



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**LIBERTAD DE OPINION, DERECHO A LA HONRA Y EXAMEN DE
PROPORCIONALIDAD EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

KAREN BARRIENTOS EUGENIO

Memoria Presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae para
optar al grado de Magíster en Derecho Público

Profesor Guía: Sr. Enrique Navarro Beltrán

Santiago, Chile

2014

*Dedicada a mis padres, quienes me
apoyan en cada desafío que
emprendo.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
MARCO TEÓRICO	3
CAPITULO PRIMERO: DERECHOS FUNDAMENTALES DERECHO A LA HONRA Y LIBERTAD DE EXPRESION.....	7
1. Derechos fundamentales.	7
2. Contenido esencial de los derechos.....	8
3. Limitaciones a los derechos en nuestro ordenamiento jurídico.	11
4. Concepto de derecho a la honra y libertad de expresión.	16
5. Conceptos asociados a la honra y la libertad de expresión.	20
CAPITULO SEGUNDO: RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO A LA HONRA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	23
1. Formas de resolución de conflictos entre derechos fundamentales.....	23
1.1. Criterio de Jerarquización de los Derechos.	24
1.2. Juicio de Ponderación	28
1.2.1. La Ponderación	29
1.2.2. El peso y el balance	30
1.2.3. Principio de Proporcionalidad.....	32
1.2.4. Críticas a la racionalidad de la ponderación.....	39
1.2.5. La Proporcionalidad en los fallos 790 y 755-2007 del Tribunal Constitucional.....	41
CAPITULO TERCERO: ANÁLISIS DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, ESPECIAL MENCION AL DERECHO A LA HONRA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.	43
1. Derecho a la honra y la libertad de expresión, en las Sentencias del Tribunal Constitucional.	43
1.1. Breve mención al principio de razonabilidad.....	44
1.2. Sentencia en Causa Rol N° 943-2007, de 10 de Junio de 2008.....	45
1.2.1. Resumen del asunto sometido a conocimiento del tribunal.	45

1.2.2.	Análisis de la resolución adoptada por el Tribunal Constitucional y aplicación del principio de proporcionalidad.	46
1.3.	Sentencia en Causa Rol N°1185- 2008, de 16 de Abril de 2009.	52
1.3.1.	Resumen del asunto sometido a conocimiento del tribunal.	52
1.3.2.	Análisis de la resolución adoptada por el Tribunal Constitucional y aplicación del principio de proporcionalidad.	54
1.4.	Sentencia en Causa Rol N°1463- 2009, de 23 de Septiembre de 2010.	56
1.4.1.	Resumen del asunto sometido a conocimiento del tribunal.	56
1.4.2.	Bienes jurídicos en conflicto.	58
1.5.	Sentencia en Causa Rol N°1419- 2009, de 09 de Noviembre de 2010.	62
1.5.1.	Resumen del asunto sometido a conocimiento del Tribunal.	62
1.5.2.	Bienes jurídicos en conflicto.	63
1.6.	Sentencia Rol 2237-2012, de 02 de Abril de 2013.	66
2.	Ejercicio de la Facultad contenida en el N° 7 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, por parte del Tribunal Constitucional.	67
2.1.	Voto en contra.	68
2.2.	Voto de la indicación del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.	71
3.	Caso particular de la Sentencia Rol 2246-2012; Rol 2351-2012 y 2351-2012, sobre inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 5 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.	73
3.1.	Sentencia Rol N° 2246-2012.	73
3.1.1.	Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.	75
3.1.2.	Consideraciones del Sentenciador.	79
3.1.3.	Vulneración del precepto constitucional por la norma cuya inaplicabilidad de solicita.	82
3.1.4.	El artículo 1° de la Ley N° 20.285 excede lo previsto en la Constitución.	84
3.1.5.	Prevención y voto en contra.	86
3.2.	Sentencia Rol N° 2351-2012.	88

CONCLUSIONES	89
BIBLIOGRAFÍA	92

INTRODUCCIÓN

El tema de la presente investigación titulada *“Libertad de opinión, derecho a la honra y examen de proporcionalidad en las sentencias del Tribunal Constitucional”* fue elaborada en razón de la importancia que al día de hoy representan los derechos fundamentales en una sociedad democrática como la nuestra, particularmente en lo relativo a la libertad de opinión e información y el derecho a la honra. Estos derechos, a pesar de ser principios consagrados a nivel constitucional, no siempre son compatibles, toda vez que hay ocasiones en que el juez necesariamente debe optar por la satisfacción de uno de ellos en desmedro del bienestar de otro.

En este trabajo se presenta el estudio del principio de proporcionalidad como método de resolución de conflictos cuando se enfrentan los derechos fundamentales, revisando particularmente su aplicación por parte del Tribunal Constitucional en sus fallos, a propósito de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, que señala que *“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 aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”*. Mediante los requerimientos, el tribunal ha debido optar por uno u otro derecho, determinando si constituye o no dicho precepto normativo una limitación al derecho a la honra.

Los objetivos generales de la investigación consisten en lograr analizar las sentencias del Tribunal Constitucional en que se ha requerido la declaración de inaplicabilidad el artículo 2331 del Código Civil y determinar mediante su estudio, porqué se ha optado por la satisfacción del derecho a la honra en desmedro de la libertad de expresión, estableciendo los argumentos que ha utilizado ese alto tribunal para sentenciar la inaplicabilidad del artículo 2331 del Código Civil, en

virtud de la facultad establecida en el N° 6 del artículo 93 de la Constitución Política de la República. Asimismo explicar los votos disidentes en esta materia, así como las prevenciones que han hecho los señores Ministros en los distintos fallos. Y finalmente, determinar las razones por las cuales se ha resuelto la inaplicabilidad del artículo 2331 en todos los fallos y no se declaró posteriormente su inconstitucionalidad en virtud de la facultad contenida en el N° 7 del artículo 93 de la Constitución Política de la República.

MARCO TEÓRICO

TEMA: Libertad de opinión, derecho a la honra y examen de proporcionalidad en las sentencias del Tribunal Constitucional.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN: La ponderación de derechos fundamentales y aplicación del principio de proporcionalidad cuando se ven enfrentados el derecho a la honra y la libertad de opinión e información ante el Tribunal Constitucional, particularmente en los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN: Los derechos fundamentales son mandatos de optimización y como tales, son principios que ordenan la realización de algo en la más alta medida, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas. Por tanto, el legislador o el juez deben procurar realizar el máximo esfuerzo para regular o aplicar los derechos fundamentales de manera que no haya colisión entre ellos, que todos sean respetados y coexistan en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, no siempre se dará esta situación, de tal suerte que en muchas ocasiones entran en conflicto y será el juez quien deberá decidir o ponderar cuál de ellos tendrá mayor “peso”.

Es aquí donde cobra relevancia el sistema que se utilice por el juzgador para determinar cuál de los principios en juego será más importante que otro en el caso particular. Y ponemos énfasis en este último punto, ya que en ningún caso debe entenderse que un derecho prima sobre otro, sino más bien que en un caso determinado y de manera excepcional se determinará la prioridad de uno sobre el otro.

Cuando hablamos de ponderación de los derechos fundamentales nos estamos refiriendo, en términos simples y sin profundizar en teorías aritméticas, a que cuando entran en conflicto dos principios -como el derecho a la honra y la

libertad de opinión e información- y no puede evitarse el costo o sacrificio de alguno, debe hacerse una evaluación racional a fin de determinar cuál de los dos será mermado en beneficio del otro.

Para lo anterior se utiliza por regla general la Ley de la Ponderación, que puede descomponerse o dividirse en tres pasos: primero, es necesario constatar el grado de incumplimiento, insatisfacción o perjuicio de un derecho (por ejemplo libertad de expresión); luego se debe determinar la importancia del deber de satisfacción del segundo derecho o del principio contrario (derecho a la honra); para finalmente dilucidar si por su importancia, la satisfacción del segundo derecho justifica la no satisfacción del primero. De tal suerte que se genera la siguiente norma de proporción que señala Robert Alexy: “Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”¹

Sabemos que los derechos fundamentales emanan de la esencia y la dignidad de la naturaleza humana, y que en consecuencia, no existe respecto de ellos un orden de prelación o importancia. Sin embargo, en ocasiones se ha dejado de lado el criterio de la ponderación y se ha fundamentado por nuestro país frente a organismos internacionales, que existe cierta subordinación entre ellos, como se vislumbra en el fallo pronunciado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Martorell, donde la Comisión rechaza el punto de vista del Estado Chileno en el sentido “de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión”²

El presente trabajo abordará el problema de la pugna o rivalidad que se produce entre dos derechos fundamentales, el derecho a la honra y la libertad de

¹ ALEXY, Robert: Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N° 11. 2009. P. 3-13.

² NASH Rojas, Claudio: Las relaciones entre el derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales. Talca. Año 6. N° 1. 2008. P. 155-169.

opinión e información, y cómo el Tribunal Constitucional ha solucionado los conflictos.

Autores como Humberto Nogueira, Claudio Nash y Ángela Vivanco entre otros han desarrollado el tema de las relaciones entre el derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información, a nivel latinoamericano, investigando la forma de resolver los conflictos y el uso del postulado de proporcionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que nos parece de gran interés estudiar lo que sucede a nivel nacional, y considerando que donde se ven confrontados estos derechos más tangiblemente es en el Tribunal Constitucional, es que decidimos revisar las sentencias en que se ha pronunciado sobre el particular, para determinar si utiliza el principio de proporcionalidad en ellas y en qué medida.

El principio de proporcionalidad ha sido revisado en extenso por el profesor Humberto Nogueira Alcalá y particularmente en el texto “El principio de Proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en el que se refiere a los orígenes de este principio, que particularmente nace en el marco del derecho administrativo, siendo utilizado para controlar los poderes discrecionales de la administración y constituyéndose a nivel comparado en un parámetro de control constitucional de la actuación de los poderes estatales, asegurando que “desde allí se ha difundido a las jurisdicciones internacionales de derechos humanos y a las jurisdicciones constitucionales europeas y latinoamericanas, constituyendo hoy un postulado de interpretación constitucional”³. Esta fuente nos ayudará a comprender que el principio de proporcionalidad, además de utilizarse en el control de constitucionalidad a posteriori, constituye una técnica aplicable especialmente a la intervención del Estado legislador en el ámbito de los derechos

³ NOGUEIRA Alcalá, Humberto: El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno, en M. CARBONELL, El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, Librotecnia, Santiago, 2010, p.353.

fundamentales, transformándose en un parámetro de control cada vez que el legislador limita un derecho fundamental a fin de optimizar un bien colectivo. Además nos guiará en cuanto a los subprincipios que componen el postulado de proporcionalidad y en relación al principio de razonabilidad que en materia de interpretación utilizó en sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional chileno.

También como una de las principales fuentes que nos permitirá apreciar el referido principio nos apoyaremos en el texto de Laura Clérico “El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional”, editado por la Facultad de Derecho de Buenos Aires, Argentina, año 2009, que describe paso a paso la estructura de cada uno de los subprincipios del examen de proporcionalidad: la idoneidad o adecuación de los medios a los fines; el examen de necesidad o intervención mínima y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Para nuestro análisis utilizaremos como fuente principal las sentencias del Tribunal Constitucional, Roles 943-2007, de 10 de Junio de 2008; N°1185- 2008, de 16 de Abril de 2009; N°1463- 2009, de 23 de Septiembre de 2010, N°1419-2009, de 09 de Noviembre de 2010, a modo de muestra, en las que se solicita la inaplicabilidad del Artículo 2331 del Código Civil, debiendo el Tribunal determinar si el precepto infringe o no la Constitución Política. En este caso utilizaremos un Método Analítico, especialmente para dilucidar los fundamentos del Tribunal Constitucional Chileno, que han determinado la preferencia del derecho a la honra por sobre la libertad de expresión en sus sentencias.

Asimismo, nos basaremos en la sentencia Rol N° 1419- 2009, de 09 de Noviembre de 2010, para explicar acerca del ejercicio de la facultad contenida en el N° 7 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, que permite al Tribunal Constitucional, declarar inconstitucional un precepto legal en los casos y bajo las circunstancias que la disposición indica.

CAPITULO PRIMERO: DERECHOS FUNDAMENTALES DERECHO A LA HONRA Y LIBERTAD DE EXPRESION

1. Derechos fundamentales.

Cuando hablamos de derechos fundamentales, pareciera ser que todos entendemos a qué nos referimos, aludimos a ellos constantemente, en las clases de derecho, en los medios de comunicación social y en la vida diaria en general, cada vez éste concepto es más utilizado por el ciudadano común, quien conoce o al menos cree conocer sus facultades y prerrogativas, amparándose en la existencia de los derechos esenciales o fundamentales de la persona humana.

Los derechos fundamentales son, según lo señala José Luis Cea Egaña “Aquellos derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos”⁴

Según la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas - encargada de trabajar por la protección de los derechos humanos para todas las personas y ayudar a aquellos responsables de defender dichos derechos a garantizar su aplicación- estos últimos son “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición [...] Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional

⁴ CEA Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Santiago. Chile. Editorial de la Universidad Católica de Chile. 2002. P. 221.

consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos”⁵

Para el profesor Claudio Nash, la protección internacional de los derechos humanos, está dada por la “garantía de la dignidad del ser humano a través de ciertos derechos mínimos que les son reconocidos a los individuos por su sola condición de seres humanos. De esta forma, la idea original de los derechos individuales se fortalece y pasa a constituir una categoría especial de derechos subjetivos, con protección no sólo nacional sino también internacional”⁶

En un estado constitucional democrático, los derechos fundamentales constituyen un medio de defensa de la persona frente al estado y se estructuran como un presupuesto de validez tanto para la interpretación como para la aplicación de las demás normas del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, a pesar de que estos derechos emanan de la dignidad humana, como atributos esenciales de la misma, se trata de condiciones cuyo ejercicio no puede ser absoluto, de manera que su cumplimiento muchas veces se encuentra limitado y sometido a una serie de restricciones que impiden el goce total de su titularidad, como veremos más adelante.

2. Contenido esencial de los derechos.

⁵ Office of the High Commissioner for Human Rights. [on line] New York. USA. [Fecha de consulta 8 Julio 2012]. Disponible en <[http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/What are Human Rights.aspx](http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/What%20are%20Human%20Rights.aspx)>

⁶ NASH Rojas, Claudio. La Protección Internacional de los Derechos Humanos. [en línea] [Fecha de consulta 8 Julio 2012]. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/articulos/Nash/Chile_Nash_FINAL.pdf>

La existencia de los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento jurídico implica que ellos son superiores a toda norma anterior, son exigibles por la persona a cualquier autoridad o particulares y son por tanto irreversibles. La irreversibilidad, según el profesor Nogueira es “una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el estado lo ha reconocido a través de su propio texto o de un tratado internacional”⁷

Sin embargo, los derechos esenciales, constituyen mandatos de optimización, en el sentido que se debe tender a su realización en la mayor medida posible y que lo permitan las circunstancias sociales, económicas y políticas. Para saber cuál es su ámbito de protección así como para determinar si un derecho ha sido o no vulnerado es necesario “delimitar” los derechos, es decir establecer su contenido.

En términos generales la Constitución Política de un Estado determina el contenido esencial de los derechos, dejando al legislador aquellas regulaciones más específicas. Esto significa además, que debe respetarlos y que en dicha regulación debe velar por la no vulneración de este contenido esencial.

Los límites de un derecho estarán dados por el contenido de los otros derechos constitucional o supra constitucionalmente protegidos, formando un sistema armónico y de coexistencia de derechos fundamentales. Ahora bien, para una delimitación más específica, es necesario analizar caso a caso los derechos que se encuentren enfrentados o cuyo contenido se vea cuestionado o amenazado. Tal ejercicio lo realizaremos en el capítulo pertinente al análisis de la ponderación de los derechos, particularmente en el conflicto entre el derecho a la honra versus la libertad de expresión. Por el momento tomaremos la idea del profesor Nogueira que señala que para delimitar el contenido de un derecho,

⁷ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. **Revista Ius Et Praxis**. Talca. Vol. 11. (Nº 2). P.16. Octubre. 2005.

deben tenerse presente dos elementos: “identificar el ámbito de la realidad a que se alude y fijar lo que se entiende por éste; y el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho fijando su contenido y el alcance que se da a su protección constitucional.”⁸ Sobre este punto volveremos más adelante.

De lo anterior desprendemos que los derechos fundamentales no siempre se encuentran en armonía, de modo que para coexistir en algunos casos, es necesario que uno de ellos ceda en beneficio del otro. En estos casos y como última instancia será el Tribunal Constitucional quien se pronuncie respecto al contenido esencial de cada derecho y su esfera de protección.

Este último ha dicho que “la esencia del derecho debemos conceptualarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su esencia cuando se le prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”⁹. Pero ¿Qué significa privar a un derecho de aquello que le es consustancial? Desde nuestro punto de vista, entendemos que sucederá cuando el titular del derecho se ve impedido de hacer con él aquello que es esencial, aquello que forma parte de su núcleo fundamental; se le prohíben aquellas facultades de acción necesarias para que el derecho sea reconocible.

Lo anterior, en algunos casos será fácil de determinar en aquellos derechos cuyo contenido es absoluto, por ejemplo el derecho a la vida, se privará de aquello que le es consustancial cuando estemos en ausencia de aquella, es decir con la muerte, con la inexistencia, con el dejar de ser humano, con la cesación de las funciones vitales. Con el derecho a la propiedad, y en términos simples, podemos

⁸ NOGUEIRA Alcalá, Op. Cit., P.17.

⁹ Tribunal Constitucional Chileno, Sentencia Rol N° 43-1987.

efectuar un ejercicio similar, en el sentido que lo esencial en este es la facultad de disposición de su titular; mal podemos decir que la disposición no es consustancial al derecho, por lo que será relativamente sencillo entender que las otras facultades del dominio, uso y goce, si faltan, no entenderemos estar afectando el derecho en su esencia.

Sin embargo, no resultará igual este ejercicio con todos los derechos, como en el caso de la libertad de expresión, ¿Qué es consustancial a la libertad de expresión? ¿Cómo determinamos lo esencial en este derecho?. En tales circunstancias, se requerirá mayor detención en el análisis y abiertamente podrá ser objeto de discusión.

