

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO



***“COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: CRITERIOS PARA
SU RESOLUCIÓN DE ACUERDO A LA ARGUMENTACIÓN DE LOS
TRIBUNALES CHILENOS E INTERNACIONALES”***

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES

ALUMNO: VIVIANA HINOSTROZA OJEDA

PROFESOR PATROCINANTE: YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO

VALDIVIA, FEBRERO DE 2007

Valdivia. 28 de febrero de 2007

Profesor
Dr. Andrés Bordalí
Presente.

Estimado Profesor;

Por intermedio de este acto vengo en evacuar informe de la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales presentada por doña VIVIANA HINOSTROZA OJEDA, titulada "Colisión de derechos fundamentales. Criterios para su resolución de acuerdo a la argumentación de los tribunales chilenos e internacionales"

El referido trabajo de investigación aborda el estudio del conflicto entre la libertad de expresión y sus manifestaciones derivadas (libertad de información y derecho a recibir información) y el derecho a la honra.

Desde el punto de vista estructural, la investigación consta de tres capítulos. El primero es un estudio teórico-dogmático sobre la categoría de los derechos fundamentales y los problemas asociados a 3a misma, tales como la determinación de su concepto, fundamento, funciones y rol dentro del sistema jurídico. El segundo se refiere al problema de las colisiones o conflictos de derechos con especial énfasis en el conflicto materia de la investigación y, finalmente, el tercer capítulo, a pesar de titularse "la jurisprudencia en Chile", contiene además de los casos más paradigmáticos sobre el citado conflicto resueltos por tribunales chilenos, referencias a la jurisprudencia del sistema interamericano recaída en los mismos asuntos.

Si bien el tema abordado tiene una indudable relevancia teórico-práctica, la investigación se caracteriza por tener, en general, un tono acrítico y contrariamente a lo sugerido por el título de la misma proporciona pocos criterios prácticos para la solución del problema planteado ni se hace cargo de las consecuencias jurídicas de la disparidad de criterios utilizados en el sistema interno y en el sistema internacional. Tampoco explora en el caso de las distintas manifestaciones de la libertad de expresión- pese a que distingue entre una faceta individual y una faceta colectiva de este derecho- las distintas funciones que de esta doble dimensión arrancarían y el impacto de las mismas sobre el problema tratado, especialmente en lo relativo a la cuestión de los límites y el contenido esencial de los derechos.

Con todo, la memoria en comento constituye una adecuada revisión de la literatura y jurisprudencia existente sobre la materia, incluyendo la referencia al asunto Marcel Claude y otros contra Chile que recientemente ha sido fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, las fuentes consultadas (doctrina, jurisprudencia y normas internacionales) resultan suficientes y pertinentes. De la misma manera, el régimen formal de referencias bibliográficas usado está, en general, adecuadamente construido. Mención aparte requiere la extensión del trabajo que, particularmente en lo relativo al primer capítulo resulta excesiva.

Finalmente, la sección de conclusiones contiene algunas aseveraciones que no se siguen exactamente del cuerpo del trabajo.

Por las razones antes expresadas, la profesora que informa estima que el trabajo de investigación presentado por doña Viviana Hinojosa merece una calificación de 4.3 (Cuatro coma tres).



Dra. Yanira Zúñiga/Añazco

INDICE

<u>INTRODUCCION</u>	3
<u>CAPITULO I: DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES</u>	5
Introducción A La Teoría De Los Derechos Fundamentales.....	5
Concepto.....	5
Fundamento Y Funciones De Los Derechos Fundamentales.....	8
Fundamento De Los Derechos Fundamentales	8
Funciones De Los Derechos Fundamentales	9
Clasificación de los derechos fundamentales.....	14
Las garantías, y mención a algunas de aquellas más relevantes.....	19
<u>CAPITULO II: DE LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES</u>	25
Colisión de derechos.....	25
Criterios que permiten solucionar el conflicto	27
Análisis Particular De Derechos Fundamentales Para Efectos De Determinar La Posibilidad De Que Se Presente Colisión Entre Los Mismos: Libertad De Expresión Y El Derecho A La Protección De La Vida Privada Y El Honor.....	33
Libertad De Expresión	33
Aspectos de la libertad de expresión	38
Derecho a la intimidad y a la honra y honor.....	39
Aspectos de la vida privada	41
Colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor.....	46
<u>CAPITULO III: JURISPRUDENCIA EN CHILE</u>	54
El caso Martorell.....	54
El caso olmedo “la ultima tentación de Cristo”.....	58
El caso Alejandra Matus “el libro negro de la justicia chilena”.....	62
El caso Claude Reyes.....	65
<u>CONCLUSIONES</u>	72
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	77

INTRODUCCION

A continuación se pasa a dar revisión a un estudio primeramente teórico sobre los derechos fundamentales; al fundamento y las funciones que estos cumplen; dándose a conocer igualmente algunas clasificaciones de aquellos, como también las garantías o mecanismos con los que estos cuentan para su real y efectiva protección de acuerdo a nuestro ordenamiento.

