos debe ser considerado por el estado como esencial para la tranquilidad y paz social.

Otro criterio que debe tenerse a la luz al momento de analizar el conflicto de derechos, es el interés público comprometido en el hecho que da lugar a la libertad de expresión o de informar, en términos modernos. Este interés debe ser establecido de manera clara por los distintos organismos constitucionales y legales de los estados al momento de someter a ellos el conocimiento de algún asunto judicial. Ahora bien, cuando hablamos de interés público, nos referimos principalmente a un hecho que dentro de la sociedad inmiscuye a personas que están embestidas de connotación pública o social. Así el hecho noticioso, respecto del cual, haya comprometido un funcionario público es evidentemente un hecho de interés público, y la prensa tiene el deber de dar a conocer, sea bueno o malo, dicho hecho. Ahora bien lo importante es que ese hecho sea parte y realizado en el ejercicio de la función pública de esa persona, en caso de tratarse de un funcionario público. Esto es importante, porque también permite colocar una diferenciación con los hechos derivados de actuaciones de civiles, que en el ejercicio de su libertad de acción puedan realizar aquello que deseen. En ese sentido es importante tener claro que muchas veces los medios de comunicación social actúan vulnerando la privacidad y el honor de personas, incluso en aquellos casos en que estas no son parte del contexto social mínimo. Ya veremos cómo sentencias del tribunal constitucional y tribunales civiles, entre ellos, la corte suprema han ido elaborando criterios, más o menos, ajustados a estas ideas.

En el sentido anterior, y siguiendo las ideas ya expresadas de ponderación de derechos, el profesor Domingo Lovera Palermo ha planteado que en nuestro país *“El conflicto de derechos fundamentales se produce y debe ser resuelto. En caso de no ser posible establecer una armonía entre ellos, debemos recurrir a la ponderación concreta de los derechos en juego, tarea que corresponde al juez. Pero para que el juez tenga éxito en ella, es necesaria la elaboración de estándares... En Chile, para el caso de conflictos entre la libertad de expresión y vida privada, se ha*

puesto, particularmente, en las personas que se ven involucradas en las informaciones que se difunden...se acepta la siguiente escala:

- 1. Funcionarios públicos de elección popular;*
- 2. Funcionarios públicos de no elección popular;*
- 3. Personajes de influencia pública;*
- 4. Personajes del ámbito público del espectáculo o de la farándula*
- 5. Ciudadanos cualesquiera.*

El umbral protección a la vida privada, de conformidad a esta tesis, aumenta en la medida que uno se aleja cada vez más de los funcionarios públicos de elección popular y se sitúa para maximizar su protección, cerca de los ciudadanos cualquiera.

Sin perjuicio de lo constatado en Chile por el profesor Lovera (2009: pág. 62), el propone que *“el estándar que nos permite determinar cuándo se está en presencia de información que afecta la vida privada y cuando, en consecuencia, no, es el interés público involucrado en la información... despojándonos de la clasificación que se hace entre personas, y de conformidad a este estándar el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada”*

Es este interés público vinculante a la sociedad el que debe estar como criterio permanente en el análisis del derecho a prevalecer frente a la pugna que se produzca.

Finalmente, considero que el conflicto de derechos es aparente. Es aparente en tanto uno entiende, e insisto con esta idea, que los derechos y garantías constitucionales son contextualizables, y al día de hoy, no me cabe duda que el derecho a la privacidad y respeto por la vida privada y la honra de las personas y sus familias esta por sobre la libertad de expresión, en tanto apliquemos al caso

concreto los criterios que ya se han mencionado. No significa con esto pensar en que los derechos tienen una trascendencia mayor uno por sobre el otro, considerado individualmente, sino que frente al conflicto en particular será necesario optar, y esa decisión debe estar despojada del sentido histórico de la situación, y empapado por los hechos concretos que se devienen a resolver.