3. Limitaciones a los derechos en nuestro ordenamiento jurídico.

Entenderemos por limitaciones a los derechos fundamentales aquellas “restricciones al ejercicio de un determinado derecho básico, de manera tal que toda pretensión de ejercicio del atributo respectivo que vulnere los límites impuestos por las mismas, es por esencia antijurídica y puede derivar para el titular infractor, en las responsabilidades que para tal efecto, prevea el ordenamiento jurídico positivo”¹⁰

El artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, establece “La Constitución asegura a todas las personas: 26.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Esto significa que la ley, no podrá bajo ningún respecto afectar los derechos constitucionalmente asegurados al punto de desnaturalizarlos o impedir su reconocimiento.

¹⁰ TORTORA Aravena, Hugo. Las limitaciones a los derechos fundamentales. **Revista Estudios Constitucionales**. Santiago. Vol. 8. (N°2). P.168. 2010.

El Tribunal Constitucional señala “que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente encontrarse señaladas en forma precisa en la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas”¹¹

En el mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha dicho que “el derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular. Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y como juega en ella el derecho y la limitación”¹²

Cabe hacer presente que los derechos tienen per se limitaciones ordinarias que están determinadas por el legítimo ejercicio de los demás derechos. Así por ejemplo al ejercer el derecho de reunión, deberá hacerse en forma pacífica y sin armas, además de respetarse las normas de policía si la reunión se realiza en lugares de uso público; asimismo, el ejercicio de la libertad de enseñanza quedará restringido por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad

¹¹ Tribunal Constitucional Chileno, Sentencia Rol N° 226-1995, Considerando 47°.

¹² Tribunal Constitucional Chileno, Sentencia Rol N° 280-1980, Considerando 14°.

nacional; y así en general los derechos van limitándose en forma lógica, de acuerdo a su ámbito propio.

Excepcionalmente los derechos fundamentales pueden ser limitados, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política de la República, que expresamente dispone que el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas, sólo puede ser afectado en caso de estados de excepción constitucional. Específicamente el artículo 43 establece que “Por la declaración del estado de asamblea, el Presidente de la República queda facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo. Podrá, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación, interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

Por la declaración de estado de sitio, el Presidente de la República podrá restringir la libertad de locomoción y arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión.

Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

Por la declaración del estado de emergencia, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión”

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos anteriores, entendemos que el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales es necesariamente

de orden constitucional, de manera que la ley o la autoridad administrativa sólo podrán hacerlo, cuando expresamente hayan sido facultadas para ello.

A mayor abundamiento, el artículo 45 de la Constitución, al referirse a la restricción de derechos en situaciones de estados de excepción, indica que, si bien los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar dichos estados de excepción; respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda.

A nuestro entender, este artículo refleja que cualquier limitación que se imponga a un derecho, nunca podrá ser arbitraria o caprichosa, sino al contrario, deberá ser proporcional y encontrarse debidamente justificada. Será proporcional cuando, de producirse algún deterioro al ejercicio del derecho éste deberá ser mínimo; y justificada cuando tenga un justo motivo, normalmente derivado de la protección de otros derechos.

Como indicamos en los párrafos anteriores, la limitación de un derecho sólo puede provenir de la Carta Fundamental o bien de una ley, siempre que la primera lo autorice. Esto último es manifestación del principio de Supremacía Constitucional que se encuentra plasmado en el artículo 6 del Código Político, que dispone que “Los órganos del estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”. En general este mismo cuerpo normativo establece los derechos fundamentales con un determinado alcance, delimitando su contenido y frontera, así sucede con el artículo 19 N° 1, conforme al cual nadie puede ser sometido a apremios ilegítimos; con el 19 N° 2, que establece el derecho a no ser objeto de diferencias arbitrarias; con el 19 N° 3, de acuerdo al cual nadie puede ser juzgado por comisiones especiales; el derecho a proceso justo y racional, a la presunción de inocencia, entre otros. Pero hay casos en que el constituyente entrega a la ley

la facultad para regular tales derechos, como es el caso del 19 N° 1, que señala que la ley protege la vida del que está por nacer; del 19 N° 3, que entrega a la ley el arbitrio para que en caso de quienes no tengan defensa jurídica, puedan procurársela; etc.

Por su carácter de fundamentales, estos derechos constituyen un límite a la soberanía, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2 del Código Político: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”

Sobre este punto hay que destacar que los Tratados Internacionales que contienen estos derechos y que han sido ratificados por Chile, los consideran atributos esenciales de la persona humana, constituyendo aquello que se conoce como “bloque constitucional de derechos fundamentales”, que supone que esta clase de derechos no se encuentran establecidos y garantizados sólo a nivel interno; sino que a nivel internacional, estos se encuentran protegidos y deben ser respetados por los Estados parte. Esta idea la reitera el profesor Humberto Nogueira al decir que “los ordenamientos constitucionales latinoamericanos han ido consolidando la perspectiva que los derechos fundamentales no son sólo aquellos derechos asegurados en el texto constitucional y los derechos implícitos, sino que una línea sostenida y consolidada del constitucionalismo latinoamericano ha sostenido que también lo son aquellos asegurados por los tratados internacionales ratificados y vigentes o en sentido más amplio por el derecho internacional de los derechos humanos”¹³.

¹³ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. El Bloque Constitucional de Derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina. [en línea][consulta 25 de Mayo de 2012]<http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El_bloque_constitucional_de_derechos.pdf>

El mismo profesor destaca que se trata de un conjunto de derechos de la persona -atributos y garantías- asegurados tanto por fuente constitucional como por fuente del derecho internacional de los derechos humanos, quedando en definitiva compuesto este bloque por los siguientes derechos: a) Los que la Carta Fundamental explicita sin taxatividad; b) Los que asegura el derecho internacional a través de los principios del *ius cogens*; c) Los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario y; d) Los que asegura el derecho internacional consuetudinario.

De acuerdo a esto deben ser interpretadas las leyes y demás normas que se hayan dictado de conformidad a la Constitución, siendo deber del estado respetar y promover los derechos fundamentales, tal como lo señala esta última en su artículo 5° inciso 2.

4. Concepto de derecho a la honra y libertad de expresión.

Para adentrarnos en el objeto de este estudio, cual es, la ponderación de los derechos a la honra y la libertad de expresión, haremos el ejercicio de delimitar su contenido, de manera de poder contextualizarlos como tema central de la investigación.

Inicialmente, entenderemos que para delimitar el contenido del derecho a la honra debemos identificar el ámbito de la realidad a que se alude y fijar lo que se entiende por este. En tal caso, nos encontramos en el ámbito de la esfera de la vida privada de un sujeto, de una situación en la que se encuentra como contrapartida de su vida pública, aquella parte de la existencia del ser humano que este desea mantener en un espacio reservado y no ser conocido por terceras personas.

La honra es definida por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua como “Estima y respeto de la dignidad propia” y como la “buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito”¹⁴.

Doctrinariamente, ha sido definida y tratada por profesores como José Luis Cea Egaña, quien a través de un concepto nos permite dilucidar cuál de los dos aspectos anteriores es el que legalmente se encuentra protegido, sosteniendo que “entendemos por honra el honor en sentido objetivo. Es claro, entonces que no se trata del sentido subjetivo de esa palabra, pues este corresponde a la autoestima, a la consideración o, quién sabe, si al orgullo que cada cual tiene de sí mismo. La honra, por ende, es la buena fama, el crédito, prestigio o reputación de que una persona goza en el ambiente social, es decir, ante el prójimo o los terceros en general”¹⁵

Se diferencia del honor, en el sentido que éste se relaciona más con la dignidad humana y consiste en la “cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo”¹⁶.

El profesor Mario Garrido Montt hace referencia a la contraposición que existe entre las libertades de expresión e información y el honor, señalando que el juez deberá optar por el sacrificio total o parcial de uno de ellos. Para él, el honor involucra calidad moral, buena reputación, transformándose en una noción amplia, abarcando todos los derechos que se refieren a la dignidad, “es el derecho a ser respetado por los demás, a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo o ante otros. En el sentido indicado es un bien complejo, que se integra o complementa por dos fases, el honor subjetivo (o interno) y el honor objetivo (o externo). El honor en sentido amplio es un bien de índole objetiva: conjunto de valores jurídicos de naturaleza político-social de una sociedad concreta, que ésta

¹⁴ Real Academia Española. [en línea]. Madrid. España. [fecha de consulta 20 Diciembre 2011]. Disponible en <http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=honra>

¹⁵ CEA Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Santiago. Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2004. 733 pp.

¹⁶ Real Academia Española. [en línea]. Madrid. España. [fecha de consulta 20 Diciembre 2011]. Disponible en <http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=honor>

reconoce como inherente a todo individuo de la especie humana por el solo hecho de serlo”¹⁷

Habiendo identificado el ámbito de la realidad a que se alude, corresponde identificar el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho, por lo que dejaremos establecido que nuestra carta fundamental consagra el derecho a la honra como garantía constitucional en el Capítulo III, Artículo 19 N° 4, indicando que “la Constitución asegura a todas las personas: N° 4.- “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”.

En cuanto al alcance que se da a su protección constitucional, es necesario decir que este derecho se encuentra debidamente protegido por la acción constitucional de protección, que resguarda la perturbación, privación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho, consignando este recurso en el artículo 20 de la Carta Fundamental.

Por su parte, para delimitar el contenido del derecho a la libertad de expresión, y el ámbito de la realidad al que se alude, entenderemos que es un derecho fundamental, consagrado en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que indica que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”¹⁸.

Se encuentra consagrado a nivel constitucional en el Número 12 del artículo 19 e igualmente protegido por la acción de protección.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos por su parte, dando operatividad al artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala que “la libertad de pensamiento y expresión comprende la libertad de

¹⁷ GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial. Delitos contra la Vida. Delitos Contra la Integridad Física y la Salud. Delitos contra el Honor. Delitos contra el Orden de la Familia. Delitos contra la Honestidad. Editorial Jurídica de Chile. 2ª Edición. Santiago. Chile. 1998. 463 p.

¹⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos [en línea]. Nueva York. USA. [fecha de consulta 27 Diciembre 2011]. Disponible en <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>

buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”, ha dicho en la Opinión Consultiva N° 5 que *“cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales.*

31. *En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier...procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella.*

32. *En su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.”¹⁹*

Este derecho ha surgido como una consecuencia histórica de la evolución del hombre, primero surge la libertad de pensamiento y luego la libertad de opinión, la que implica necesariamente la facultad o derecho de manifestarla. Supone no sólo que todo individuo tiene derecho a expresarse sin ser molestado a

¹⁹ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. El Uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Libertad de Expresión. **Revista Estudios Constitucionales**. Año 9. (N° 1). P.126. 2011.

causa de sus opiniones, sino también, como se ha dicho en los párrafos anteriores, a difundir su pensamiento por cualquier medio y forma.

5. Conceptos asociados a la honra y la libertad de expresión.

Cabe hacer presente dentro de esta investigación, que existe un concepto estrechamente ligado a la honra, cual es la “*vida privada*”, que precisamente es el contexto dentro del cual podemos situar el derecho a la honra, y también se encuentra protegido por nuestra Constitución, como se ha dicho en los párrafos anteriores. Según el profesor Humberto Nogueira Alcalá, la vida privada y su protección particularmente tiene que ver con la “facultad de las personas a mantener un ámbito de su vida fuera del conocimiento público, en el cual desarrolla acciones que se inician y concluyen en el sujeto que las realiza, como asimismo concreta relaciones francas, relajadas y cerradas que trascienden sólo a la familia o aquellos con los que determina compartir, siempre y cuando tales actuaciones y relaciones no dañen a otros, no sean delitos o no sean hechos de relevancia pública o que afecten al bien común. En el ámbito de privacidad o intimidad los terceros sólo pueden penetrar con el consentimiento de la persona afectada, poseyendo asimismo la persona la facultad de control de dichos actos, como asimismo, de los datos referentes a su vida privada o intimidad”²⁰

La vida privada se trata de aquella esfera de la existencia de la persona cuyo conocimiento desea mantener sólo para sí o para las personas que esta decida. Así está fuertemente ligada con la honra, toda vez que el individuo deja ese ámbito fuera de la injerencia de terceros, porque desea mantener cierto grado de intimidad respecto de determinados asuntos.

Cabe destacar que, la libertad de expresión, se ve constantemente enfrentada al derecho a la vida privada, especialmente a la hora de informar. Así

²⁰ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Pautas para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión e información y los derechos a la honra y la vida privada. **Revista de Derecho**. Valdivia. Vol. 17. P.140. Diciembre 2004.

lo reafirma el Profesor Domingo Lovera Parmo, al decir que “mientras uno de ellos asegura la libertad para emitir opiniones, pensamientos y pareceres libres de toda censura -y se enarbola (o debería enarbolarse) como bandera de lucha del periodismo- el segundo reconoce a las personas un espacio que pueden mantener legítimamente al amparo de toda intromisión y donde el titular del derecho, en principio, puede seleccionar a los participantes de ella, entre los que ciertamente, no se encuentran los periodistas”²¹

Asimismo, asociada a la libertad de expresión se encuentra el “*derecho a la libertad de información*”. A su respecto existen varias definiciones, elaboradas desde distintos puntos de vista, a saber el profesor Nogueira la define de manera muy completa como la “facultad de toda persona para ser informada, recibir y transmitir, sin censura previa (con excepción de la protección a los menores y adolescentes), de cualquier forma y por cualquier medio respecto de hechos, datos o acontecimientos organizados que describen y se relacionan con una situación u objeto determinado, dentro de un contexto y cultura determinada, pudiendo interpretarla y comentarla, siendo tal comunicación veraz y versando sobre acontecimientos de relevancia pública, ya sea por su contenido o por las personas que en ella participan, respetando los ámbitos de privacidad de las personas que no dañan a terceros o que no inciden en ámbitos de relevancia pública o afectan el bien común, contribuyendo a la formación de una opinión pública libre y el discernimiento crítico de la ciudadanía en una sociedad democrática. Tal derecho incluye la facultad instrumental de crear, desarrollar y mantener medios de comunicación de acuerdo con las regulaciones que determina la Constitución y las leyes”²².

Por su parte la autora del libro “Las Libertades de Opinión y de Información”, citando a Martínez Albertos, hace referencia a que la libertad de información tiene un doble aspecto “supone la libertad de emitir y de recibir, sin

²¹ LOVERA Parmo, Domingo. El interés público como estándar. Libertad de expresión y vida privada [en línea] [fecha de consulta 08 Julio 2012] Disponible en <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/interés-público.pdf>

²² NOGUEIRA Alcalá, Humberto: Op. Cit., p. 141.

trabas injustificadas las ideas y las noticias. Esta libertad de recepción supone igualmente para cada individuo el derecho a ser plenamente informado: la libertad de ser debidamente informado es el corolario de la libertad de emitir hechos e ideas”²³.

La relación entre libertad de expresión y de información está plasmada en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el que destaca que el primer derecho es continente del segundo. Así dispone que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. De esta manera se entiende que ambas libertades, tanto de expresión como de información se encuentran ligadas en razón de que la primera no significa únicamente que cada ser humano es libre de pensar como quiera y expresar sus pensamientos del mismo modo, sino que además implica que cada persona es soberana para recibir y difundir información, lógicamente con ciertas limitaciones, según veremos más adelante.

²³ VIVANCO Martínez, Ángela. Las Libertades de Opinión y de Información. Editorial Andrés Bello. 1992. 413 pp.

CAPITULO SEGUNDO: RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO A LA HONRA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

1. Formas de resolución de conflictos entre derechos fundamentales.

Como ya anticipamos en el capítulo anterior, los derechos fundamentales son mandatos de optimización, razón por la cual el constituyente y en igual forma el legislador, deberán velar para que su realización se vea cumplida en la máxima medida posible. Además son derechos que no siempre son absolutos o ilimitados, al contrario, en ocasiones están sometidos a ciertas restricciones que impedirán su ejercicio bajo determinadas circunstancias.

A diario los derechos fundamentales y en general todos los derechos de las personas, se ven enfrentados en distintos escenarios, tribunales e instancias. A pesar de que no han sido concebidos como derechos antagónicos, comúnmente entran en conflicto la libertad de expresión y el derecho a la honra, por lo que cabe detenernos a analizar los distintos criterios o formas a través de las cuales se solucionan estos intereses contrapuestos. No es sencillo dilucidar este asunto ya que no se trata de un conflicto de normas, el que se enmienda de acuerdo a criterios establecidos como el de temporalidad, jerarquía o especialidad, al contrario, como se trata de principios habrá que estarse a las condiciones concretas para determinar una ponderación y balancear adecuadamente cuál derecho se aplicará con mayor fuerza que el otro.

Para solucionar esta clase de conflictos, podemos indicar que se han utilizado criterios distintos:

- 1.1. Jerarquización de los Derechos.
- 2.2. Juicio de Ponderación.

1.1. Criterio de Jerarquización de los Derechos.

En este caso se parte del supuesto que existe un orden numérico de los derechos contenidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, es decir, será objeto de mayor protección o de una protección prioritaria en desmedro de otro, el derecho contemplado en el número 1 del artículo en comento, en orden descendente, hasta llegar al último numeral.

Esta postura fue seguida por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso Martorell, en un fallo dictado el 31 de Mayo de 1993, de dos votos contra uno. En dicho fallo se acogió un Recurso de Protección deducido por el Sr. Andrónico Luksic Craig emitiendo una orden de no innovar que prohibía la comercialización e internación del libro “Impunidad Diplomática” del Autor Francisco Martorell. Dicho libro relataba las circunstancias que motivaron la partida del embajador Argentino de aquel entonces, Oscar Spinosa Melo y a juicio del Empresario Andrónico Luksic, la internación del libro a Chile, violaba su privacidad.

En el considerando N° 8, la Corte argumenta que *“en la especie, el libro “Impunidad Diplomática” se refiere en su mayor parte a hechos que caen en el ámbito de la vida privada e íntima de las personas, y por ende no es lícito a su autor divulgarlos a terceros, por encontrarse el ejercicio de su libertad de expresión restringido por un derecho de mayor jerarquía, como es el consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental [...] **Nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y, en seguida en el número 4 la honra, en circunstancias que la libertad de información está contemplada en el número 12.**”*²⁴

²⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia Causa Rol N° 983-93, Considerando 8°.

Incluso, en el considerando 9° la sentencia concluye -forzadamente a nuestro juicio- que este orden de importancia o jerarquía concuerda con lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que al tratar estos derechos *“confieren manifiestamente mayor jerarquía a la privacidad y a la honra que a la libertad de expresión e información. Desde luego permite la restricción previa, siempre que esté expresamente fijada en la ley y sea necesaria para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y también la moral pública.”*²⁵ Y aún más, argumenta el fallo que dicho Pacto, en su artículo 4° permite, en circunstancias excepcionales, suspender o restringir el derecho a la libertad de expresión e información, pero no ocurre lo mismo con la privacidad y la honra, las que deben ser respetadas en toda situación.

Desde nuestro punto de vista es erróneo concluir que un derecho es jerárquicamente más importante que otro por que se permite su restricción. Recordemos que los derechos fundamentales no son absolutos, de manera que ninguno de ellos puede ser ejercido arbitrariamente por el titular del mismo.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe N° 11/96, del 03 de Mayo de 1996, al pronunciarse respecto del caso, señala que no está de acuerdo con el argumento de la Corte, toda vez que la forma de proteger la honra que ha utilizado el Estado de Chile en el presente caso es ilegítima, expresamente señala que *“aceptar el criterio utilizado por Chile en el caso del Señor Martorell implica dejar al libre arbitrio de los órganos del Estado la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión que consagra el artículo 13 de la Convención”*²⁶

Además, esta teoría se contrapone a la obligación que tiene el Estado de proteger a las personas de una vulneración de sus derechos, es más, al actuar la

²⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia Causa Rol N° 983-93, Considerando 9°.

²⁶ Martorell v. Chile, Caso 11.230, Informe N° 11/96, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc.7 rev. En 234 (1997).

Corte de Apelaciones mediante tal razonamiento, el mismo Estado -quien tiene la labor de amparo- se está transformando en el ente infractor.

Otro caso que cabe mencionar, en el que nuestros tribunales han utilizado una jerarquización subjetiva de derechos o una valoración abstracta de los mismos es el Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictado el 20 de Enero de 1997, que prohibió la exhibición cinematográfica de la película “La Última Tentación de Cristo”. En dicha sentencia se señaló que *“en el filme la imagen de Cristo es deformada y minimizada al máximo. De esta manera el problema se plantea en si es posible, en aras de la libertad de expresión, deshacer las creencias serias de una gran cantidad de hombres. La Constitución busca proteger al hombre, a sus instituciones y a sus creencias pues estos son los elementos más centrales de la convivencia y la pertenencia de los seres humanos en un mundo pluralista. Pluralismo no es enlodar y destruir las creencias de otros ya sean estos mayorías o minorías sino asumirlas como un aporte a la interacción de la sociedad en cuya base está el respeto a la esencia y al contexto de las ideas de otro.*

Nadie duda que la grandeza de una nación se puede medir por el cuidado que ella otorga a los valores que le permitieron ser y crecer. Si estos se descuidan o se dejan manosear como se manosea y deforma la imagen de Cristo, la nación peligra pues los valores en que se sustenta se ignoran. Cuidar la necesidad de información o de expresión tiene una estrechísima relación con la veracidad de los hechos y por eso deja de ser información o expresión la deformación histórica de un hecho o de una persona. Por esto es que los sentenciadores creen que el derecho de emitir opinión es el derecho a calificar una realidad pero nunca el deformarla haciéndola pasar por otra”²⁷

En este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el Estado Chileno violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión

²⁷ Corte de Apelaciones de Santiago. Recurso de Protección “Sergio García Valdés y otros contra Consejo de Calificación Cinematográfica”. 20.01.1997.

consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ordenó modificar el ordenamiento jurídico interno de manera de suprimir la censura previa.

La Corte delimitó el derecho a la libertad de pensamiento y expresión del referido artículo, indicando que *“64. En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber:*

Ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la

opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.

68. La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada”²⁸

No es del caso indicar los argumentos que sostuvo la comisión interamericana y el estado de Chile para defensa de sus posturas, solo hemos querido destacar el razonamiento de la Corte de Santiago, que al prohibir la exhibición de la película en comento, infringió la libertad de conciencia -a nuestro juicio- al argumentar que “deshacer las creencias serias de una cantidad de hombres” está por sobre la libertad de expresión, siendo este último derecho conculcado arbitrariamente.

Queremos hacer hincapié en que una de las principales características de los derechos humanos es que son iguales, indivisibles e interdependientes. El principio de indivisibilidad reconoce que ningún derecho humano (económico, social o cultural) es inferior a otro; en tanto que la interdependencia reconoce la imposibilidad de hacer efectivo un derecho de forma aislada respecto de los demás. Esto implica rechazar cualquier tipo de jerarquización entre ellos e impedir cualquier situación de excepcionalidad permanente, sin embargo, vale hacer presente que este criterio fue utilizado en la jurisprudencia de nuestros tribunales.

1.2. Juicio de Ponderación

²⁸ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. El Uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Libertad de Expresión. Revista Estudios Constitucionales. Año 9. N° 1. P. 129. 2011.

Para entender el juicio de ponderación citaremos a Juan Carlos Bayón, quien en su libro *“Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”* señala de manera interesante una calificación de los derechos o principios que explica por qué motivan estos enfrentamientos: “Los principios y valores constitucionales, pues, vienen a caracterizarse por ser *incondicionales derrotables*: incondicionales porque en cuanto son mandatos categóricos, su cumplimiento no está supeditado a la existencia de determinadas condiciones (la norma se estructura como un enunciado deóntico, esto es, impone –sin más- el deber de adoptar una conducta); derrotables, porque su eficacia es sólo *prima facie* y no excluye que puedan ser derrotados en eventual concurrencia con otros principios”²⁹

El objeto de la ponderación como método de resolución de conflictos, es evitar la oposición que se produce al aplicar un derecho en desmedro de otro y que implica romper la situación o estatus de igualdad que impera entre ellos. Esta igualdad o equivalencia se quiebra en beneficio de uno, a raíz de una valoración específica de las circunstancias que lo rodean en el caso concreto. Es así como esta ponderación debe ser siempre razonada y su ausencia implica consecuentemente una vulneración de alguno de los principios en conflicto.

Esta es la manifestación de la derrotabilidad de un derecho, el principio vencido debe ceder en la misma proporción o en razón de la importancia que impera el derecho que prevalece.

1.2.1. La Ponderación

Como en todos los aspectos del derecho, para definir y determinar el verdadero alcance de una palabra o término, habrá que estarse a su sentido natural y obvio, por lo que primeramente diremos que “ponderar” según la Real

²⁹ BAYON MOHINO, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico, en Isonomía N° 13. Octubre. 2000. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México. P. 87 y ss.

Academia Española de la Lengua significa “Determinar el peso de algo”³⁰; “contrapesar, equilibrar”. Nos parece acertado definir la ponderación como: La acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas, y desde el punto de vista jurídico podemos agregar que tiene por objetivo resolver o dilucidar un conflicto, tensión o pugna entre dos principios que no pueden ser aplicados en igual medida para el caso concreto.

En el caso de la ponderación de derechos, reiteramos, el grado de detrimento o insatisfacción de un principio (o derecho) no es arbitraria ni autónoma, al contrario es concordante y directamente proporcional a la necesidad de satisfacción y cumplimiento del otro derecho en conflicto.

La ley de ponderación dice que **“como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”**³¹

1.2.2. El peso y el balance

Al efectuar la difícil tarea de ponderar derechos, el juzgador deberá necesariamente poner en una balanza ambos principios y determinar el peso específico de cada uno. Esto último requiere del establecimiento de un orden de importancia entre ellos en el caso específico y considerando las circunstancias fácticas del caso deberá asignar a uno de ellos mayor peso que al otro. Sin duda que podemos especular que se trata de una operación subjetiva ya que lógicamente se tratará de juicios de valor, sin embargo al efectuarse deberá seguir criterios sustentados en parámetros racionales, sin ejecutarse de manera arbitraria, caprichosa o irreflexiva.

³⁰ Real Academia Española. [en línea]. Madrid. España. [fecha de consulta 12 de Febrero 2012]. Disponible en <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ponderar >

³¹ ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Núm. 11. Enero – Junio 2009. Pp 3-14.

En este sentido, vale destacar a Jorge Baquerizo, citando a Ronald Dworkin, quien al tratar la colisión de principios en su artículo “Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación”, ha sostenido que “ante la situación específica de concurrencia de derechos, uno prevalecerá sobre otro sin perjuicio de que el derecho derrotado siga perteneciendo coherentemente al sistema jurídico, porque en un siguiente caso las consideraciones contrarias pueden desaparecer o no tener el mismo peso. Ello significa que, aún cuando uno de los derechos en conflicto deba prevalecer en el caso concreto, no por ello debe considerarse al otro como inexistente o no consagrado. Lo que sucede, según se estima es que bajo ciertas circunstancias uno de los derechos precede en importancia al otro, aunque bajo circunstancias diferentes la cuestión de la precedencia puede ser resuelta de manera distinta o inversa. Esto es, básicamente, lo que quiere decirse cuando se afirma que un derecho prevalece sobre otro”³²

La situación de prevalecer un derecho por sobre otro, es lo opuesto a la jerarquización de ellos, puesto que esta última supone la idea de que siempre y ante cualquier evento un principio tiene más peso que otro, significando un análisis de la situación en abstracto, prescindiendo de cualquier circunstancia que rodee los derechos en pugna.

En la ponderación hay un orden axiológico que no es estable, que es sólo casuístico y concreto. Esa es la manifestación de la igualdad e indivisibilidad de los derechos, nada impide que en otro caso cualquiera, el derecho que prevalece hoy, sea el que ceda mañana.

Así es como se logra la convivencia entre derechos fundamentales, los que cuentan con una jerarquía transitoria que dependerá de las circunstancias y elementos que lo rodeen y que lo harán prevalecer momentáneamente. Ningún

³² BAQUERIZO Minuche, Jorge. Colisión de derechos fundamentales y Juicio de Ponderación. [en línea]. [fecha de consulta: 15.marzo.2012] Disponible en: <<http://www.revistajuridicaonline.com./images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>>

principio tiene peso libre o soberano sino que todos están relacionados y deben ser compatibles con la realización de los otros.

Nos parece muy interesante lo que señala el profesor Prieto Sanchís en relación a este tema, quien afirma que “el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habrá de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos”³³ Teniendo en consideración lo anterior, podemos decir que la ponderación es el ejercicio de poner en una balanza dos valores, principios o derechos y tratar de lograr el equilibrio de los mismos en la mayor medida posible y en caso de no lograrse este equilibrio, la necesidad de inclinarse en favor de uno debe ser justa y proporcional a la medida de afectación del otro.

1.2.3. Principio de Proporcionalidad

El juicio de ponderación está inmerso dentro de un universo más amplio, cual es el denominado principio de proporcionalidad. La ponderación supone una ordenación de los derechos en conflicto y se concentra en lo que doctrinariamente se conoce como “regla de precedencia condicionada”, esto es la regla que establece las condiciones y requisitos por los cuales un derecho debe prevalecer a otro.

Estas condiciones se contienen en el denominado test de proporcionalidad, el que será procedente, en forma previa a la ponderación, toda vez que no siempre cualquier medida o forma restrictiva de un derecho merece ser ponderada, como es el caso de restricciones ilegítimas o arbitrarias. No siempre es fácil determinar cuándo debe hacerse la ponderación, es en estos casos en que habrá que estarse al aludido test de proporcionalidad.

³³ BAQUERIZO Minuche, *íbid.*

Requisitos del test de proporcionalidad.

- Fin legítimo
- Idoneidad o Adecuación
- Necesidad
- Proporcionalidad en sentido estricto

Veremos una a una, estas cuatro exigencias:

- **Fin Legítimo:** Es el más básico dentro de los parámetros del test de proporcionalidad, tanto que en ocasiones no se menciona. Puede parecer de perogrullo, sin embargo es necesario que digamos que la intromisión de un derecho debe presentar un fin legítimo o amparado por el ordenamiento jurídico, en caso de no ser así no puede construirse una comparación que permita comenzar con la ponderación.

En ocasiones se discute si este fin debe ser constitucionalmente legítimo o basta con que se trate de un fin amparado por una norma de cualquier rango. Generalmente se producirá que los intereses serán constitucionales, ya que los derechos fundamentales se encuentran consagrados en la constitución, sin embargo, dadas las circunstancias, puede suceder -y sucede- que ciertos principios no se encuentren establecidos a nivel constitucional y son legítimos también (como por ejemplo el principio de la buena fe o la certeza jurídica)

Creemos que el establecer que el fin sea constitucionalmente legítimo, constituiría un juzgamiento a priori y una imposibilidad absoluta de someter un derecho al juicio de ponderación, que pensamos no es el propósito. Es más, la propia Constitución encarga o encomienda al legislador la regulación de muchas materias, que lógicamente contendrán o conferirán derechos, por lo tanto consideramos que el fin legítimo se constituye únicamente no estando prohibido. Pensamos que la mayoría de las veces la conexión será constitucional, sin embargo y citando a Prieto Sanchís diremos que “pudiera admitirse como válida

una ponderación [...] aceptando como fin legítimo aquel que no estando prohibido por la Constitución resulte coherente con su marco axiológico”³⁴

Entenderemos entonces que no será un fin legítimo toda aquella interferencia en el derecho que esté prohibida por el ordenamiento jurídico, como por ejemplo la comisión de algún delito o de cualquier hecho que esté en contra de los fines y principios establecidos tanto a nivel constitucional como legal.

- **Idoneidad o adecuación técnica:** Este subprincipio supone un examen de adecuación o conformidad de los medios a los fines. El profesor Humberto Nogueira señala enfático que “La norma jurídica estatal examinada podrá perseguir uno o más fines convencionales legítimos, excluyendo cualquier medio que no sea conducente a un fin legítimo perseguido. La finalidad debe ser lo más concreta posible no pudiendo justificarse en bienes indeterminados o de dudoso anclaje convencional”³⁵

En términos simples, la idoneidad o adecuación de los medios consiste en la aptitud que debe poseer la medida que restringe o limita el derecho para proteger la finalidad que respalda, el medio será adecuado cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado.

En un análisis breve de la idoneidad o adecuación técnica, se exige que, en caso de colisión de derechos fundamentales, se implemente un medio cuyos efectos contribuyan al fomento del fin perseguido. Si la respuesta es afirmativa, debe ser examinada la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida, si la respuesta es negativa, la medida es desproporcional en sentido amplio.

En este caso no existe sólo una relación de medio a fin, sino también se deberá evitar la afectación del derecho fundamental ya sea por una acción excesiva, insuficiente o por una omisión. Esta tarea podrá ser revisada desde dos puntos de vista, a priori o a posteriori. Será el legislador quien analizará el medio

³⁴ BAQUERIZO Minuche, íbid.

³⁵ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Op. Cit., P. 121.

para lo futuro y el juez comprueba en qué medida el fin perseguido difiere o coincide de lo efectivamente logrado.

De esta manera, si a pesar de tratarse de una intromisión legítima en un derecho, ésta no persigue finalidad alguna o no es adecuada para el caso concreto, debe desecharse por constituir directamente una vulneración al derecho. Este fomento del logro del fin es obligatorio, ya que de esta manera la limitación al derecho fundamental puede ser justificada a través del fin que es fomentado por este medio.

Cabe decir que el fin consistirá en el hecho de que sea posible el ejercicio de un derecho fundamental o que pueda evitarse una limitación de un derecho o una limitación mayor de la que ya se esté produciendo.

Además como reflexión final, diremos que la adecuación técnica ideal, exige elegir un medio a través del cual el logro del fin perseguido, se alcance en la mayor medida posible, en el sentido cuantitativo, es decir logrando el más alto alcance; cualitativo, obteniendo el mejor de los alcances y el de las probabilidades, el más seguro de ser alcanzado.

- **Necesidad:** O principio de la intervención mínima, consiste en analizar si la medida que se adopta y que restringe un derecho o principio es -dentro de todas las alternativas posibles- imprescindible, de manera que no hay otra vía menos gravosa para lograr la finalidad que legítimamente se pretende. En este caso, el medio es necesario cuando el legislador no pudo elegir otro igualmente adecuado para el logro del fin estatal o para el fomento del derecho que colisiona con el derecho afectado, pero que suponga una menor restricción para este último. Además el medio es necesario cuando el fin no puede ser alcanzado por otro medio que grave el derecho del individuo de una manera menor.

Este subprincipio exige que la medida restrictiva sea indispensable para la conservación de un derecho y no sea posible de sustituir por otra medida

igualmente eficaz pero menos perjudicial. Se exige que la norma jurídica sea imprescindible para asegurar la vigencia o ejercicio de un derecho o bien jurídico legítimo convencional, debiendo restringir otro en el menor grado posible cuando no existe otra alternativa, escogiendo siempre el mal menor, el medio menos restrictivo, todo ello sin afectar el contenido esencial de los derechos.

Con esto queremos decir, que deberá acreditarse la inexistencia de otra medida, que cumpliendo con la misma finalidad y siendo igualmente eficaz sea más benigna para el principio afectado. En esta situación el juzgador tendrá idealmente, varias alternativas sobre la mesa, de entre las cuales deberá realizar un examen positivo determinando cual es la más apropiada y no un estudio en sentido negativo, como en los anteriores subprincipios en los que el análisis consistía básicamente en dilucidar si la medida obedece a un fin legítimo y si es idónea o no para la restricción del derecho.

Este subprincipio de necesidad requiere de la atención de ciertos estándares para su aplicación práctica, ya que se deberá analizar la intervención mínima de la medida en distintos ámbitos: material, espacial, temporal y personal.

La necesidad material implica que deberá adoptarse la medida que afecte menos el derecho conculcado, la exigibilidad espacial supone que el medio utilizado sea el que establezca el menor ámbito de limitación del derecho; la exigibilidad temporal requiere que la medida aplicada y restrictiva del derecho sea sostenida durante el menor tiempo posible, delimitándose rigurosamente su tiempo de aplicación; la exigibilidad personal como último prisma de análisis sugiere que el derecho debe limitarse al máximo las personas que se vean afectadas en sus derechos.