V. SITUACIÓN NORMATIVA ACTUAL EN CHILE. JURISPRUDENCIA

En Chile se ha desarrollado un articulado normativo basado principalmente en 2 puntales. En un primer puntal, distinguimos a su vez 2 grandes bloques normativos. En primer lugar la Constitución Política que ha establecido una serie de derechos que buscan, por un lado la protección y respeto a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, pero por otro establecer la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades. Estos derechos contrapuestos se encuentran amparados por la acción de protección, la cual busca restablecer el imperio del derecho cuando en ambos casos por causas o acciones ilegales o arbitrarias se pueda privar, perturbar o solo amenazar tales derechos. En segundo lugar, como bloque normativo de un primer puntal, estas normas constitucionales se complementan con los tratados internacionales sobre derechos humanos, a saber como la Declaración Universal de Derechos Humanos, La convención americana sobre derechos humanos, el pacto de derechos civiles y políticos, entre otros, que han otorgado fisionomía a las normas descritas en el contexto constitucional Chileno. Ahora bien, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece una serie de derechos al respecto, a saber, “la libertad de pensamiento y expresión”, agregando que esta puede ser siempre restringida por los estados partes del tratado (inclúyase por tanto a Chile), cuando sea necesario para proteger “ la reputación de los demás”(art.13). Como

contrapartida la misma convención protege el derecho a la “protección de la honra y la dignidad”, con lo cual salvaguardar y conecta a las personas con su libertad de pensamiento. Sin embargo es posible preguntarse si hay o no conexión y protección efectiva a los derechos consagrados en este pacto (como en otros similares), y como describe muy bien Mac-clure Bintrup: “... ante la pregunta por el alcance que en definitiva puede o debe tener la protección jurídica de la honra a la luz de la libertad de expresión, el texto de la Convención tiene poco que decir (aunque no es totalmente silencioso). Esto se debe a la técnica que utilizó la Convención para consagrar derechos humanos: fórmulas que carecen de un único sentido material, conceptos políticos o morales (como los recién mencionados) que es posible concretar en distintas concepciones. Lo anterior explica por qué una mirada a la práctica interpretativa desarrollada por los órganos establecidos para velar por los derechos de la Convención, suele ser considerada necesaria para dilucidar las obligaciones que ésta impone a los estados partes... Estos órganos han prestado poca atención al contenido del derecho a la honra, si bien algunas decisiones arrojan luz sobre éste. En cambio, se han referido reiteradas veces sobre el contenido de la libertad de expresión en la Convención. Un tema recurrente ha sido la compatibilidad o incompatibilidad con ella de las regulaciones y decisiones estatales destinadas a proteger la honra de los individuos. El resultado ha sido la elaboración de varios criterios destinados a conciliar la protección de la honra y la libertad de expresión ... Conocer la posición del Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto de este tema es especialmente de interés para los países que, como Chile, están en vías de modificar la configuración de la protección penal y civil de la honra (esto es, los delitos penales de injuria y calumnia, y las reglas de responsabilidad extracontractual por atentados a la honra). Ya sea como parte del cumplimiento de sus obligaciones internacionales, o de un compromiso con una política de protección de la honra menos restrictiva para la libertad de expresión, los países latinoamericanos cuentan con una

importante discusión desplegada ante los órganos del Sistema Interamericano. En ella se observa un intento de dejar un margen considerable para la protección de la honra, pero al mismo tiempo, de disminuir esa protección cuando entra en pugna con los que parecen ser presupuestos básicos de un Estado democrático y liberal”.

Esta visión de Mac-clure Bintrup la comparto en tanto las normas de esta convención, como las de otras, además de nuestras normas constitucionales, están enraizadamente conectadas con el momento histórico de su dictación. Por tanto, y como plasmaba en capítulos anteriores, el énfasis estuvo marcadamente influenciada por el contexto político y social de épocas en donde evidentemente la libertad de expresión era un bien esencial para la conclusión de un estado de derecho democrático. Pero ahora, en el Chile con sistema republicano democrático, en donde las libertades de expresión se aseguran, sobre todo a través de los nuevos medios masivos de comunicación y redes sociales, la idea de no soslayar acotar el contexto de esos, en tanto se contrarié, o aun peor, denigre la vida privada y la honra de la persona y su familia, a mi me parece francamente contraproducente, en tanto estos derechos en conflicto deben un buscar un punto de equilibrio, no sobrecargándose unos con otros, a tal razón de no ser soportables.