- **Proporcionalidad en sentido estricto:** De acuerdo a este examen, debe atenderse a que la medida adoptada para restringir un determinado derecho, sea capaz de demostrar la existencia de un equilibrio o adecuado balance entre los beneficios que para el bien común se generen con su aplicación -por una parte- y

por la otra los daños o lesiones que se derivan para el ejercicio del otro derecho. Es decir a mayor daño o lesión de uno, mayor deberá ser la necesidad de satisfacción del otro.

Cabe hacer presente que esto se conoce como la Ley de la Ponderación que mencionamos en párrafos anteriores, de acuerdo a ella, cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o de un derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna.

Debe existir una justa medida, evitando que el beneficio obtenido con la intervención de un de un derecho sea desproporcional a la carga que se impone al derecho en conflicto. Esto implica un juicio ponderativo, una valoración caso a caso de los perjuicios que se causarían con la aplicación de una medida determinada, contraponiéndolos con las ganancias y beneficios que se obtendrán para el bien común.

En definitiva, en la estructura de la ponderación se deben seguir tres pasos: primero debe definirse el grado o nivel de afectación de uno de los principios; luego se determina la importancia de la satisfacción del otro principio que nos dará como resultado las razones de la intervención que hacemos en el paso uno; finalmente y como tercer tópico, habrá que precisar si el segundo paso justifica el primero, es decir, si la importancia de la satisfacción de un principio es causa justa para la afectación del contrario. Luego de hecho este análisis se obtendrá como resultado el peso definitivo de un derecho en ese caso particular.

Ahora bien para llegar a este resultado y determinar el grado de afectación de un derecho en el caso concreto, puede utilizarse una escala de valoración consistente en tres niveles: leve, media y grave. Esta forma de valoración, podemos apreciarla con un ejemplo de Bernal Pulido al señalar que “la decisión de los padres de una menor de edad que profesan el culto evangélico, respecto a negarse a llevarla al hospital para que se le suministre atención médica de emergencia, conlleva una afectación de la vida y de la salud de la menor que

podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte. Concomitantemente, la satisfacción de la libertad de cultos de los padres, que acarrearía dicha permisividad, podría graduarse sólo como media o leve”³⁶

Existen otras alternativas para medir el grado de afectación, una de ellas es el denominado “peso abstracto de los principios relevantes” que a nuestro parecer, generalmente involucra un atisbo de subjetividad, porque para quienes apoyan esta forma de valoración, aunque los principios en colisión tengan el mismo nivel jerárquico (por ejemplo nivel constitucional) en ocasiones uno de ellos podrá tener mayor importancia en abstracto de acuerdo a la concepción de los valores que impere en determinada sociedad. Generalmente se concibe que el derecho a la vida por ejemplo, es uno de los principios con mayor valor abstracto y que siempre tendrá más peso en el caso concreto. Ahora no podemos afirmar o adherir inmediatamente a este planteamiento, porque a nuestro entender siempre habrá que estarse al caso concreto.

Una tercera opción es la denominada “seguridad de las apreciaciones empíricas” que tratan sobre la afectación que la medida adoptada proyecte sobre los principios. En este caso lo que se pretende es valorar el grado de certidumbre de las apreciaciones empíricas, del cual dependerá directamente el peso de los principios contrapuestos. Con el mismo ejemplo anterior lo explica Jorge Baquerizo, al decir que “si existe la certeza de que la menor de edad, hija de los padres evangélicos, morirá indefectiblemente de no ser llevada al hospital, entonces la afectación del derecho a la vida será intenso. Pero si no existe esa certeza, porque los médicos no pueden predecir las consecuencias de la falta de tratamiento hospitalario, el nivel de la afectación del derecho a la vida será menor”³⁷

³⁶ BAQUERIZO Minuche, íbid.

³⁷ BAQUERIZO Minuche, íbid.

Finalmente diremos que cualquiera de las opciones que se utilice para determinar el grado de afectación de un derecho será igualmente válida para determinar la proporcionalidad.

1.2.4. Críticas a la racionalidad de la ponderación

No obstante que el juicio de ponderación es aceptado como criterio de solución de conflictos, existen objeciones acerca de la racionalidad del método, particularmente referidas a la indeterminación, inconmensurabilidad a que se enfrenta su aplicación y a la imposibilidad de predecir sus resultados. Se critica que no es un procedimiento razonable, que al contrario es arbitrario y que el Tribunal Constitucional carece de suficiente legitimidad constitucional para aplicar los principios mediante la ponderación y si lo hace, restringe las competencias atribuidas por la constitución a otros poderes del estado.

Indeterminación de la ponderación. Se señala que la ponderación es un concepto poco claro y de una estructura jurídica imprecisa. No existe forma de garantizar la objetividad de la decisión que se adopte en base a la utilización de este criterio, lo que lo transformaría en una estructura basada en apreciaciones subjetivas del juez, quién además podrá tomar la decisión sin que exista un mecanismo de control para determinar si la resolución adoptada es la correcta. La ponderación carecería de una estructura jurídica determinada que permita al sentenciador seguir razonada y obligatoriamente un camino que lo lleve a tomar una decisión, la que en este caso debe absolutamente carecer de tintes caprichosos o arbitrarios, situación que se pone en duda al aplicar el juicio de ponderación. El juez, basado en su razonamiento lógico llegará a una conclusión que para algunos podrá ser justa, pero para otros, antojadiza.

Inconmensurabilidad de la ponderación. Desde un punto de vista filosófico la inconmensurabilidad es la imposibilidad de comparar dos teorías puesto que entre ellas no hay un lenguaje teórico común. Llevando esta idea al plano de los

derechos, debemos entender que la ponderación carece de racionalidad, en el sentido que se pretenden comparar dos universos que por su entidad no pueden ser comparables, no existe entre los derechos una medida común que permita efectuar un balance respecto de ellos. Se trata de una magnitud abstracta de los principios que están en juego que hace inviable compararlos sin caer en la arbitrariedad. En este punto nos parece interesante la postura que sostiene Carlos Bernal Pulido, citando a Raz, Habermas y Alienikoff al respecto, quien señala que “la inconmensurabilidad aparecería en la ponderación porque no existiría una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos que permitiera determinar el peso que les corresponda en cada caso. En el ámbito de los principios no existiría una “unidad de medida”, así como tampoco una “moneda común” que posibilite la ponderación entre los principios que en cada caso entrarán en colisión”³⁸

Imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación. De acuerdo a esta crítica, se sostiene que el resultado de la ponderación, justamente a consecuencia de la indeterminación e inconmensurabilidad referidas, dependerá de las variables del caso concreto y no responderá a criterios generales. Entendemos que efectivamente será así, ya que es imposible saber de antemano cual principio prevalecerá en cada caso precisamente porque nos enfrentamos no a un conflicto normativo, sino que superior, en el que careciendo de otros elementos el juez decidirá en base al peso específico de cada derecho.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, debemos entender que siempre y ante cualquier conflicto sometido a conocimiento de un tribunal existe esa incerteza del resultado, ya que de lo contrario el conflicto estaría zanjado de antemano y como no existe claridad respecto del derecho, es que se somete a una intervención judicial. Pero no por ello debemos pensar que el juzgador será irracional o arbitrario ya que un juicio nunca podrá abstraerse de las apreciaciones subjetivas de quien toma conocimiento del asunto.

³⁸ BERNAL Pulido, Carlos. La racionalidad de la ponderación en el principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca.

Al respecto, resulta difícil imaginar un sistema que asegure una perfecta objetividad especialmente en un estado de derecho y en una democracia donde los derechos y libertades se enfrentan a diario. No quedaría otro sistema más que uno arbitrario, que indicara explícitamente la regulación de lo que cada persona puede o no hacer, como dice Bernal Pulido “no puede esperarse que, ni aún en el sistema constitucional más preciso, exista una única respuesta correcta para controversias de esta magnitud y complejidad”³⁹

1.2.5. La Proporcionalidad en los fallos Rol N° 790 y 755-2007 del Tribunal Constitucional.

En este punto destacaremos que el Tribunal Constitucional se ha referido al principio de proporcionalidad en distintas ocasiones, particularmente en la sentencia Rol N° 790-2007, en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas adoptadas por legislador en ciertas situaciones, quien *“no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional y, por ende, intolerable para quien experimenta tal diferencia. Al respecto, estos sentenciadores estimarán que la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionados, habida cuenta de la situación de hecho en que se encontraban las finanzas públicas del país a esa fecha, la finalidad de la ley que ya ha sido analizada y, particularmente, el hecho de que los bienes y derechos afectados por ella, que se traducen en el reajuste futuro de las pensiones, no pueden, en conformidad al derecho chileno [...], ser considerados como propiedad o derechos adquiridos del pensionado, sino como meras expectativas”*⁴⁰

Igualmente se refiere ese alto tribunal a la proporcionalidad, en sentencia Rol N° 755-2007, relativa a la gratuidad del turno de los abogados, señalando que *“la proporcionalidad obliga a que mientras más intensa es la carga, más amplio*

³⁹ BERNAL PULIDO, íbid.

⁴⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N° 790-2007, Considerando 27°.

sea el número de afectados, en circunstancias que la carga de trabajar gratis para el Estado sólo se reduce a los abogados, un grupo específico de profesionales”⁴¹

⁴¹ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N° 755-2007, N° 3.1 de los Vistos.

CAPITULO TERCERO: ANÁLISIS DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, ESPECIAL MENCION AL DERECHO A LA HONRA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.

1. Derecho a la honra y la libertad de expresión, en las Sentencias del Tribunal Constitucional.

En el presente capítulo revisaremos cuatro sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional dictadas en estas materias, estas son los Roles N° 943-2007; 1185- 2008; 1419- 2009; 1463- 2009 y cómo se produjo en ellas la aplicación del principio de proporcionalidad explicado en el capítulo anterior, sosteniendo aquí la siguiente hipótesis: **“Sometido a conocimiento del Tribunal Constitucional el conflicto de los derechos a la honra y la libertad de expresión, se utiliza el sistema de ponderación de derechos como único elemento para dar preferencia al primero por sobre el segundo”**.

Analizaremos estas sentencias, en las cuales han entrado en disputa el derecho a la honra y otros derechos como la libertad de expresión, resultando la balanza siempre inclinada a favor del derecho a la honra. En todas ellas se ha requerido la declaración de inaplicabilidad el artículo 2331 del Código Civil que dispone: ***“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 aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”***.

Asimismo, dentro del análisis anterior trataremos de establecer los argumentos que ha utilizado el Tribunal Constitucional para sentenciar la inaplicabilidad de esta norma en virtud de la facultad establecida en el N° 6 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, que dispone: ***“Son atribuciones del Tribunal Constitucional: Resolver, por la mayoría de sus miembros***

en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

Es necesario señalar que en la actualidad el artículo 2331 del Código Civil ha sido objeto de requerimiento de inaplicabilidad en 15 oportunidades, habiendo dictado sentencia el Tribunal Constitucional en 13 ocasiones. En 12 de ellas, ha acogido la acción, haciéndolo en forma total en 8 oportunidades (Sentencias Roles 943-2008; 1185-2009; 1419-2010; 1679-2011; 1741-2011; 2255-2013 y 2410-2013) y en forma parcial en 4 (Sentencias Roles 1463-2010; 2085-2012; 2071-2012 y 2422-2013). Las sentencias analizadas, se escogieron en base a dos razones, la primera, que se refiere a la época en que se inició este trabajo de investigación y la segunda y más importante, radica en que al ser los primeros fallos dictados en la materia, sentaron los criterios y bases que con posterioridad siguió utilizando ese Alto Tribunal para la resolución de los conflictos.

1.1. Breve mención al principio de razonabilidad.

Previo al análisis de las sentencias y la determinación del método de resolución de conflicto utilizado en ellas, cabe mencionar que este alto tribunal, ha utilizado el postulado de la razonabilidad en algunos de sus fallos. Este principio supone que los fundamentos de las decisiones sean ajustadas a la razón y no producto de elaboraciones subjetivas o impresiones del juzgador, llegando a una solución prudente y conveniente.

Para nuestro estudio, es importante no confundir ambos principios, que apuntan a un mismo fin, pero son distintos. Podríamos decir que existe una relación de género a especie, porque “la razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo esta una consecuencia o manifestación de aquella, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin [...] en otros términos, en el juicio de

proporcionalidad se trata de determinar hasta qué punto resulta constitucionalmente admisible una intervención estatal, o lo que es lo mismo, cual es el grado de intervención compatible con el respeto a los derechos. Desde luego ello apunta a eliminar la arbitrariedad, y en tal sentido, el juicio de proporcionalidad supone el de razonabilidad”⁴²

En nuestra Constitución no se encuentra consagrado el principio de razonabilidad, sino más bien se desprende del artículo 7°, en el sentido que los órganos del estado actúan previa investidura regular, dentro del ámbito de su competencia, no pudiendo por tanto obrar de manera arbitraria.

Ahora el Tribunal Constitucional lo ha utilizado claramente en fallos como aquel en que declara la inconstitucionalidad del artículo 171 del Código Sanitario (Rol N° 1345-2009) que consigna el denominado principio de “solve et repete”, referido a que para la impugnación de una multa aplicada en el marco de un sumario administrativo, por el Servicio Nacional de Salud, debe previamente consignarse el monto de la misma. Situación que el tribunal consideró una exigencia desmedida y no razonable en favor del Estado.

A continuación revisaremos las sentencias, efectuando una revisión de la aplicación del Principio de Proporcionalidad:

1.2. Sentencia en Causa Rol N° 943-2007, de 10 de Junio de 2008.

1.2.1. Resumen del asunto sometido a conocimiento del tribunal.

En el presente caso en estudio, el abogado Luis Carlos Valdés Correa, formula requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Artículo 2331

⁴² MARTINEZ José Ignacio, ZÚÑIGA Francisco. El Principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Estudios constitucionales. Vol. 9. (N° 1): P. 199-226. Santiago. 2001. [en línea] [fecha de consulta: 22.Octubre.2013] Disponible en<<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art07.pdf>>

del Código Civil, en causa sobre Juicio Ordinario de Responsabilidad Civil, caratulada “Valdés con Jaime Irrarrázabal Covarrubias y otros”, del 18° Juzgado Civil de Santiago. El requirente reclama que fue excluido como socio del estudio jurídico del que forman parte los demandados, lo cual afectó gravemente su honor, su intimidad y sus derechos como abogado en las relaciones con sus clientes. En razón de lo anterior solicita que todos ellos sean condenados solidariamente al pago de una indemnización pecuniaria y a la reparación extrapatrimonial de los perjuicios por él sufridos.

El demandante señala que en su caso, la aplicación del artículo 2331 del Código Civil, genera un efecto contrario al respeto y protección de su vida privada y su honra, porque establecería una limitación al ejercicio de los citados derechos y que consistiría en que, para tener derecho a demandar ante los tribunales de justicia el pago de una indemnización, cuando el hecho generador del daño haya estado constituido por imputaciones injuriosas, la norma legal impugnada dispone que debe haberse producido un perjuicio avaluable en dinero, excluyendo por tanto la indemnización del daño moral.

La defensa de los demandados se basa en un argumento interesante, señalando que de lo dispuesto en el Artículo 19 de la Constitución Política -que asegura el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia- no puede deducirse que a toda persona se le asegure una indemnización pecuniaria del daño moral que emane de una vulneración a su honra, atendido que ello no forma parte del contenido o núcleo esencial de la referida garantía. Asimismo asegura que la Carta Fundamental no regula ni pretende regular la forma en que debe brindarse la protección a la honra, ni tampoco establece si las indemnizaciones que procedan por posibles atentados a la honra de una persona incluyen o excluyen el daño moral.

1.2.2. Análisis de la resolución adoptada por el Tribunal Constitucional y aplicación del principio de proporcionalidad.

En el caso en comento, el Tribunal Constitucional resolvió acoger el requerimiento del demandante, declarando que no podrá aplicarse el artículo 2331 del Código Civil en el juicio ordinario de responsabilidad civil. Para llegar a tal conclusión realizó un análisis contenido en los Considerandos de la sentencia, los que analizaremos a continuación desde el punto de vista del examen sobre la justificación a la limitación del derecho.

a. Bien Jurídico Protegido y Acto que produce la intervención en el derecho.

En este caso el bien jurídico protegido es el derecho a la honra y eventualmente se produciría la intervención en este derecho a través de la aplicación del artículo 2331 por parte del Juez Civil que conoce de la causa.

El problema que se suscita aquí, comienza al determinar el contenido del bien jurídico. Al respecto, el demandante sostiene que no existe autorización constitucional para que la ley afecte en lo esencial este derecho fundamental y que el artículo sería inconstitucional al imponer limitaciones para obtener una indemnización pecuniaria, argumentando que *“limita como regla general las indemnizaciones pecuniarias cuando el hecho generador del daño han sido imputaciones injuriosas, concediéndola exclusivamente cuando se acredite daño emergente o lucro cesante apreciables en dinero, y excluyendo completamente la indemnización del daño moral [...] exige la norma un requisito que la Constitución excluye, esto es, que se haya producido un perjuicio pecuniario para los efectos de producir un derecho a indemnización que es la protección en materia civil, sin perjuicio de que por excepción se puedan dar las protecciones extrapatrimoniales”*⁴³.

⁴³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 943-2007, Considerando 3°.

El demandado en tanto afirma que la Constitución no asegura una indemnización pecuniaria del daño moral ocasionado por una vulneración a la honra, pues *“no forma parte del contenido o núcleo de la garantía el aseguramiento de un derecho a indemnización pecuniaria por el eventual daño moral que pueda derivarse de una supuesta vulneración al honor”*⁴⁴.

Sobre esta discusión, y luego de un extenso análisis acerca del derecho a la honra como objeto de protección del ordenamiento jurídico, el considerando trigésimo segundo se hace cargo de la esencia del derecho, indicando que *“frente a las interpretaciones posibles del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, debe desecharse la que admita que el legislador pudo regular sus efectos hasta extremos que, en la práctica, imposibilitan la plenitud de su vigencia o comprimen su contenido a términos irreconciliables con su fisionomía”*⁴⁵, además se refiere a la imposibilidad del legislador para regular el alcance de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, indicando que *“debe respetar la esencia del derecho de que se trata como también evitar la imposición de condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. [...] un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible”*

Continuando con el problema de la determinación de la esencia de un derecho, el fallo se pronuncia acerca del alcance de la protección constitucional del derecho a la honra, determinando que asegurar el respeto y protección del mismo implica preservar o resguardar de daño a las personas y las cosas, y que en su arista civil, tal protección se traduce en la indemnización de los daños patrimoniales y morales causados a la víctima, sin limitaciones de carácter legal.

Finalmente, el fallo concluye que el derecho a la honra es por esencia espiritual y moral como emanación de la dignidad de la persona humana, no

⁴⁴ Tribunal Constitucional, Op. Cit., Considerando 4°.

⁴⁵ Tribunal Constitucional, Op. Cit., Considerando 2°.

teniendo en sí mismo valor económico o patrimonial. Por esta razón, cualquier daño que se produzca por atentados en su contra redundará normalmente en un daño moral, aunque en ciertos casos genere adicionalmente un daño patrimonial.

El considerando trigésimo séptimo consigna que *“el efecto natural de la aplicación del precepto legal impugnado [...] es, precisamente, privar a los atentados contra el derecho a la honra que no constituyan delitos específicos, de la protección de la ley pues, mientras las lesiones a otros derechos igualmente no constitutivas de delitos dan lugar a indemnización por todos los daños patrimoniales y morales causados, de acuerdo a la regla general del artículo 2329 del Código Civil, las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho a la indemnización del daño moral, que es naturalmente el producido por esta clase de atentados y ordinariamente, el único”*⁴⁶

b. Aplicación del principio de proporcionalidad en el fallo.

Desde nuestro punto de vista, el conflicto sometido a conocimiento del tribunal no enfrenta en este fallo al derecho a la honra con otro derecho en particular, pero nos pareció importante destacar como punto de partida del análisis, el debate generado para dilucidar el contenido esencial de un derecho, que requiere de un análisis complejo que implica por una parte la identificación del ámbito de la realidad a que se alude y por otra identificar el tratamiento jurídico contenido en el precepto que lo reconoce, sumado al alcance que se da a su protección constitucional.

En la sentencia se efectuó este análisis sin entrar a realizar el test de proporcionalidad, al menos hasta su parte resolutive, toda vez que no se visualizó un conflicto de derechos fundamentales, sino más bien, el problema radicó en la limitación que establecía el artículo 2331 del Código Civil al derecho a la honra y en la existencia o no de una facultad del legislador de establecer esa limitación,

⁴⁶ Tribunal Constitucional, Op. Cit., Considerando 37°.

concluyéndose por el tribunal que la aplicación del artículo en cuestión resulta contrario a la Constitución toda vez que impide o priva a quienes sufran imputaciones injuriosas en contra de su honra, el derecho de ser civilmente reparado, cuando el daño provocado sea de carácter moral, estableciendo una restricción inusual y desigual respecto de quienes han sufrido el referido daño.

Sin perjuicio de lo dicho en los párrafos anteriores, a continuación de la parte resolutive del fallo, se previene que los Ministros señores Bertelsen y Correa concurren a lo resuelto, aunque no comparten lo razonado en los considerandos vigésimo noveno a trigésimo octavo, teniendo presente observaciones en que claramente se divisa la aplicación del test de proporcionalidad para determinar la valoración de las restricciones al derecho a la honra. De esta forma, cabe destacar que señalan que el legislador debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos; que resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y que sean proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando en consecuencia tolerables a quienes las sufran en razón de objetivos superiores.

Siguiendo este orden de ideas y desde nuestro punto de vista, aplicando el principio de proporcionalidad, los sentenciadores indican que *“no les resulta posible a estos previnientes dilucidar, ni las alegaciones de la parte requerida les han ayudado a hacerlo, cuáles sean los fines constitucionalmente legítimos que justifican que el daño moral que el requirente pueda efectivamente haber sufrido en virtud de imputaciones injuriosas contra su honor o crédito que alega, no sean objeto de reparación pecuniaria y constituyan una excepción a la regla general que acepta su procedencia”*⁴⁷. Es decir, hacen presente la necesidad de que para limitar el derecho a la honra, exista al menos, el primer elemento del examen de proporcionalidad, cual es la concurrencia de un fin amparado por la constitución que excuse o ampare la intromisión en el derecho.

⁴⁷ Tribunal Constitucional, Op. Cit., Prevención N° 3.

A mayor abundamiento, intentan relacionar la limitación al derecho a la honra con la libertad de expresión indicando que *“de las características del caso que motivan el litigio, no aparece que la libertad de expresión de los socios de una oficina de abogados se vea intolerablemente amagada si es que se hace procedente la indemnización por el daño moral que puedan provocar expresiones injuriosas, proferidas respecto de un antiguo socio”*⁴⁸. Finalmente, los previnientes ponen énfasis en que la infracción constitucional que provocaría la eventual aplicación de la norma impugnada se sustenta en su *“severo carácter restrictivo en el goce de un derecho que la Carta Fundamental consagra y ordena proteger, mismo que no resulta posible justificar como proporcionado en el logro de otros fines igualmente legítimos”*⁴⁹

c. Voto disidente del fallo.

Este fue pronunciado por el Ministro señor Francisco Fernández Fredes que estuvo por rechazar el requerimiento, fundado principalmente en que la Constitución en su artículo 19 N° 4 no establece forma ni mandamiento alguno para el legislador, que le ordene cómo desarrollar el aseguramiento de la garantía en ella establecida, sino más bien le ha confiado determinar las formas concretas en que se regulará, quedando al arbitrio de su potestad determinar los efectos y alcances de la responsabilidad indemnizatoria. Además argumenta que cuando la Constitución quiso determinar la procedencia y condiciones del daño moral lo reguló expresamente, como es el caso del artículo 19 N° 7, letra i), referido al error judicial.

Asimismo se refiere a que el daño moral carece de carácter pecuniario, por lo tanto no es extraño que el legislador, dentro de sus facultades, determine formas distintas de resarcir los perjuicios, las que no necesariamente tendrán

⁴⁸ Tribunal Constitucional, Op. Cit., Previsión N° 5.

⁴⁹ Tribunal Constitucional, Op. Cit., Previsión N° 8.

carácter patrimonial para resguardar un determinado bien jurídico, como por ejemplo *“la imposición del agravio de la obligación de publicar, a su costa, el texto íntegro de la sentencia condenatoria, con lo cual podría entenderse que se está resarcido el buen nombre del ofendido en forma más idónea (desde el punto de vista del fin que se persigue) que imponiendo una indemnización pecuniaria al ofensor”*⁵⁰

1.3. Sentencia en Causa Rol N°1185- 2008, de 16 de Abril de 2009.

1.3.1. Resumen del asunto sometido a conocimiento del tribunal.

En esta oportunidad se dirigió al Tribunal Constitucional el Senador Carlos Ominami Pascual, requiriendo la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 2331 del Código Civil y 40, inciso segundo, de la Ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y ejercicio del periodismo, en el proceso Caratulado “Ominami con Urbano y otros”, de que conocía en ese entonces la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

El requirente entabló juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios en contra de la empresa de comunicaciones Urbano S. A., editora del Diario Urbano de Quillota, y de don Julio Madriaza Guajardo, a raíz de las expresiones eventualmente falsas e injuriosas que formuló en contra de la persona del senador Carlos Ominami el Sr. Julio Madriaza, en la edición del día 27 de Octubre del año 2006, del diario aludido.

El actor afirma que el artículo 2331 del Código Civil impediría o excluiría la reparación del daño moral causado por ilícitos civiles, como lo serían las imputaciones falsas e injuriosas que habrían sido proferidas en el medio de comunicación citado. Además impugna el inciso segundo del artículo 40 de la Ley N° 19.733, ya que en su concepto dicha norma exigiría el ejercicio de acciones

⁵⁰ Tribunal Constitucional, Op. Cit., Consideración N° 3 del voto en contra.

criminales como requisito habilitante para la reparación del daño moral derivado de la clase de imputaciones a las que se ha hecho alusión precedentemente.

Cabe señalar que el referido artículo 40 señala en su inciso segundo que *“La comisión de los delitos de injuria y calumnia a que se refiere el artículo 29, dará derecho a indemnización por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral”*.

El artículo 29 en tanto dispone que *“Los delitos de calumnia e injuria cometidos a través de cualquier medio de comunicación social, serán sancionados con las penas corporales señaladas en los artículos 413, 418 inciso primero y 419 del Código Penal y con multas de veinte a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales en los casos del N° 1 del artículo 413 y del artículo 418; de veinte a cien unidades tributarias mensuales en el caso del N° 2 del artículo 413 y de veinte a cincuenta unidades tributarias mensuales, en el caso del artículo 419.*

No constituyen injurias las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva, salvo que su tenor pusiere de manifiesto el propósito de injuriar, además del de criticar”

Sobre el particular el requirente expresa que en caso de aplicarse literal y restrictivamente estos artículos en el asunto, se provocaría un resultado contrario a lo dispuesto en las bases fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional -como el reconocimiento de la dignidad de la persona humana; la servicialidad del Estado, cuya finalidad es promover el bien común y dar seguridad y protección a la población con pleno respeto a los derechos de las personas- quedando el actor ilegítimamente privado de su derecho de ser indemnizado por el daño moral que alega.

Además, particularmente en lo que se refiere al derecho a la honra, señala que no sólo se encuentra reconocido en la Constitución, sino que también en tratados internacionales vigentes como la Convención Americana de Derechos

Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Estos tratados obligan al Estado que los ha suscrito, debiendo por tanto recoger en su legislación, medios idóneos para proteger el ejercicio legítimo de los derechos. Señala que las normas legales que se impugnan en el requerimiento no cumplirían tal objetivo, limitando o restringiendo este ejercicio.

1.3.2. Análisis de la resolución adoptada por el Tribunal Constitucional y aplicación del principio de proporcionalidad.

El fallo resuelve acoger el requerimiento, únicamente en cuanto declara inaplicable el artículo 2331 del Código Civil y no el inciso segundo del artículo 40 de la Ley N° 19.733 , en base a los considerandos cuyo contenido se revisará a continuación.

a. Bien Jurídico Protegido y Acto que produce la intervención en el derecho.

En este caso como en todos los que se revisarán, el bien jurídico protegido es el derecho a la honra, que se ve enfrentado a la libertad de expresión y eventualmente se produciría la intervención en el derecho a través de la aplicación del artículo 2331 por parte del Juez Civil que conoce de la causa, además de ser afectado también, según el requirente, por la Ley N° 19.733, artículo 40, inciso segundo.

El Tribunal Constitucional en este fallo se remite a lo resuelto en causa Rol N° 943-2007, revisado anteriormente en este trabajo, señalando en su considerando sexto que *“Este tribunal analizó extensamente el valor constitucional de la restricción que ese precepto legal impone, en cuanto impide la reparación del daño puramente moral causado por imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona”*⁵¹.

⁵¹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1185- 2008, Considerando 6°.

Se concluyó igualmente que la responsabilidad civil como deber de indemnizar un daño, procede tratándose de un derecho constitucional, y que el artículo 2331, al limitar la indemnización al carácter patrimonial del daño, representa una excepción al principio general de que todo daño debe ser indemnizado.

En su considerando séptimo hace hincapié en la determinación de la esfera o ámbito de aplicación del derecho a la honra, que nos parece importante destacar, en el sentido que es tajante al señalar que se trata de un derecho que emana directamente de la persona humana y que forma parte del acervo moral o espiritual de todo hombre o mujer, que no puede ser negado o desconocido, vinculado estrechamente con el derecho a la integridad psíquica de la persona y que en caso de vulneración, generalmente producirá un daño o menoscabo espiritual y carente de significación económica.

Asimismo, en el marco de la determinación del contenido esencial de un derecho, la sentencia en su considerando décimo tercero, sostiene que *“frente a las interpretaciones posibles del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, debe excluirse la que admita al legislador regular su ejercicio hasta extremos que, en la práctica, imposibilitan la plenitud de su vigencia efectiva o comprimen su contenido a términos inconciliables con su fisonomía [...] el legislador debe respetar siempre la esencia del derecho que se trata de regular, complementar o limitar, como también evitar la imposición de condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*⁵²

En razón de lo anterior, este fallo nos permite entender que el contenido esencial del derecho a la honra al ser carente de materialidad, a juicio del tribunal, producirá siempre daños morales y al privar a quien sufre un detrimento de esta

⁵² Tribunal Constitucional, Op. Cit., Considerando 13°.

clase, del derecho a ser indemnizado, se le está privando de algo que le es consustancial.

A continuación en su considerando vigésimo primero y siguientes, la sentencia se pronuncia respecto al requerimiento de inaplicabilidad del inciso 2 del artículo 40 de la Ley N° 19.733, que reiteramos para mayor claridad: *“La comisión de los delitos de injuria y calumnia a que se refiere el artículo 29, dará derecho a indemnización por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral”*.

Al respecto, resuelve que la gestión judicial materia del proceso, no guarda relación con el inciso segundo del artículo 40, de la Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, ya que se refiere a materias penales, cuales son la comisión de los delitos de injuria y calumnia.

b. Aplicación del principio de proporcionalidad en el fallo.

El fallo se remite a indicar en su considerando décimo que no existen motivos que justifiquen resolver el presente conflicto de manera diversa, por lo tanto se insisten en las mismas consideraciones que en el fallo Rol N° 943-2007, revisado anteriormente.

Cabe decir lo mismo en relación al voto disidente, cuyos fundamentos son los mismos que en el anterior fallo.

1.4. Sentencia en Causa Rol N°1463- 2009, de 23 de Septiembre de 2010.

1.4.1. Resumen del asunto sometido a conocimiento del tribunal.

Este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil tiene su génesis en la causa sobre indemnización de

perjuicios caratulada “Bordachar Sotomayor, Gerard Philippe y otros con Pontificia Universidad Católica de Chile-Canal 13”.

El motivo de la demanda es la reparación del daño moral ocasionado por la publicación y difusión, en el programa Teletrece, el reportaje “Gabix: otro ejemplo de las empresas dedicadas sólo a cometer fraudes”, en el cual se exhibía al Sr. Bardachar como un delincuente, sosteniendo que utilizaba una cuenta corriente para fraudes y además tenía antecedentes por giro doloso de cheques y otros delitos. Ante eso, los requirentes presentan demanda fundada en la acción que emana de la comisión de los delitos de injuria y calumnia contenidos en el artículo 40 de la Ley N°19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo y en subsidio a esta acción principal deducen acción fundada en el cuasidelito civil del artículo 2314 del Código Civil.

Cabe señalar que en primera instancia fue desechada la pretensión principal, toda vez que no se dedujo en forma previa la acción penal por el delito de injurias y calumnias, y se rechazó la acción subsidiaria, ya que existe una ley especial que limita la procedencia de la indemnización para los casos que expresamente señala, con la finalidad de proteger el derecho a la libertad de opinión y expresión.

Sostienen los requirentes que la aplicación del precepto del Código Civil establece una limitación al ejercicio de los derechos a la honra y la integridad síquica de los afectados, consistente en que -como ya se ha fundado en los requerimientos antes expuestos- para demandar indemnización por injurias o calumnias se debe haber producido un perjuicio avaluable en dinero y que además, al excluir el daño moral como motivo de reparación pecuniaria, el precepto va en contra del principio de responsabilidad presente en nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte, la defensa de Canal 13, a diferencia de los casos anteriores, se allana a la presentación aduciendo que no tiene considerado invocar la

aplicación del precepto, por lo tanto no se oponen al requerimiento de inaplicabilidad.

1.4.2. Bienes jurídicos en conflicto.

Los bienes jurídicos en pugna en este requerimiento son el derecho a la honra y la libertad de expresión, que se someten a la ponderación del Tribunal y que serán evaluados, para luego definir si la limitación a alguno de ellos, es justificada en este caso. Lo anterior, porque como hemos señalado antes, la Constitución encomienda al legislador la forma en que tales derechos deben ser protegidos en caso de vulneración y del mismo modo encomienda a éste la forma en que deben ser entendidos.

a. Consideraciones del Sentenciador y aplicación del principio de proporcionalidad en el fallo.

El fallo acoge la inaplicabilidad del precepto, previo análisis sobre el ámbito de aplicación del artículo, señalando que éste contiene dos normas *“La primera de ellas establece la imposibilidad de demandar indemnización pecuniaria, a menos que se pruebe daño emergente o lucro cesante; la segunda consagra lo que la doctrina denomina exceptio veritatis, señalando que no habrá lugar a la indemnización de daño contra imputaciones injuriosas cuando se probare la verdad de las mismas”*⁵³

A continuación, en su considerando décimo cuarto el fallo continúa realizando el análisis consistente en determinar la esfera de los derechos en juego, su ámbito de aplicación y protección. Comenzando por el derecho a la honra, parte conceptualizándolo y comparándolo con el honor, virtud con el cual es bastante fácil confundir, sin embargo la distingue de aquél sosteniendo que *“Honor se refiere a un valor propio que de sí mismo tiene la persona, independientemente de la opinión ajena, es su concepto subjetivo; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de*

⁵³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1463-2009, Considerando 9°.

*uno*⁵⁴, reflejando a nuestro entender el carácter social que se ve envuelto en este derecho, entendiendo que la honra es el aprecio o estima del individuo como manifestación de su dignidad, pero que se traduce en un aspecto objetivo, cual es la apreciación que tiene el resto de la sociedad respecto de una persona.

Luego, en su considerando décimo sexto, una vez delimitado el contenido o espectro del derecho, la sentencia comienza a revisar la protección del mismo, comparándolo con la necesidad de amparo de otro derecho, cual es la libertad de expresión, sosteniendo que este último es un derecho *“cuyo ejercicio pone al individuo en relación con sus conciudadanos”*, desprendiéndose de esto el también carácter social que contiene este derecho y que serviría como sustento o causa de justificación en aquellas circunstancias en que es necesaria la afectación al derecho a la honra.