En un segundo puntal de normas, encontramos las distintas leyes dictadas al efecto, así como la normativa incluida en nuestro código civil que permite establecer con algo de claridad la importancia y alcance que tiene la responsabilidad basada en actuaciones injuriosas o calumniosas, sumando a este bloque las normas del código penal sobre difamación, injurias y calumnias, las que son establecidas como delitos de acción penal privada, vale decir donde el estado no persigue necesariamente la responsabilidad de aquellos que eventualmente pudieren cometer tales delitos. Esto ya nos muestra que la protección, aunque existente, es débil.

En primer lugar creo importante destacar las normas del estatuto del código civil, en tanto son estas las fuentes directas de las cuales emana la responsabilidad civil consecuente al ilícito en cuestión. En este sentido la norma gravitante es el artículo

2.331 del código civil, puesto que este contiene una restricción a la reparación del daño causado por imputaciones injuriosas al honor o crédito de una persona al expresar “ *las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación*”. En este sentido, el artículo 2.331 se encuentra inserto en el código civil dentro del título XXXV del libro IV, y por tanto si analizamos la regla general, tendremos a la vista el ya conocido artículo 2.314 y 2.329 en tanto estos consagran, respectivamente, que “*El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito cuasidelito*”, y el artículo siguiente (sic) “ *Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta*”. En principio la norma del artículo 2.331 es limitativa, pero debe necesariamente entenderse, por tanto, como una excepción dentro de las reglas establecidas para la determinación del daño, en tanto la regla general es que todo daño debe ser indemnizado, en tanto procedan los presupuestos y requisitos de subjetividad y demás es que la ley establece. Nuestros tribunales ordinarios, en este sentido, han acogido esta idea de integralidad, derivada de un estatuto omnicompreensivo. Así la Sentencia de la corte de Apelaciones de Santiago (Rev. D.y J. 1991, IV, p. 29), establece que “*Si bien es cierto el artículo 2331 del Código Civil dispone que las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho a demandar indemnización pecuniaria a menos de probarse daño emergente o lucro cesante que pueda apreciarse en dinero, tal precepto debe interpretarse restrictivamente por ser una excepción al principio general del artículo 2329 del mismo Código. Establecido que la ofendida fue víctima de imputaciones que exceden la propia injuria -se la llamo ladrona y además sufrió malos tratamientos de obra-, atentaría a los principios generales del*

derecho y a equidad natural que un hecho vejatorio constitutivo no solo de delito civil sino además penal quedara sin indemnización por el daño moral sufrido por la víctima. Monto de indemnización= \$500.000. Procede, en consecuencia, acoger la demanda civil deducida contra los encausados y el tercero civilmente responsable y determinar la cantidad reajutable a pagar por estos, por el concepto aludido”.

Este fallo de la corte suprema, se suma a otros de irregular resolución, pero en donde de alguna manera se ha ido replicando lo que la justicia constitucional ha ido elaborando. A este respecto es importante señalar que debido a la reforma de la constitución política Chilena, se ha reforzado el examen expost que tiene el tribunal constitucional, permitiendo declarar tanto la inaplicabilidad, como posteriormente su inconstitucionalidad, con lo cual queda proscrita el límite de responsabilidad que hasta ese momento regia. Ahora bien, y como expresa Mac-Clure Bintrop *“El TC decidió hace poco por amplia mayoría, fallando una acción que buscaba hacerlo inaplicable en un juicio civil, que este límite a la responsabilidad civil es inconstitucional (5). En “Valdés c/ Irarrázaval y otros” (sentencia de 10/06/2008, Rol 943-07), el TC sostuvo que del derecho constitucional a la honra se sigue como consecuencia que el legislador no puede dejar de reconocer un derecho a exigir una compensación por daños extra patrimoniales derivados de una afectación de la honra. Las partes del requerimiento discutían, en un juicio civil ante un tribunal ordinario, sobre la posible afectación de la honra del demandante, quien perdió su calidad de socio de los demandados, tres abogados y un estudio jurídico (6). El demandante, en su versión, “fue excluido, de hecho, como socio del estudio jurídico del que forman parte los demandados en la litis invocada, lo cual afectó gravemente su honor, su intimidad y sus derechos como abogado en las relaciones con sus clientes” (p.1, parte expositiva). Por esa razón, accionó contra ellos para que fueran condenados a una indemnización pecuniaria que incluyera los perjuicios extra patrimoniales envueltos. Como esta pretensión podía verse en peligro en atención al límite a los perjuicios indemnizables del artículo 2331del*

Código Civil, el demandante pidió al TC que lo declarara inaplicable por inconstitucionalidad. El TC, le dio la razón”.