Posteriormente, el fallo se refiere nuevamente al contenido que debe dársele al derecho a la honra, (que a nuestro parecer, debió incorporarse en la parte anterior -considerando décimo cuarto- para continuar definiendo al mismo) remitiéndose a lo dicho por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que entiende que la honra alude a la *“reputación, al prestigio o el buen nombre de todas las personas,[...] más que al sentimiento íntimo del propio valer”*⁵⁵, contraponiéndolo a la libertad de expresión cuya existencia permite el debate e intercambio de ideas, el diálogo, la libre crítica y el debate sin restricción, desempeñado un papel trascendental dentro de una sociedad democrática. En el mismo sentido nos parece importante destacar, que también dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión el sentenciador se pronuncie sobre el particular, sosteniendo que *“Su protección alcanza no sólo al contenido de las ideas, sino también a la forma en que ellas son expresadas; las personas pueden escoger libremente el lugar, los medios y circunstancias para hacerlo”*⁵⁶ reflejando el fortalecimiento de este derecho, propio de la evolución de la sociedad actual.

⁵⁴ Tribunal Constitucional, Op. Cit., Considerando 14°.

⁵⁵ Tribunal Constitucional, Op. Cit., Considerando 17°.

⁵⁶ Tribunal Constitucional, Op. Cit., Considerando 18°.

A partir del considerando vigésimo primero, comienza el análisis en concreto del artículo 2331, que se configura como elemento o medio limitante del derecho a la honra y respecto del cual debe practicarse el examen de proporcionalidad y así determinar la idoneidad de este para constituir tal restricción. De este modo cabe indicar que la sentencia reitera la importancia de tener en cuenta que todas las facultades para fijar las condiciones de procedencia de la indemnización en este caso corresponden al legislador, pero que sin embargo, este al ejercerlas debe siempre hacerlo sobre la base del respeto a la esencia de los derechos, de conformidad al artículo 19 N° 26 de la Constitución y en armonía con su N° 2, procurando no establecer discriminaciones arbitrarias.

Dicho lo anterior y teniéndolo en vista para los considerandos siguientes, hace hincapié que a esa magistratura no compete evaluar el mérito de las decisiones legislativas, *“la restricción de derechos debe satisfacer un mínimo test de proporcionalidad, sobre todo cuando ello importa establecer un tratamiento diferenciado [...] es necesario en primer lugar, analizar que la restricción del derecho a la honra persiga un fin legítimo; en segundo lugar, determinar que la norma resulta adecuada e idónea para alcanzar dicho fin, y, por último, clarificar si la diferencia es razonable en relación con el valor del fin propuesto”*⁵⁷

El análisis del fin legítimo, se contiene en el considerando vigésimo séptimo en adelante y comienza con el ejercicio de desentrañar la finalidad o propósito del legislador para consignar una limitación en tal sentido y cuáles podrían ser las actuales justificaciones o motivos que lo harían aplicable al día de hoy. Al respecto, estiman los dictaminadores que podría intentarse explicar el artículo 2331, como una forma de impedir que se produzcan excesos en las evaluaciones que por el daño moral se practiquen, en el sentido que el daño moral es complejo de determinar y su apreciación patrimonial es difícil de apreciar. Sin embargo, señalan que de ser esta la motivación no se justifica un trato distinto para los actos injuriosos que provoquen daño moral respecto de cualquier otra acción, delito o injusto que produzca tal daño y respecto de los cuales dicha limitación no existe.

⁵⁷ Tribunal Constitucional, Op. Cit., Considerando 22°.

Luego, continuando con la determinación del fin legítimo y teniendo presente el contexto histórico de la norma, ésta puede explicarse dice el fallo, “*en consideración a que el derecho a la honra y al honor no se reconocían en la Constitución de 1833, y a que, por otra parte, el daño moral no se estableció expresamente en el Código Civil francés, el cual fue modelo del Código Civil Chileno*”⁵⁸. Ahora, también el fallo entiende que podría encontrarse el fundamento de la disposición en la protección de la libertad de expresión, ya que ésta última podrá verse potenciada o favorecida al restringirse la indemnización por los daños morales que se produzcan en su libre ejercicio.

Entendiendo que lo dicho en el párrafo anterior es el fin legítimo encontrado para comenzar el análisis, la sentencia continúa revisando la necesidad y proporcionalidad de la restricción. En efecto, en este ejercicio debe examinarse si existen medios alternativos menos gravosos o dañinos para proteger el ejercicio de la libertad de expresión y que cumplan con este objetivo de mejor manera. Al respecto, se concluye que sí existen otros medios, como por ejemplo “*el establecimiento de estándares probatorios o estándares de convicción judicial que impidan que la indemnización de meras imputaciones injuriosas termine minando la libertad de expresión*”⁵⁹.

Sin embargo y pese a que la necesidad del medio utilizado no es clara, se persiste en el análisis revisando la proporcionalidad del mismo, concluyendo el fallo que la norma, al ser aplicada, impediría toda reparación del daño moral, estableciendo una restricción absoluta a la indemnización por daño moral y constituyendo una distinción abiertamente arbitraria, resultando la norma desproporcionada.

b. Voto en contra.

Cabe mencionar que la Ministra señora Marisol Peña Torres y los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes votan en contra, estando por rechazar el requerimiento, fundados principalmente en que no

⁵⁸ Tribunal Constitucional, Op. Cit., Considerando 30°.

⁵⁹ Tribunal Constitucional, Op. Cit., Considerando 32°.

visualizan que el sentenciador de segunda instancia pudiera llegar a aplicar el artículo 2331 del Código Civil para resolver, no cumpliéndose con el requisito constitucional que establece que el precepto legal pueda resultar aplicable y decisivo en la resolución del asunto o gestión pendiente. Adicionalmente, cabe indicar que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes, mantuvo adicionalmente los argumentos del voto en contra sostenido en los fallos anteriores analizados sobre la materia, y que está por el rechazo del requerimiento, fundado en que el precepto impugnado no constituye una limitación al derecho a la honra.

1.5. Sentencia en Causa Rol N°1419- 2009, de 09 de Noviembre de 2010.

1.5.1. Resumen del asunto sometido a conocimiento del Tribunal.

Presenta requerimiento de inaplicabilidad del artículo 2331 del Código Civil, el abogado Carlos Molina Vallejo, por sí, en causa criminal pendiente en casación de fondo ante la Corte Suprema, quien inició una querrela en contra de Oscar Fuenzalida Calvo, María Cristina Moraga Lacaste, Angélica Rojas Santander y Juan Castro Avila, por los delitos de injurias graves y con publicidad, y calumnia.

Molina Vallejo funda su querrela en que el Sr. Fuenzalida pagó a los otros querrellados y empleados suyos, una gran suma de dinero con la finalidad de realizar declaraciones ante Notario, en las cuales se le calificaba como una persona vil y relacionada con hechos moralmente reprochables, para ser presentadas ante un tribunal de menores. Al respecto, la causa concluye con una pena remitida por el delito de injurias graves y con publicidad, siendo obligados además, solidariamente, al pago de una indemnización de 50 millones de pesos en su favor.

Frente a esto, el abogado de los condenados recurre de casación, a fin de dejar sin efecto la condena civil por daño moral, invocando el artículo 2331 del Código Civil.

El requirente funda su solicitud principalmente en los mismos argumentos que los contenidos en los fallos antes analizados, manifestando que ha sido víctima de injurias que han afectado gravemente su reputación, prestigio y nombre y que el artículo 2331, al ser aplicado, restringiría la reparación en sede civil y limita el ejercicio mismo del derecho a la honra y su tutela, contrariando lo establecido en el artículo 19 N° 26 de la Constitución y también lo dispuesto en el mismo artículo N° 2, infringiendo su derecho a la igualdad ante la ley, toda vez que cualquier persona que sufra daño moral por concepto de un delito o cuasidelito penal o civil, puede solicitar una indemnización, sin embargo esto no es permitido al que ha sido víctima del delito de injurias, todo ello, sin un fundamento razonable, transformándose en una discriminación arbitraria.

La defensa responde argumentando que el artículo 2331 no infringe lo dispuesto en el 19 N° 26 de la Carta Fundamental, puesto que no afecta la esencia del derecho a la honra, sino más bien sólo condiciona la indemnización del daño moral a una reparación que no consista en dinero.

1.5.2. Bienes jurídicos en conflicto.

El fallo, al igual que los anteriores declara que el efecto natural de la aplicación del precepto legal impugnado, es privar de la protección de la ley, a los atentados contra el derecho a la honra que no constituyan delitos específicos, enfrentando en este caso dos derechos fundamentales reconocidos por la constitución, el derecho a la honra y la libertad de expresión.

En su considerando décimo primero la sentencia reitera que a pesar de que es al legislador a quien corresponde cumplir el mandato constitucional de establecer la forma en que debe configurarse el contenido de tales derechos, no

es claro el sentido que actualmente debe dársele al precepto legal, especialmente si las imputaciones injuriosas han sido proferidas a través de algún medio de comunicación.

En este caso se hace presente que el derecho a la honra, protegido en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, implica como ámbito de resguardo, el respeto al mismo, es decir, *“la obligación de terceras personas, sean naturales o jurídicas, públicas o privadas, en orden a no interferir en el ámbito del valor y conducta protegido jurídicamente, el cual recibe la protección del Estado a través del conjunto de garantías que brinda a tales bienes jurídicos y a sus titulares para defenderlos y exigir que ellos sean respetados”* (considerando décimo cuarto, citando a Humberto Nogueira Alcalá: El Derecho a la Libertad de Opinión e Información y sus Límites, Honra y Vida Privada, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 202, pág. 132).

También el fallo hace hincapié en su considerando décimo sexto, en el reconocimiento contenido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, sobre la protección a este derecho y su consecuente resguardo por parte del estado, señalando que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*⁶⁰. De igual forma el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra la protección de la honra y la dignidad de la persona, estableciendo un resguardo al disponer que *“2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación; 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

⁶⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1419-2009, Considerando 16°.

a. Consideraciones del Sentenciador y aplicación del principio de proporcionalidad en el fallo.

El fallo destaca que el artículo impugnado constituye una excepción al principio de que existiendo daño procede la reparación y que puede justificar su existencia en razón del contexto histórico en el que surgió la norma y a que el derecho a la honra y el honor no se reconocían en la constitución de 1833, así como también porque el daño moral no se estableció expresamente en el Código Civil francés, el cual fue modelo del Código Civil chileno.

Esta sentencia, a diferencia del caso anterior no considera como fin legítimo de la limitación establecida por la norma, la protección de la libertad de expresión. Sin perjuicio de esto, continúa con el examen de proporcionalidad, analizando si la excepción contenida en la norma es razonable, esto es, si no vulnera la igualdad ante la ley asegurada en el número 2 del artículo 19 de la Constitución, que prohíbe expresamente a la ley y a la autoridad establecer diferencias arbitrarias, de lo que concluye que no existen diferencias esenciales entre el delito de injurias contra el honor o el crédito de una persona y los demás delitos y cuasidelitos contemplados en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil. Por lo anterior, en su considerando trigésimo primero, destaca que *“al impedirse siempre la indemnización del daño moral por determinadas afectaciones al derecho a la honra, ocasionadas por imputaciones injuriosas, se establece una distinción claramente arbitraria. Sobre esta materia, este Tribunal ha señalado: ‘En efecto, el legislador no es libre para regular el alcance de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y asegura a todas las personas. Por el contrario, y como lo dispone el artículo 19, N° 26°, de la misma, debe respetar la esencia del derecho de que se trata como también evitar la imposición de condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio’ ”*⁶¹

Llama la atención de este fallo, que resuelve la inaplicabilidad del artículo 2331 del Código Civil, porque su aplicación en este caso resultaría contrario a lo

⁶¹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1463-2009, Considerandos 34° y 35°.

dispuesto en el artículo 19 N° 2° de la Constitución, que establece la igualdad ante la ley, a diferencia de los fallos anteriores, que lo declaran inaplicable por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 19 N° 4 y 26 de la Carta Fundamental.

b. Prevenciones del fallo.

Cabe destacar que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, concurre a lo resuelto, teniendo presente que el artículo resulta inaplicable por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, en los términos y fundamentos de los autos rol 943-07, analizado con anterioridad en este trabajo.

Asimismo, la sentencia previene que el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney, concurre al acuerdo, sin embargo hace presente que debió tomarse en cuenta que, como el derecho a la honra no es un derecho absoluto, la protección del mismo está sujeta a ciertos límites que dicen relación particularmente con la libertad de expresión y que, aun cuando en el caso concreto no se encuentran involucrados medios de comunicación social, la protección al derecho a la honra debe ser ponderada con la libertad de expresión, derecho que podría considerarse como una causa de justificación en imputaciones por afectación del derecho al honor y la honra.

c. Voto en contra

En este fallo, al igual que en los anteriores, se mantuvo el voto en contra que está por el rechazo del requerimiento, fundado en que el precepto impugnado no constituye una limitación al derecho a la honra.

1.6. Sentencia Rol N° 2237-2012, de 02 de Abril de 2013.

Este fallo es importante de mencionar porque rechazó el requerimiento de inaplicabilidad del artículo 2331 del Código Civil, deducido por Edwin Dimter Bianchi, quien demandó a la Empresa Periodística La Nación S. A., la

indemnización de los perjuicios causados por la publicación en la edición impresa del 26 de Mayo de 2006, en que se contienen imputaciones injuriosas y calumniosas en su contra, lesionando su dignidad y honra propia como de su familia, señalando que los infundios propagados en su contra y por escrito con publicidad por el Diario La Nación –al imputarlo como torturador- constituyen graves injurias y calumnias en su perjuicio, constitutivas de delito civil.

En el fallo, el Tribunal Constitucional declara que el requirente fundó su demanda de indemnización de perjuicios en el artículo 40 de la Ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, y no en la disposición impugnada (2331 Código Civil), y en caso de que esta norma sea aplicable a la gestión pendiente, ella no tiene la virtud de producir un resultado inconstitucional, atendida la amplia facultad que el artículo 40° de la Ley N° 19.733 otorga al juzgador. Es decir, el Tribunal Constitucional rechaza el requerimiento por el nulo impacto que la aplicación del 2331 pudiera tener en la gestión pendiente. Además, el mismo tribunal ha señalado que no existe controversia cuando las imputaciones injuriosas se hubieren proferido a través de un medio de comunicación, dando origen a los delitos de injuria o calumnia, pues en tal caso prima la norma especial y posterior del artículo 40, que brinda una protección reforzada a quienes pudieran resultar víctimas de los delitos antes citados y cometidos en un medio de comunicación, asegurando la indemnización del daño moral.

2. Ejercicio de la Facultad contenida en el N° 7 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, por parte del Tribunal Constitucional.

Dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional, se encuentra aquella establecida en el artículo 93, N° 7 de la Carta Fundamental, que consiste en *“Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”*, que establece la facultad de resolver la

inaplicabilidad de un precepto legal, cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

Es en el ejercicio de esta facultad que mediante resolución de 06 de Mayo de 2010, de oficio abrió proceso para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, sobre la base de las sentencias Rol N° 943 y 1185, que previamente lo habían declarado inaplicable para el caso en particular.

El Tribunal, luego de llevar a cabo el procedimiento establecido para aquello, oficiando a las autoridades e intervinientes que quisieran participar en el debate y ser oídos, pone en votación la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, no alcanzándose el quórum de los cuatro quintos de los miembros en ejercicio del Tribunal exigido.

A continuación revisaremos los argumentos que se tuvieron en consideración por los miembros del tribunal para votar en contra de la declaración de inaplicabilidad, ya que quienes votaron a favor de dicha declaración -Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza e Iván Aróstica Maldonado- lo hicieron en base a las mismas consideraciones que fundaron las sentencias de inaplicabilidad roles N° 943 y 1185, que ya fueron analizados con anterioridad en este trabajo.

2.1. Voto en contra.

Se pronunciaron en contra de declarar la inconstitucionalidad de todo el precepto legal los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán, haciendo hincapié en primer término en la importancia de este procedimiento y en el cuidado que debe tenerse al respecto, particularmente por el efecto excepcional que genera de expulsar del ordenamiento jurídico un determinado precepto legal.

A continuación se refieren a su labor como contralor de constitucionalidad de la ley, en virtud de la cual es necesario que los sentenciadores intenten buscar al menos un sentido o fin al precepto legal, que permita armonizarlos con la Carta Fundamental y en caso de no ser posible, sumado a la necesidad de resguardar ciertos principios que inspiran nuestra legislación, podrá examinarse si el precepto impugnado –en este caso el 2331 del Código Civil- es contrario a la Constitución bajo todo supuesto. Esta última circunstancia nos parece importante de destacar, toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal requiere de un examen del mismo en abstracto, es decir, dejando de lado todas las consideraciones que se hayan tenido en vista para cada caso en particular y examinando si se puede afirmar su inconstitucionalidad a todo evento, en este caso, si la improcedencia de la indemnización por daño moral vulnera el derecho a la honra bajo todo respecto.

En el marco de este análisis en abstracto, hacen presente que las imputaciones injuriosas, en muchos casos son cometidos a través de los medios de comunicación social, situación que se encuentra regulada expresamente en la Ley 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, que en su artículo 40 confiere al afectado el derecho a ser indemnizado tanto por daño patrimonial como moral.

Estiman estos señores Ministros que aun cuando la imputación injuriosa no quede dentro del marco de la ley antes referida, el carácter excepcional del 2331 del Código Civil no puede excluir la aplicación del régimen general de responsabilidad que se establece en los artículos 2314 y 2329, conforme a los cuales procede la indemnización por daño moral. En este punto, si bien los sentenciadores señalan que estas normas no tienen carácter restrictivo, no es menos cierto que el precepto legal es claro al decir que las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona, no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, estableciendo expresamente la salvedad en el caso de probarse daño emergente o lucro cesante, que constituyen perjuicios

patrimoniales, impidiendo en forma absoluta y perentoria la indemnización del daño moral.

Finalmente señalan que el mismo precepto excluye la indemnización en caso de probarse la imputación, estimándolo concordante con el debido resguardo de la libertad de expresión y su legítimo ejercicio, por lo tanto estiman necesario que el Tribunal Continúe pronunciándose caso a caso sobre la inaplicabilidad del precepto.

Adicionalmente a este voto en contra sustentado en los argumentos ya expuestos, es necesario mencionar que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes, fundó su decisión de rechazar el requerimiento por las mismas razones que lo motivaron en todos los casos en que la inaplicabilidad fue sometida a su decisión, es decir, por considerar que el artículo en cuestión no es contrario a la Constitución y no configura una limitación al derecho a la honra, según se indicó en el análisis realizado en los fallos anteriores.