Por otra parte, una incipiente cantidad de normas legales se han ido creando, entre ellas, la Ley 19.733 Sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, aplicable a los medios de comunicación, la cual establece restricciones penales y civiles a lo que estos pueden difundir, si bien éstas son alivianadas en atención a los intereses públicos que (a veces) son promovidos por aquéllos. Sin embargo, desde mucho antes, nuestro Código Penal contempla como delitos la injuria y la calumnia, y el Código Civil reconoce la indemnización pecuniaria por los daños a la honra. A diferencia de la regulación de los medios de comunicación, en el Código Civil, aplicable a cualquier particular, se consagra, específicamente en su artículo 2331, una limitación a la responsabilidad civil por daños a la honra, como ya comentamos.

Como a dicho Mac-Clure Bintrup (2008: pag.2) *“El artículo 2331 del Código Civil establece un límite a la compensación económica que un particular puede exigir de otro cuando ha afectado su honor. Ésta norma, ciertamente, reconoce un derecho a compensación cuando se han realizado “imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona”, pero exige que el demandante pruebe daño económico, o en sus propios términos, “daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero”. Por eso, otros tipos de daños, como el sufrimiento psicológico, la pérdida de reconocimiento social sin efecto en el patrimonio, aunque típicamente asociados a los insultos o a la circulación de críticas, exceden al campo de aplicación del artículo 2331. El Código Civil, por lo tanto, protege la honra u honor, pero no cuando su afectación se expresa en un daño extra patrimonial (o “moral”)”.*

Por tanto con esto se abrió la senda a demandar daños en sede civil, permitiéndose con ello obtener, eventualmente una indemnización íntegra, que sea manifestación del daño totalmente causado.

Ahora bien debemos agregar que en Chile existen una serie de leyes que vinieron a establecer procedimientos y situaciones de hecho en las cuales es posible establecer las responsabilidades civiles y penales por informar, difamar o calumniar injustificadamente a una persona. En primer lugar de normas tenemos, la ley 19.733/2001 sobre libertades de opinión e información y sobre ejercicio del periodismo, estableciendo un procedimiento o recurso de aclaración y rectificación por el agraviado por una noticia o información que no es correcta. Además estableció en el título V las infracciones, delitos, responsabilidades y procedimientos de los afectados, incluyéndose conexiones con las normas sobre injurias y calumnias de nuestro código penal.

También se estableció la ley 19.628 /1999, sobre protección de datos personales, pero esto referido a la forma como se resguarda la información privada de una persona, que no esté relacionada con el interés público comprometido.

En sede penal han estado incólumes las normas del artículo 412 y siguientes del código penal chileno que sanciona las injurias y calumnias, todo entendido dentro del contexto de una acción penal privada.

VI. ENFOQUE COMPARADO. CASOS HISPANOAMERICANOS Y ANGLOSAJONES.

El desarrollado del derecho comparado en este tema es ampliamente vasto. Solo basta con analizar lo que sucede en países anglosajones, sobre todo el caso de Estados Unidos de América, en donde la Corte Suprema de Justicia ha hecho un trabajo de carácter doctrinario, buscando establecer conexiones de orden práctico a los problemas suscitados del conflicto entre Libertad de Expresión v/s Honra y Privacidad. Sin embargo el desarrollo de esta doctrina ha ido variando en los últimos 30 años, pasando a ser establecida en razón de las circunstancias de hecho,

así como los casos y doctrinas de autores que influyeron en los cambios. Ahora bien, dentro del contexto histórico, quizás la doctrina más importante es la *Doctrina de la Real Malicia*, que otorgo una visión completamente distinta a la que se tenía desde la introducción de la primera enmienda en USA. Los principales casos y su doctrina, en orden cronológico son tratados por Ramón Daniel Pizarro (1999: pág. 421), de la manera que sigue:

1.- El periodo Anterior al caso “New York Times v/s Sullivan”: Antes de 1964, en donde se plateo el caso mencionado, la jurisprudencia americana aplico constantemente un sistema de reparación basado en un supuestos standars o módulos de responsabilidad, propios del derecho común norteamericano, basándose por tanto en la variable legislación de fondo y jurisprudencia vigente en cada Estado. En este contexto generalizado se aplicaba las normas sobre responsabilidad, que generalmente eran las ordinarios del *common law*, en donde rige la aplicación del standars de negligence torts, o sea el patrón de conducta que se estima propio de una persona razonable y que fue objeto de una larga depuración conceptual a través de los años. Pero también existía en otros estados un sistema de responsabilidad objetivo, en donde era posible atribuir directamente responsabilidad civil en tanto fuese posible

2. - Caso New York Times v/s Sullivan. Este caso marco un antes y un después en la forma como se entendió aplicar criterios de restricción a los derechos de expresión en conflicto con los derechos de privacidad y sobre todo de alteración a la honra. El caso en concreto se trataba de un actor, L.B Sullivan, era uno de los tres comisionados elegidos de la ciudad de Montgomery, Estado de Alabama, y tenía entre sus funciones la supervisión de distintos departamentos públicos, incluidos los de Bomberos y Policía. El demandante alego haber sido difamado por un anuncio pagado, publicado por el New York Times el día 2 de marzo de 1960, que se

titulaba “*Heed theri rising voice*” (*Atendiendo a las voces que claman*). Esta campaña fue emprendida por estudiantes negros del sur, por el derecho al sufragio y a favor del líder Martin Luther King Jr. Junto al nombre de personas importantes que apoyaban el movimiento, se hacía una acusación que ciertas movilizaciones efectuadas por jóvenes estudiantes de color, a favor de tales derechos, eran acosadas y hostigadas por la policía y la judicatura que había sido objeto de M.L.King Jr.

En este sentido el actor L.B Sullivan se sintió altamente ofendido, porque estimo, en tanto comisionado de la policía, y por tanto a cargo de ella, que habían emanado falsas imputaciones que se formulaban en la publicación, y que iban en contra de la institución policiaca, de cuyo funcionamiento era responsable directo, demandando la reparación de daños y perjuicios. Se condeno a indemnizar US\$ 500.000 dólares. El fallo se confirmo por la Suprema corte del Estado de Alabama quien ratifico la doctrina que era aceptada por la jurisprudencia estadounidense, a saber, que el solo hecho de difamar, de perjudicar a otro en su reputación, hacía presumir falsedad y malicia, posibilitando que se concediera una indemnización. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos estimó que en este punto era inconstitucional por atentar gravemente contra la libertad de expresión consagrada en las enmiendas I y XIV de la constitución.

La nueva doctrina de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos estableció, siguiendo el orden de Pizarro (1999: pág. 423):

1.- La protección constitucional de la libertad de expresión no depende de la verdad, grado de aceptación popular o utilidad social de las ideas y creencias manifestadas. Más todavía: un cierto grado de abuso suele ser inseparable de su ejercicio. La necesidad de persuadir, de convencer, de seducir a otros respecto de los puntos de vista que se exponen no es ajena a ciertos grados de exageración y

más todavía, a la posibilidad de que en ello pueda verse afectada la reputación de hombres públicos, inclusive a través de postulados falsos. Parafraseando al juez Brennan, tales abusos son, a la larga, esenciales para la formación de la opinión pública y para el adecuado comportamiento de los ciudadanos que viven en democracia.

2.- Los enunciados erróneos son inevitables en todo debate libre. De su protección depende la esencia misma el sistema democrático. De allí la necesidad de crear un espacio, a la luz de la constitución, en el que la libertad de expresión pueda respirar y sobrevivir (breathing space).