Los Ministros señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera - Gallo Quesney, también concurrieron al voto por el rechazo de la declaración de inconstitucionalidad, pero fundándose en argumentos diversos relacionados con el contenido del artículo, que al parecer de estos sentenciadores contiene dos normas legales que deben estudiarse separadamente, por lo tanto, corresponde limitar la declaración de inconstitucionalidad a la primera parte del artículo, ya que de producirse respecto de la totalidad del precepto se vulneraría la denominada *exceptio veritatis*, que al igual que en el caso anterior, se considera formar parte esencial del estatuto jurídico de la libertad de expresión y no contraviene ningún precepto constitucional. En este sentido nos parece importante destacar que estos previnientes señalan que esta norma resguarda el interés público que siempre se encuentra envuelto en el ejercicio de la libertad de expresión y el ejercicio responsable del periodismo, que siempre debe tener a la vista la veracidad de la información entregada.

Sin embargo, estiman que la primera parte del artículo 2331 sí contraviene la Constitución Política, especialmente en lo dispuesto en el artículo 19 N° 4, que asegura a todas las personas el derecho a la honra.

2.2. Voto de la indicación del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Cabe mencionar en este punto, la propuesta realizada por el Ministro señor Raúl Bertelsen, quien propuso declarar la inconstitucionalidad del adverbio “no” y de la frase *“a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero”*, quedando una nueva redacción del precepto como sigue: *“Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona dan derecho a demandar una indemnización pecuniaria; pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”*

Los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney, votaron a favor de la propuesta, sin embargo, no fue acogida en tanto los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes e Iván Aróstica Maldonado, votaron en contra en razón de argumentos fundados principalmente en la incompetencia del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucional de la manera que se propone.

En tal sentido, indican que la inconstitucionalidad de una norma legal, de conformidad a la normativa constitucional vigente, debe ser declarada respecto de la totalidad del precepto, en caso contrario, como el que se propone, la Magistratura no se encuentra constitucionalmente facultada para declarar la inconstitucionalidad parcial.

Lo anterior se reafirma a través de lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley Orgánica Constitucional de este órgano contralor, que indica que *“la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*, estableciéndose la vinculación entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad.

Los señores Ministros finalizan su argumentación indicando que la disposición del 2331 del Código Civil, corresponde a un todo indivisible, no pudiendo el Tribunal dividirlo en términos tales que se establezca una nueva redacción normativa, consecuencia esto, de la competencia del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 inciso primero del N° 7 de la Carta Fundamental.

En cuanto al voto a favor, los Ministros señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney, fundan sus argumentos en que si bien, el fundamento de la inconstitucionalidad de una norma está dado por las inaplicabilidades previas y no puede el tribunal resolver más allá de esa declaración de inaplicabilidad, no es menos cierto que esto no impide que el tribunal pueda declarar la inconstitucionalidad parcial de un precepto.

Manifiestan que así ha sucedido en ocasiones como por ejemplo, respecto de la voz *“gratuitamente”* del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que se refiere a la designación del turno de los abogados, que fue derogada mediante sentencia Rol N° 1254.

Señalan que al votarse favorablemente la indicación del Ministro señor Bertelsen se habría evitado *“que la prohibición de indemnizar el daño moral en la hipótesis de expresiones injuriosas contra una persona, privara al juez de la*

posibilidad de ponderar los diferentes derechos en juego sin lesionar en su esencia el derecho a la honra, manteniendo al mismo tiempo la excepción de verdad para resguardar la libertad de expresión”.

Además, entre otros varios argumentos, señalan que la excepción de verdad contenida en el artículo 2331, al eximir de responsabilidad a quien se haya preocupado de la verosimilitud de sus dichos; constituye un mecanismo adecuado para asegurar el ejercicio de la libertad de expresión.

En resumen, sus argumentos se pueden resumir en que declarar la inconstitucionalidad de la excepción de verdad, produciría efectos adversos para el ejercicio de la libertad de expresión, afectando directamente la calidad de la democracia.

Adicionalmente, el Ministro señor Carlos Carmona Santander, sostiene más argumentos para acoger el requerimiento parcial, de los cuales destacaremos que indica que no existe un derecho constitucional al daño moral y que por tanto el legislador puede regular los supuestos de la responsabilidad civil, no habiendo impedimento entonces para que el artículo cambie en cuanto a su contenido y redacción.

3. Caso particular de la Sentencia Rol N° 2246-2012; 2351-2012 y 2351-2012, sobre inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

3.1. Sentencia Rol N° 2246-2012.

En este asunto sometido a conocimiento del Tribunal Constitucional, recurren el Sr. Claudio Alvarado Andrade, Subsecretario General de la Presidencia, y Cristian Larroulet Vignau, Ministro Secretario General de la

Presidencia, por si, deduciendo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo único de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. El precepto legal dispone que: *“En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.*

Asimismo es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

La gestión pendiente es un reclamo de ilegalidad de que conoce la Corte de Apelaciones, caratulada “Subsecretaría General de la Presidencia con Consejo para la Transparencia”. La causa se inicia porque el 21 de Julio de 2011, el Sr. Juan José Soto solicitó a la Subsecretaría General de la Presidencia copia de los correos electrónicos contenidos en la cuenta de correo institucional del Ministro Secretario General de la Presidencia, entre los días 18 y 21 del mismo mes y año, en cuanto se tratare de correos enviados a o recibidos de otros funcionarios públicos y que aludieran al desempeño de la función pública del Ministro, excluyendo correos atinentes a su vida privada.

La información solicitada fue denegada, respaldándose el Ministerio en que la entrega de la información requerida afecta el debido cumplimiento de las funciones del órgano, afectando además los derechos de las personas, en relación con las garantías contenidas en los números 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución Política, que aseguran la protección a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas respectivamente.

Ante el rechazo de la solicitud, el particular deduce amparo de su derecho de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia, indicando que el objeto de su solicitud era conocer antecedentes sobre el proyecto de ley que perfecciona el Sistema de Alta Dirección Pública. La defensa del Ministro se fundó en la gran cantidad de correos recibidos en tal fecha y que ninguno de ellos se refería al proyecto de ley y una vez requerido este por el Consejo, sobre la cantidad de correos existentes y si concurrían medidas de reserva, el subsecretario indicó que no tenía atribuciones para entregar tal información. Como consecuencia de lo anterior se acoge el amparo deducido, requiriendo a la autoridad para que, dentro del plazo de 15 días hábiles haga entrega al requirente copia de los correos que, entre los días 18 y 21 de julio de 2011, el Ministro Cristian Larroulet envió desde su cuenta de correo institucional hacia cuentas de otros funcionarios públicos, así como todos aquellos correos que durante el mismo periodo recibió en su cuenta de correo institucional desde cuentas de otros funcionarios públicos, que traten de materias propias del desempeño de las funciones públicas del Ministro, excluyendo los correos que expongan antecedentes sobre la vida privada, o que no tengan relación con el desempeño de sus funciones públicas.

3.1.1. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.

En cuanto al conflicto de constitucionalidad, los requirentes argumentan que con la aplicación de la norma impugnada se infringe el artículo 8 inciso segundo de la Constitución Política, que dispone *“son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de éstos cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional”*, en el sentido que no se establece aquí un derecho absoluto de acceso a cualquier tipo de información , sino que todo lo contrario, este derecho se encuentra limitado cuando la publicidad afecte el

derecho de las personas, la seguridad o interés nacional y el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del estado.

Los requirentes afirman que no toda información que obre en poder del Estado es pública, sino sólo aquella que adquiere la forma de acto o resolución, así como sus fundamentos y procedimientos. Sin embargo, los correos electrónicos solicitados no poseen el carácter de actos o resoluciones, entendidos como actos administrativos que, de acuerdo a la Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos son las *“decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”*. Afirman que, tampoco pueden considerarse como fundamentos o documentos que sirvan de sustento o complemento directo o esencial a un acto o resolución administrativa, ya que -para ser directos- estos deben vincularse necesariamente al acto administrativo en que concurren y siempre que dicho acto se haya dictado sobre la base de esos documentos de forma precisa e inequívoca, y para sustento o complemento esencial los documentos en que se funde el acto administrativo deben ser inseparables del mismo, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Transparencia.

Argumentan también que la decisión del Consejo para la Transparencia vulnera el privilegio deliberativo de que goza la autoridad, consagrado en el artículo 8° de la Constitución, así como en el artículo 21 N° 1, letra c) de la Ley de Transparencia, en el sentido de constituirse una excepción al acceso a la información, con la finalidad de proteger la divulgación de información prematura sobre discusiones y políticas determinadas, que no constituyen fundamento de la decisión final.

Indican igualmente, que la aplicación del precepto impugnado vulnera los artículos 6° y 7° de la Constitución en el sentido que el Consejo para la Transparencia, fue creado por la Ley N° 20.285 como una corporación autónoma de derecho público, con facultades fiscalizadoras y sancionadoras, pero que no goza de atribución para levantar el secreto y la inviolabilidad de las

comunicaciones privadas, garantizadas por la Constitución. Recordemos que el artículo 6° establece el principio de jerarquía constitucional, indicando que *“los órganos del estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”*. Por su parte el artículo 7° consigna el principio de juridicidad y la nulidad de derecho público en caso de su contravención, estableciendo que *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Luego, y continuando con su argumentación, los requirentes reclaman que se vulnera también el artículo 19 N° 4° y 5° de la Constitución Política, que garantizan respectivamente el respeto y protección a la vida privada y a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, entendiendo que los correos electrónicos están comprendidos dentro del concepto de “comunicación privada” aun tratándose de correos entre funcionarios públicos, en contradicción a lo que señala el Consejo, para quienes el artículo 19 N° 5°, no sería aplicable, cuestión que ya ha sido objeto de pronunciamiento tanto por parte de la Contraloría General de la República como de la Dirección del Trabajo, quienes han confirmado la protección de la correspondencia electrónica en el ámbito laboral.

Los actores afirman que la protección del contenido de los correos electrónicos alcanza tanto a los asuntos de naturaleza privada como a las materias propias de competencia de un funcionario público, indicando que el utilizar esa vía de comunicación no transforma cualquier comunicación en pública. Además argumentan, que la Ley de Transparencia no es un medio adecuado y

establecido por la constitución para levantar la inviolabilidad de la comunicación privada protegida constitucionalmente, toda vez que entre otros argumentos, no reúne las características de especificidad y determinación exigidos por la carta fundamental para interceptar las comunicaciones, más aún cuando el legislador ha establecido acuciosos procedimientos para apertura y registro de comunicaciones, ha procurado que un órgano jurisdiccional vele por la protección de la garantía de los afectados, lo que no ocurre en el actuar del Consejo para la Transparencia y con el procedimiento de acceso a la información regulado en la ley.

Continuando con su argumentación, los requirentes señalan que también se infringe el artículo 19 N° 3, de la Constitución, que establece la garantía del debido proceso, al no contemplar la Ley de Transparencia un procedimiento racional y justo que permita restringir las garantías constitucionales de la privacidad y de inviolabilidad de las comunicaciones. Asimismo, infringiría el N° 2 del mismo artículo 19, que consagra la igualdad ante la ley, y que en este caso el Consejo para la Transparencia realiza una discriminación arbitraria al privar a las autoridades y funcionarios públicos del derecho a la privacidad, a la inviolabilidad de su correspondencia y al debido proceso por el uso de casillas institucionales de correo electrónico, presumiendo la publicidad de sus comunicaciones.

Finalmente, señalan que se infringe el artículo 19 N° 26 de la Constitución, conculcando en su esencia todas las garantías antes expuestas, al punto de hacerlas irrealizables.

Por su parte, la defensa del solicitante, realiza observaciones a los argumentos anteriores, indicando que el requerimiento de inaplicabilidad no es tal, ya que con este se pretende que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre lo mismo que debe resolver la Corte de Apelaciones de Santiago, a saber, que los correos electrónicos no son actos administrativos y que son comunicaciones privadas. Asimismo, recuerdan que la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 7932, por sentencia 09 de Mayo de 2011, declaró que son públicos los correos institucionales de los funcionarios públicos, distinguiendo entre correos de orden laboral públicos y privados.

3.1.2. Consideraciones del Sentenciador.

En este punto cabe indicar que el Tribunal Constitucional, antes de referirse al asunto de fondo cual es la cuestión de inaplicabilidad, en sus considerandos cuarto a decimoquinto, se hace cargo de zanjar el problema de la decisión del Consejo para la Transparencia, indicando que no se examinará si este actuó dentro de sus facultades o si concurre o no alguna causal de secreto, argumentando que esto, más las razones que justifiquen el acceso a los correos, son materia de examen de legalidad y vicios de esta.

Asimismo, se refiere al precedente de Causa Rol N° 2153/2012, haciendo presente que no existen fundamentos para que esa magistratura resuelva de manera distinta a lo determinado en esa oportunidad, adelantando que *“hay razones adicionales para ratificar y perseverar en lo resuelto en aquella oportunidad”*, en que se declaró inaplicable el precepto impugnado.

En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional declaró inaplicable el inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, a solicitud del Subsecretario del Interior de aquel entonces Rodrigo Ubilla Mackenney, en respuesta a la decisión del Consejo para la Transparencia, que ordenó entregar el contenido de los correos electrónicos institucionales entre el Subsecretario y el Gobernador Provincial de Melipilla, en razón de una solicitud de acceso a la información del Alcalde de la misma localidad, sobre los gastos en que incurrió la gobernación provincial de Melipilla, por el terremoto del 27 de Febrero de 2010 y las devoluciones del presupuesto que no pudieron ejecutarse, incluyendo otras informaciones anexas. El subsecretario se negó a entregar la información contenida en los correos electrónicos, sosteniendo que estos no son información pública, sino por el contrario, corresponden a información reservada que se encuentra protegida por el artículo 19 N° 4 y 5 de la Constitución Política de la República. El razonamiento y las consideraciones del Tribunal Constitucional en este caso, para acoger el requerimiento fueron similares a las que veremos a continuación.

Volviendo al fallo en comento, cabe destacar que el sentenciador en sus considerandos décimo sexto a cuadragésimo segundo establece factores interpretativos que guiarán su decisión, a saber: **a.** Que los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales; **b.** Que el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto; **c.** Que la Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico y, finalmente que **d.** Los correos que se piden son del Ministro de estado encargado de llevar a delante la agenda legislativa del gobierno. Nos parece importante señalar brevemente en qué consiste cada uno de estos criterios o pautas para dictar un pronunciamiento, toda vez que en base a estas consideraciones se aprecia más claramente la decisión de declarar la inaplicabilidad del precepto.

a. Los funcionarios tienen derechos constitucionales: Esto que parece tan natural en tiempos de democracia, se somete a discusión en sede constitucional, sin embargo, si bien el régimen legal aplicable a los funcionarios debe hacer primar el interés general por sobre el particular, no suspende los derechos que la Constitución garantiza a toda persona, así lo ha reconocido el mismo Tribunal Constitucional en causas rol 1990/2012 y 640/2005. Además cabe indicar que aunque los Ministros de Estado no son funcionarios públicos propiamente tales, cumplen obligaciones como si tuvieran tal calidad.

b. El mandato de publicidad no es absoluto y es sólo respecto de ciertos asuntos: El artículo 8° de la Constitución Política no consagra un derecho de acceso a la información y por consiguiente, este no recae sobre todo lo que hacen o tienen los órganos de Estado, sino sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Además señalan que *“el carácter secreto o reservado de un acto puede generar un espacio para cautelar otros bienes jurídicos que la Constitución estima tan relevantes como la publicidad [...] los derechos de las personas, la seguridad de la Nación, el interés nacional, o el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, están a este nivel. Por lo mismo deben ser respetados y considerados”*.

c. La Constitución debe interpretarse a la luz del proceso tecnológico: En el sentido que deben incorporarse nuevas tecnologías a las normas constitucionales y tener en cuenta que la Constitución no sólo considera las garantías de libertad de prensa, de reunión e inviolabilidad de las comunicaciones tradicionales, sino también en sus formas electrónicas.

d. Los Ministros de Estado y sus funciones: El Tribunal Constitucional hace hincapié primero, en la circunstancia que el Ministro cuyos correos se solicitan es aquel precisamente encargado de la agenda legislativa del gobierno, y segundo, en el principio de coordinación que debe existir en la organización de los órganos de la administración del Estado, con la finalidad de que actúen con unidad y coherencia en el cumplimiento de sus fines y que opera tanto al interior de cada órgano como a nivel nacional y local. Este Ministerio en particular, tiene dos funciones importantes, por un lado coordina dentro del gobierno en los asuntos programáticos de la gestión del Ejecutivo y por otro, es el encargado de asesorar directamente al Presidente de la República, dentro de estas tareas participa en la agenda legislativa del Gobierno, revisando y estudiando los anteproyectos de ley; llevando un archivo del estado de avance de las iniciativas legales; elabora los decretos promulgatorios de las leyes y es el enlace con el Tribunal Constitucional en lo relativo a los proyectos de ley, entre otras funciones relacionadas, de manera que al entregarse cualquier información no oficial se estaría *“injeriendo dentro de una de las funciones más típicas del Presidente de la República, pero también de las más sensibles”*.

Hechas estas prevenciones, el Tribunal analiza el fondo del requerimiento señalando en su considerando cuadragésimo cuarto, que el correo electrónico es una forma de comunicación, digitalizada y que se transmite por un canal cerrado, no pudiendo acceder terceros a él.

La sentencia se ocupa de analizar el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política que asegura a todas las personas, *“la inviolabilidad del hogar y de toda*

forma de comunicación privada”, resaltando el Tribunal que al hablar de “toda forma” se refiere a no dejar fuera o de lado, ningún formato, intentando cubrir toda comunicación intelectual o espiritual entre dos individuos, por lo mismo se refiere a “comunicación” y no a “correspondencia”, ampliando el ámbito de protección y evitando que la evolución de la tecnología y los procesos dejara obsoleto el derecho y su consecuente protección.