3.- Es inconstitucional hacer recaer en el demandado la carga de la prueba de la verdad de los hechos invocados. Una solución semejante- como la que consagraba la legislación del estado de Alabama- importaba, en los hechos, sustraer del debate a numerosas cuestiones, ante el riesgo de pleitos que podría significar la crítica de los funcionarios públicos, aun aquella realizada de buena fe, cuando no pueda ser objeto de prueba. Tal valoración- dijo la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos- es incompatible con la libertad de expresión que tutelan las enmiendas I y XIV de la constitución.

4.- Las garantías constitucionales que atañen a la libertad de expresión cierran las puertas a toda pretensión de reparación de daños articulada por un funcionario público (public official), derivada de una difamación relativa a su comportamiento oficial (relating to his official conduct), salvo que acredite de manera convincente que la información fue realizada con real malicia (actual malice).

5.- La real malicia -actual malice- consiste en el conocimiento por parte del medio de falsedad informado- Noción similar a nuestro dolo- o con indiferente

desconsideración de si era o no falso – Whit knowledge that it was falso or with reckless disregard of wheteher it was false or not- Este último parámetro subjetivo puede asimilarse entre nosotros a la culpa grave e, inclusive, al dolo eventual.

Esta teoría cambio evidentemente los roles y responsabilidades de los medios de comunicación, en tanto quedaron blindados constitucionalmente y con una protección especial frente a las demandas presentadas por funcionario públicos por posibles difamaciones injuriosas que emanan del ejercicio de su propia actividad. En este caso será el funcionario quien deberá probar

3.- El caso “*Roseblatt v. Baer*”.

En este caso, de 1966, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que un supervisor de una estación publica de esquí, cargo por el cual no había accedido por vía de elección popular. Sin embargo, aplico de todas maneras a este caso la doctrina de la malicia real, aumentando el campo de ejercicio efectivo de esta, diciendo la corte que existía un interés prioritario en torno al debate sobre asuntos públicos y respecto de las personas en ellos involucrados. Este caso por tanto aumento los sujetos que son objeto de la doctrina de la malicia real, comprendiendo tanto a los cargos públicos por elección popular, como cuanto a todo otro funcionario o agente público. Ahora bien esta extensión no fue solo en lo subjetivo (carácter del agente), sino también de contenido u objetivo, por cuanto ya no solo se refería a las manifestaciones que pudiese hacer una persona en el ejercicio de sus funciones o actividad, sino que también a aquella hechas fuera de este contexto, públicos o no los comportamientos, que servían a la opinión pública para formarse un juicio sobre la idoneidad que el protagonista podía tener para llevar a cabo dicha función. Esto trajo como consecuencia una mezcla entre lo público y lo privado en el sistema norteamericano, con lo cual se vario de la figura de “*funcionario público*” a “*figura public*”.

4. - Caso “Curtis Publishing co. v. Butts”

Este caso es interesante, pues se vuelve a ampliar aún más el factor subjetivo, en tanto se trataba de un entrenador de futbol a quien habían acusado de haber arreglado un partido. Lo interesante es que el actor no era precisamente un funcionario público y que su encuadramiento como figura pública era ciertamente cuestionable. Además la Corte estimo que debían aplicarse los Standard de la Doctrina de la real malicia por cuanto el demandante centraba su persona el suficiente interés público como para ponerla en condiciones de defenderse y contra argumentar, a través de los medios de comunicación, las falsas imputaciones formuladas. Lo que busco la corte en ese momento fue establecer que *“el estándar se aplicaba no solo a los funcionarios públicos, sino también a toda otra persona que por su fama o celebridad, o por estar involucrada en cuestiones de interés público estaba en condiciones de ejercitar su autodefensa por las mismas vías en que el agravio se produjo y, más todavía, a través de ello, de influir en acontecimientos de relevancia para la comunidad”*.

5. - Caso “Time, Inc. V. Hill”

Este caso fue, junto a un par más, la culminación de la escalada sostenida por parte de la Corte Suprema de Justicia en torno a ampliar la aplicabilidad de la Doctrina de la Real Malicia, ya que prácticamente los medios de comunicación se sintieron extremadamente blindados.

El caso se trata de una familia, los HILL, quienes en los años 40´ fueron apresados y retenidos por unos presidiarios que habían huido de la penitenciaría. Afortunadamente, fueron rescatados con vida y cuando todo termino manifestaron que habían sido tratados por los delincuentes de buena manera, sin sufrir daños de relevancia. En el año 1953 el escritor Joseph Hayes publico una novela que alcanzaría fama mundial, en donde relata una historia parecida a lo sucedido con la

familia Hill, de tal manera que relataba la penosa historia de la familia secuestrada por 3 presidiarios, y quienes fueron sometidos a violencia. Ahora bien, dos años después, la revista Life publicó una historia, con numerosas fotografías, en la que vinculaba estrechamente la novela en cuestión con la infortunada experiencia que vivieron los Hill. Se demandó, y esta prosperó en las instancias, siendo revocada por la Corte Suprema de Estados Unidos, aplicando para ello la Doctrina de la Real Malicia, argumentando que esta debía ser aplicada a *cualquier historia relacionada con materia de interés público*, y que dicho interés público no debía quedar reducido solamente a las cuestiones de carácter político o gubernamental sino que, por el contrario, podía comprender una enorme gama de asuntos. Con esto la doctrina de la Real Malicia comenzó a centrarse en el interés público, abandonando su epicentro originario, eminentemente subjetivo, construido en torno a la figura del funcionario público.

6.- Caso “Gertz v. Robert Welch, Inc”

Este fallo cambió radicalmente la forma en que se iba aumentando la importancia y gravedad de la doctrina de la real malicia, en tanto se revocó una sentencia apelada que precisamente contenía la línea jurisprudencial hasta ese momento. Era el año 1974. El caso se centraba en un importante abogado liberal que en representación de una familia promovió una acción de responsabilidad civil contra un policía de Chicago, condenado en sede penal por el homicidio de los miembros de una de aquellas. Por estos sucesos, una editorial efectuó una publicación de fuerte tono político a favor de ideas de extrema derecha, manifestando que el policía era inocente y que se trata de una conspiración ideada en su contra por el propio Gertz. En este sentido la editorial sabía como, hasta ese momento, fallaba la Corte Suprema. Además calificaron al abogado de Comunista, Fronterizo y Leninista.

Gertz fue indemnizado en primera instancia con 50.000 dólares. El tribunal de Apelación revoco, ya que según ellos no se había configurado los presupuestos aplicables al caso *The New York Times v. Sullivan*, ya que no se probó el dolo o la indiferente desconsideración respecto de la verdad o falsedad de la noticia por parte de los responsables de la publicación. Expreso sus considerando diciendo

6.1.- El enunciado falso carece de valor constitucional, siendo los enunciados de hecho objeto de ser sometidos a responsabilidad civil y penal ya que “En las enmiendas I y XIV no tienen cabida las falsas ideas. NO obstante lo pernicioso que una opinión pueda parecer, dependemos para su corrección no de la conciencia de los jueces y jurados, sino de la competencia de otras ideas.

6.2.- Que exigir evitar la autocensura no era el único valor comprometido socialmente ni el que debía tenerse en cuenta, si no para el tribunal habría aceptado y entendido que tanto editores y emisoras de radio y televisión gocen de la inmunidad absoluta frente a un pleito de difamación, toda esta cuestión que finalmente sucedía.

6.3 Por tanto se aclaro que la aplicación de la doctrina de la real malicia, en razón del caso “*The New York Time v. Sullivan*”, debía entenderse restringido a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, y siempre que haya un interés público comprometido, debido a que el agraviado puede tener la oportunidad de defenderse con iguales o mejores armas. En caso contrario esta doctrina no era aplicable. También se aplicaba al simple civil que se inmiscuía en un asunto de interés público. En el caso de simples particulares no se aplicaba la doctrina de la real malicia, ya que no se configura respecto de ellos los presupuestos indispensables tenidos en cuenta a la hora de consagrar el ámbito del privilegio constitucional de los medios.

6.4.- también la corte expreso que era válido por parte de los estados regular la difamación, siempre que con ello no se establezca una responsabilidad objetiva.