Ahora, la inviolabilidad, implica proteger dos bienes jurídicos a la vez, por un lado la libertad de las comunicaciones y por la otra el secreto de las mismas, así, queda en resguardo todo tipo de mensaje, que se halla o esté desarrollándose por cualquier canal cerrado. La inviolabilidad, además impide interceptar o abrir documentos privados, por lo tanto, toda aquella comunicación que no requiere interceptarse o abrirse porque es pública, a contrario sensu no es privada. Esta inviolabilidad sólo podrá romperse en los casos y formas que determine la ley y siempre que sea indispensable para una finalidad de relevancia mayor, porque no hay otra alternativa disponible y lícita.

Cabe indicar lo que dispone el considerando quincuagésimo sobre el contenido de la comunicación que es protegido por la Carta Fundamental, afirmando que *“El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no a la vida privada. Este derecho no se confiere en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite”* (citando a Martín Morales, Ricardo: El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones; Editorial Civitas; Madrid, 1995, p.33)

3.1.3. Vulneración del precepto constitucional por la norma cuya inaplicabilidad de solicita.

El artículo 19 N° 5, se vulnera a juicio del Tribunal Constitucional por varias razones que veremos a continuación: La primera -y más importante a nuestro juicio- es que los correos electrónicos constituyen “comunicaciones y documentos privados”, según el lenguaje que utiliza nuestra carta fundamental, toda vez que se realiza a través de canales cerrados respecto de los cuales existe la expectativa razonable de que no será conocida por terceros distintos al emisor y el receptor, con independencia del contenido del mensaje, si es público o privado, quedará bajo la esfera de esa protección. Cabe recordar el dictamen de la Contraloría General de la República N° 74.351-2011, que establece que no resulta procedente calificar la utilización de computadores institucionales como un uso indebido de bienes públicos, dado que en el acceso a casillas de correo electrónico privadas, desde un terminal o equipo computacional institucional, no se encuentra prohibido. Asimismo ha establecido en dictamen N° 38.224-2009, que pueden establecerse casillas institucionales para comunicaciones personales o privadas, a menos que expresamente la autoridad lo prohíba.

Se vulnera también el precepto constitucional, en el sentido que debe existir un procedimiento establecido por ley para levantar la inviolabilidad de las comunicaciones, que no es el contenido en la Ley N° 20.285, como lo sostiene el Consejo para la Transparencia, quien es un órgano público, que debe someter su acción a la ley, con potestades expresas, lo que contrasta con los “casos y formas determinadas” que exige la Constitución. El considerando sexagésimo cuarto hace hincapié en este sentido diciendo que *“no tendría sentido que nuestro legislador se hubiera preocupado de establecer estrictas condiciones para acceder a comunicaciones y documentos privados cuando investiga un delito o una conducta monopólica, que contempla incluso la autorización judicial, si cualquier ciudadano, sin invocar interés alguno, pudiera acceder a esos mismos antecedentes si estuvieran en manos de un funcionario, por la vía de la Ley N° 20.285. Si permitiéramos el uso de esta ley para tal efecto, estaríamos perforando un sistema que da garantías a todos en su funcionamiento”*

Finalmente, el Consejo para la Transparencia afirma que el Artículo 19 N° 5 debe subordinarse al artículo 8° de la Constitución, por el hecho de encontrarse ubicado en el Capítulo I, Bases de la Institucionalidad, interpretación que es errónea, toda vez que dentro de las disposiciones de la Carta Fundamental no existe jerarquización, entendiéndose que todos los Capítulos deben interpretarse de manera armónica, pero no subordinándose unos a otros.

3.1.4. El artículo 1° de la Ley N° 20.285 excede lo previsto en la Constitución.

El artículo 8° inciso segundo de la Constitución dispone que *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quorum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”*. Por su parte el artículo 1° de la Ley N° 20.285, incorpora dos nuevas categorías, extendiendo la publicidad de la información más allá de la Constitución: a) la información elaborada con presupuesto público y b) toda otra información que obre en poder del Estado. Es del todo claro, e incluso reconocido por el Consejo para la Transparencia, que el precepto legal va más allá del marco constitucional, sin embargo, el fallo a partir de su considerando septuagésimo tercero realiza un análisis sobre si esta circunstancia es legítima o no.

En la discusión, el Consejo para la Transparencia señala que el legislador excede la Constitución porque lo que busca con el acceso a los correos electrónicos es asegurar la probidad administrativa. Sin embargo el Tribunal Constitucional difiere de esta interpretación recordando que probidad y publicidad, aunque se encuentran regulados en el mismo artículo, están tratados en incisos separados, además señalan en el considerando septuagésimo quinto que *“Mientras la probidad exige siempre la ‘preeminencia del interés general sobre el particular’, (artículo 52, inciso segundo, Ley Orgánica Constitucional de Bases*

Generales de la Administración del Estado) la publicidad tiene un énfasis distinto, pues se sacrifica cuando hay derechos de particulares involucrados [...] mientras la Constitución establece que la probidad no deja espacios francos o libres, al señalar que rige para los órganos del Estado en forma ‘estricta’ y en ‘todas sus actuaciones’, la publicidad sí admite excepciones por la vía de las causales de reserva o secreto”. A mayor abundamiento señalan que el tema de los correos electrónicos es netamente un tema de publicidad y no de probidad, en caso contrario el Consejo para la Transparencia no tendría atribuciones para conocer de esta solicitud de acceso a la información.

Que, al entrar al fondo del cuestionamiento el Tribunal Constitucional recuerda que la Ley N° 20.285 introduce el concepto de “información” que no es utilizado por la Constitución. Así, mientras en esta última se habla de “actos y resoluciones”, el artículo impugnado se refiere a la información elaborada con presupuesto público o que obre en poder de los órganos de la Administración; en el primer caso exige que se cumplan tres requisitos para su publicidad: 1) que se trate de información; 2) que haya sido elaborada por la administración y 3) que esa elaboración sea financiada con presupuesto de la nación; y en el segundo caso tiene que ser elaborada por cualquier otro organismo que no sea de la administración, pero que se encuentre en sus manos o a su disposición.

Teniendo todos los requisitos anteriores, resulta que prácticamente toda la información sería pública porque la administración o la produce o bien la tiene en su poder; y lo sería independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la administración.

Cabe indicar que si el artículo 8° hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”; sino más bien utilizó estas palabras para enumerar y limitar aquello que es público. En el caso de autos, los correos electrónicos no forman parte de lo que se

entiende como acto o resolución, así como tampoco se encuentran dentro de la expresión “fundamentos” según lo expuesto en párrafos anteriores.

El Tribunal Constitucional sostiene que los anteproyectos de ley - información que se solicita por el particular- no constituyen un acto administrativo, estos no tienen un procedimiento reglado o un expediente en que se anexasen documentos, informes u observaciones; y si respecto de ellos no es aplicable el artículo 8° de la Constitución Política de la República, tampoco corresponde lo sea a sus anexos, como son los correos vinculados a ellos. Además ese alto tribunal pone énfasis en que los anteproyectos de ley son un borrador de una iniciativa de ley, cuyo contenido podrá variar e incluso podrá no tomar nunca forma de anteproyecto. Finalmente señala que *“Todo lo que tenga que ver con la publicidad, vía derecho de acceso durante la etapa de ponderación de los proyectos de ley o fase pre legislativa afecta negativamente el ejercicio de la potestad legislativa del Presidente de la República”* y acoge por tanto el requerimiento.

3.1.5. Prevención y voto en contra.

Cabe hacer presente que el Ministro Sr. Francisco Fernández Fredes, sólo concurre a lo resuelto por la argumentación que sostiene que el precepto impugnado excede lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución Política de la República y no comparte los considerandos cuadragésimo tercero a sexagésimo noveno de la sentencia.

Por su parte, los Ministros Sres. Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza rechazan el requerimiento, fundándose en que el conflicto constitucional está mal planteado y en una aplicación diversa del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Se refieren a este último señalando que los bienes jurídicos protegidos son la libertad y el secreto; además sostienen que en la Constitución toda comunicación se garantiza, pero no toda comunicación posee la misma inviolabilidad. Señalan que el correo electrónico es una forma de

comunicación vulnerable y respecto del cual es difícil asegurar la inviolabilidad, toda vez que quien posea los privilegios del administrador de un computador puede efectuar diversas acciones por las cuales puede tomar conocimiento de los mensajes.

Argumentan también que la inviolabilidad de las comunicaciones tiene límites establecidos constitucionalmente y que no necesariamente existe un vínculo entre una vulneración a la inviolabilidad y una violación a la vida privada. Señalan que, al protegerse el proceso comunicacional, esta sentencia extiende en demasía el ámbito de protección hacia fuera del proceso de comunicación y mientras esta se realiza, abarcando el resultado de un proceso ya terminado de comunicación. Agregan que no existe incompatibilidad entre el 19 N° 5 y la Ley N° 20.285 y que el privilegio deliberativo de que gozan las autoridades, consagrado en el artículo 21 N° 1 de la Ley N° 20.285, cumple un papel instrumental en la libre determinación de los actos de gobierno; pero se trata de una dimensión transitoria, ya que una vez transcurrido el período en el que se adopta la decisión, nuevamente pesa sobre la administración el deber de publicidad. En esta difusión pública posterior radica el fundamento de la legitimidad del privilegio deliberativo.

Ahora, en el caso concreto, estos disidentes entienden que la garantía de la inviolabilidad de la comunicación se respetó porque tal comunicación se realizó con plena libertad y en tanto duró el proceso, no fue interceptada o registrada por algún ciudadano. Incluso recuerdan que el mismo Tribunal Constitucional ve confrontadas sus decisiones, ya que en dos oportunidades ha resuelto cosas distintas, protegiendo el continente y contenido de la comunicación, siendo partidarios estos previnientes de la postura que lo relevante para decidir acerca de la publicidad o reserva de la información de que se trate es su contenido, es decir, el tipo y naturaleza de los datos que ella comprende y no el medio material que le sirve de soporte o formato.

3.2. Sentencia Rol N° 2351-2012.

A continuación haremos mención a este fallo, para señalarlo como ejemplo de la inadmisibilidad. En éste caso se solicitó al igual que en el anterior, la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que dice “y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”, en razón de un recurso de reclamación en contra del Consejo para la Transparencia, deducido en el marco de una solicitud de acceso a la información, en la cual se solicitó copia de correos y oficios recibidos y enviados por la Subsecretaría, el Ministro, el Coordinador General de Transportes y el equipo responsable del proceso de modificación de contratos de Transantiago que asigna nuevos recorridos. En este caso, la Subsecretaría de Transportes denegó el acceso a los correos electrónicos solicitados, invocando la garantía del artículo 19 N° 5, de la Constitución Política, que establece la inviolabilidad de las comunicaciones. Asimismo, la parte requirente, contestando la solicitud de acceso a la información, señaló que los correos electrónicos constituían antecedentes que servirán de base para evaluación y adopción de medidas por parte de la autoridad para velar por la continuidad de los servicios de transporte público de pasajeros de la ciudad de Santiago, reconociendo que se trata de elementos y antecedentes fundantes de decisiones de órganos de la Administración del Estado.

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el requerimiento, por no encontrarse debidamente fundado y por concurrir la causal de inadmisibilidad establecida en el numeral 6° del Artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional N° 17.997, que dispone que procederá a declararse la inadmisibilidad cuando el requerimiento no tenga fundamento plausible.

CONCLUSIONES

Al finalizar el presente trabajo, podemos establecer las siguientes conclusiones:

1. Los derechos fundamentales emanan de la naturaleza humana y por consiguiente son inherentes al hombre, sin embargo, se trata de mandatos de optimización que deben ser realizados y respetados tanto a nivel horizontal como vertical, en su máxima medida posible. Lo anterior significa que en ocasiones los derechos deben ceder unos en beneficio de otros cuya realización para el caso concreto sea necesaria para proteger un bien jurídico superior.

2. De lo anterior desprendemos que los derechos fundamentales si pueden ser limitados, pero esas las limitaciones que se impongan, sea por el legislador o por el constituyente, deben ser tales que no afecten al derecho en su esencia, es decir, restringirlo, pero no privarlo de aquello que le es consustancial y cuya intervención lo altere de manera de dejarlo irreconocible. Para determinar si un derecho ha sido limitado en su esencia o desnaturalizado, el juez deberá realizar un ejercicio que implicará definir dos cosas, en primer lugar establecer su ámbito de aplicación, fijando la esfera de su contenido y luego identificar cual es el acto que lo restringe y de qué forma interviene en el derecho.

3. Cuando se enfrentan dos derechos fundamentales, el sentenciador podrá utilizar distintos criterios para resolver el conflicto, como la jerarquización, la razonabilidad o la ponderación. El primero consiste en darle una primacía a un derecho por sobre otro en razón a un orden determinado, criterio que no es aceptado de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo es necesario mencionarlo. El segundo, la razonabilidad utilizada en sus primeros fallos por el Tribunal Constitucional chileno, constituye un ejercicio por el cual el sentenciador justifica su decisión mediante la aplicación de criterios no rígidos ni estructurados, sino estableciendo un equilibrio entre las consideraciones en análisis fundándose en una razón jurídica legítima y no

arbitraria, caprichosa o carente de motivación. El criterio de ponderación se refiere a establecer un balance pero no basado en lo que es aparentemente razonable, sino más bien logrando un equilibrio que permita lograr la siguiente premisa: como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro.

Para lo anterior es necesario que se den varios presupuestos, a saber, que se trate del cumplimiento de un fin legítimo; que el medio utilizado para el logro del fin sea adecuado o idóneo; que la intervención en el derecho sea mínima, es decir la menos dañina posible y finalmente que la medida adoptada sea capaz de demostrar la existencia de un equilibrio o adecuado balance entre los beneficios que para el bien común se generen con su aplicación.

4. El Tribunal Constitucional chileno utiliza el principio descrito anteriormente, como parámetro de control, para decidir respecto del enfrentamiento de dos derechos, en especial tratándose del derecho a la honra y la libertad de expresión e información, poniendo en práctica el ejercicio de determinar, al momento de definir la limitación de un derecho, si la medida está establecida para lograr un fin legítimo; si es adecuada para el logro del fin; si no se ha podido establecer una alternativa menos gravosa para tal efecto y finalmente si esa medida logra el balance adecuado. Así lo realiza en las sentencias revisadas, determinando el contenido del derecho a la honra, estableciendo el modo o acto que limita el ejercicio del derecho, que en todos los casos es el artículo 2331 del Código Civil, que con su aplicación impide la indemnización por daño moral en los casos estudiado y luego revisa la existencia de otros medios idóneos a través de los cuales pudiera lograrse el fin pretendido con la aplicación de la norma. Esto se aprecia claramente en sentencia Rol N° 1463-2009, al decir que *“es necesario en primer lugar, analizar que la restricción del derecho a la honra persiga un fin legítimo; en segundo lugar, determinar que la norma resulta adecuada e idónea para alcanzar dicho fin, y, por último, clarificar si la diferencia es razonable en relación con el valor del fin propuesto”*.

5. Sin perjuicio de lo anterior, y como idea final cabe concluir que si bien este alto tribunal aplica el principio de proporcionalidad, este lo hace en forma parcial, no considerando siempre todos los subprincipios que lo componen. Generalmente se queda en el análisis de la revisión del cumplimiento del fin constitucionalmente legítimo, para pasar luego a revisar si los medios son adecuados para el logro de los fines, quedando la existencia de medios alternativos menos gravosos para el sacrificio del derecho restringido, planteada en el contexto del voto disidente de los fallos, sin pronunciarse acabadamente sobre la proporcionalidad en sentido estricto de la medida adoptada.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducido por Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2007. 601 p.

ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, (11): 3-13. 2009.

BAQUERIZO Minuche, Jorge. Colisión de derechos fundamentales y Juicio de Ponderación. [en línea]. [Fecha de consulta: 15.marzo.2012] Disponible en: <<http://www.revistajuridicaonline.com./images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>>

BARROS Bourie, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago: Jurídica de Chile; 2006. 1230 p.

CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica. Santiago: Librotecnia; 2010. 412 p.

CEA Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. 2a.ed. Santiago: Universidad Católica de Chile. Vicerrectoría de Comunicaciones y Educación Continua; 2004. 405 p.

CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; 2009. 409 p.

EVANS De La Cuadra, Enrique; Evans Espiñeira, Eugenio. Los Derechos Constitucionales. 3a.ed. Santiago: Jurídica de Chile; 2004. 380 p.

GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial. Delitos contra la Vida. Delitos Contra la Integridad Física y la Salud. Delitos contra el Honor. Delitos contra el Orden de la Familia. Delitos contra la Honestidad. 2a.ed. Santiago; Jurídica de Chile; 1998. 463 p.

GRISOLIA, Francisco. Libertad de Expresión y Derecho a la Honra. Santiago: Lexis Nexis; 2004. 355 p.

LOPEZ Santa María, Jorge. Consideraciones sobre el derecho a la privacidad o al secreto de la vida privada. Revista de Derecho y Jurisprudencia, (79): 65-78. 1984.

MARTINEZ, José Ignacio; Zúñiga, Francisco. El Principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Estudios constitucionales, 9(1): 199-226. Santiago. 2001. [en línea] [fecha de consulta: 22.Octubre.2013] Disponible en<<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art07.pdf>>.

NASH Rojas, Claudio. Las relaciones entre el derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Estudios Constitucionales, 6. (1): 155-169. 2008.

NASH Rojas, Claudio. La Protección Internacional de los Derechos Humanos. [en línea] [Fecha de consulta 8 Julio 2012]. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/articulos/Nash/Chile_Nash_FINAL.pdf>

NOGUIERA Alcalá, Humberto. Derecho a la Libertad de Opinión e Información y sus límites: Honra y Vida Privada. Santiago: Legal Publishing; 2004. 385 p.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Pautas para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión e información y los derechos a la honra y la vida privada. Revista de Derecho, 17:139-160. 2004.

NOGUIERA Alcalá, Humberto. Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. *Revista Ius et Praxis*, 11 (2): 15-64. 2005.

NOGUIERA Alcalá, Humberto. El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno. En M. Carbonell. *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*. Santiago: Librotecnia; 2010. pp.353-403.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. El Uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Libertad de Expresión. *Revista Estudios Constitucionales*, 9. (1): 119-156. 2011.

PACHECO Gómez, Máximo. *Los Derechos Humanos, Documentos Básicos*. 3a.ed. Santiago: Jurídica de Chile; 2000. 656 p.

RODRIGUEZ Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Jurídica de Chile; 1999. 505 p.