En conclusión, la jurisprudencia de Estados Unidos estableció un sistema dinámico que tiene como ejes los siguientes puntos:

- 1.- Es posible atribuir la doctrina de la Real Malicia a los funcionarios públicos, cualquier sea la forma en que acceden al cargo, etc.
- 2.- Se aplica también a las figuras públicas, siempre que ellas estén envueltas en un caso de interés publico
- 3.- Los simples ciudadanos no se aplica la Doctrina de la Real Malicia, y por tanto pueden reclamar plenamente la indemnización acreditando la falsedad y simple negligencia del medio cuando se trate de asuntos en los que medie un interés público.
- 4.- Para ir en contra del Medio de comunicación social es necesario que haya falsedad en la noticia, y que se acredite el elemento subjetivo por el demandante.
- 5.- Los daños punitivos solo proceden cuando medie malicia del informador.

Esto muestra como el sistema anglosajón, y en especial, el norteamericano ha hecho grandes esfuerzos por ir construyendo una teoría que sea práctica, pero con un contenido equilibrado.

VII. CONCLUSIONES.

Este trabajo permite avizorar en una línea temporal como se ha ido desarrollando las ideas sobre un tema muy controvertido como es la libertad de expresión enfrentada a su antítesis que es el cuidado y protección de la privacidad y de la honra de las personas y su familia, todo esto en el contexto de la responsabilidad civil. Ahora bien ha sido necesario abarcar otros aspectos para dilucidar que los constitucionalistas buscaran proteger la libertad de expresión como la manifestación más alta del estado de derecho, en tanto eso permite que sus habitantes puedan acercarse a un estado democrático pleno, pero también hemos visto como se han cometido abusos por parte de miembros de la comunidad de un país, lo cual ha llevado a morigerar estas posturas, entendiéndose que finalmente la libertad de expresión es un derecho sustancial e indispensable para el mantenimiento de un estado democrático, pero en tanto este alcance niveles aceptables de seguridad y de sostenibilidad, es posible pensar que otros derechos importan más en ese estado de cosas, como sería la protección del individuo en esa sociedad. No digo con esto que hay que proscribir la libertad de expresión del cuidado que en todo estado democrático debe darse, pero sí entender que en tanto se alcance este es necesario velar por derechos que pueden ser vulnerados. La experiencia comparada en este punto, y así tratada con la doctrina de la Real Malicia, aplicada no solo en estados unidos sino también en países sudamericanos como Argentina con el famoso caso Campillay, con lo cual se denota que finalmente en esto está en juego más que una ideología y una forma de establecer sanciones pecuniarias indemnizatorias de las lesiones patrimoniales o extra patrimoniales que podrían devenirse de un hecho ilícito (civil o penal), en esto está en juego la evolución en la protección de los derechos de los individuos, de su resarcimiento e indemnización si corresponde, pero ante todo aquello, proteger, ojala ex ante, a un individuo de verse inmiscuido en una noticia agravante e inexacta que mancille y vulnere su dignidad, honra y

honor. Los derechos son trascendentales en el tiempo, pero contextualizables en su aplicación.

Así el Derecho deberá buscar la forma de congeniar este conflicto normativo y constitucional, pero entendiendo que la responsabilidad civil debe estar marcadamente acentuada por la protección de la persona en su conjunto.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

- I. “Democracia y Garantismo”. Luigi Ferrajoli por traducción de Miguel Carbonell. Editorial Trotta. 2010.
- II. “Responsabilidad Civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias agraviantes o inexactas”. Daniel Pizarro. 2ª edición. Editorial Hammurabi. 1999.
- III. “Libertad de expresión y Derecho a la Honra”. Francisco Grisolia Corbatón. Editorial Lexis Nexis. 2004.
- IV. Lovera Palermo, Domingo. “El interés público como estándar. Libertad de expresión y vida privada”, en Ediciones UDP, Chile. 2009.
- V. Mac- Clure Bintrup, Ian. El derecho a la honra ante el Tribunal Constitucional: Su conexión con la dignidad humana y su protección legal. Comentario al fallo «Valdés c/ Irrázaval y otros». www.Microjuris.cl. Chile. 2008.
- VI. Código Civil. Edición oficial

Fuentes Normativas y jurisprudenciales

- VII. www.microjuris.cl
- VIII. www.vlex.com
- IX. www.poderjudicial.cl
- X. www.bcn.cl
- XI. www.leychile.cl