Teniendo siempre presente que el hombre es un ser social, titular de derechos, con ansias de desarrollarse en forma íntegra y con la posibilidad de desenvolverse e interactuar con los demás individuos que tiene en su entorno, es que no resulta extraño plantearse la posibilidad que en ese actuar se encuentre con otros individuos que al igual que él, deseen ejercer sus propios derechos, quizás en la forma que corresponde, es decir, de un modo legítimo sin afectar la conducta de este primer individuo; o quizás de un modo ilimitado e incluso arbitrario, configurándose justamente ahí, en esos casos la necesidad de recurrir a un tercero, un tribunal, quien como ente independiente y autónomo será el encargado de resolver el eventual choque de derechos.

La interrogante a resolver en este primer ámbito es si efectivamente estamos ante una real colisión de derechos; debiéndose determinar si efectivamente los derechos pueden sobreponerse uno encima de otro, o bien, esto no es del todo correcto.

Pues bien; este hecho podrá darse en innumerables situaciones y no sólo entre los derechos que pasaremos a analizar en el trabajo investigativo y que dice relación con la libertad de expresión frente del derecho de intimidad.

Así esta situación en que observamos un posible enfrentamiento de derechos podría darse por ejemplo entre el derecho a la libertad de creencia y de culto, por una parte; y el derecho a la vida, por otra parte; haciendo referencia al clásico ejemplo del paciente que no desea que le realicen una transferencia sanguínea en virtud de que su religión no admite esta posibilidad. Otro ejemplo en que podemos vislumbrar un conflicto de derechos sería aquella relativa al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en donde se le permite al legislador establecer restricciones a los demás derechos en beneficio de éste.

En esta investigación nos centraremos en la posibilidad de que se contrapongan los intereses de los individuos en orden a que uno desea ejercer libremente su derecho a expresarse, a informarse y dar a conocer a los demás algún tipo de información obtenida; y por otro lado, un individuo que siente por ejemplo que ese hecho si se diera a conocer conlleva un atentado a

su vida privada, pasándose a traer de esa manera su intimidad; o bien, infringiendo su honor, el que se verá menoscabado en el momento en que ésta información salga a la luz.

Esta situación de por sí ya resulta interesante, pero se complica aún más cuando uno de los sujetos involucrados es un individuo con cierta relevancia pública, que quizás ve troncada su carrera profesional por el hecho de divulgarse cierta información. Todo esto es lo que se plantea en las páginas que siguen y; obviamente, la manera en que los tribunales chilenos han estimado que debe resolverse el asunto.

Esto último, sin duda abarcará una parte importante del trabajo que viene a continuación; primero, porque ya de por sí su estudio en nuestro ámbito es interesante, pero aquello aumenta más aun, si consideramos que estas soluciones a las que han llegado nuestro tribunales van en absoluta contradicción con lo resuelto por tribunales extranjeros.

Previo a ello resulta necesario determinar también cuales son los aspectos que comprende cada uno de los derechos en estudio y las garantías con las que estos cuentan.

En fin, así damos comienzo a este trabajo de investigación que pretende determinar si efectivamente los derechos pueden anularse y asimismo ver cómo han actuado los tribunales en ciertas situaciones.

CAPITULO I: DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Introducción A La Teoría De Los Derechos Fundamentales:

Concepto:

Se ha hablado mucho acerca de los derechos fundamentales, su concepto, su naturaleza, los medios o mecanismos con los que se cuenta para su debida protección, etcétera, por lo que este trabajo de investigación al igual que muchos otros planteará ciertos aspectos de relevancia con respecto al tema de los derechos fundamentales, como los ya mencionados y lo relativo a la eventual colisión de derechos, determinando si efectivamente es posible que ocurra esta situación de acuerdo a la información recopilada sobre el tema o más bien se trata de una colisión aparente.

En primer término es conveniente definir el tema en comento y que tiene que ver con los derechos fundamentales, tomando como referencia algún concepto que nos sea de utilidad y englobe en gran medida los aspectos que se irán analizando a lo largo de este trabajo.

Existe una definición de los derechos fundamentales netamente *teórica*, o también innominada *formal o estructural*; y que indica que son derechos fundamentales “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”.¹

Deteniéndome en ciertos aspectos de la definición y especialmente en lo que dice relación a la *subjetividad de los derechos*, debe decirse que ello comprende cualquier expectativa positiva de que el individuo reciba prestaciones, o negativas para que así él no sufra ningún tipo de lesiones en sus derechos; es decir el titular del derecho tiene la facultad de exigir su respeto y observancia, pudiendo acudir para ello al órgano jurisdiccional competente para que resuelva el asunto por medio de los recursos que establezca el ordenamiento jurídico, obteniendo así la debida protección y reparación que corresponda; y en lo que respecta al *status* se apunta a la calidad o condición de un sujeto, prevista también por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.²

¹ Ferrajoli, Luigi., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, (2002), pp.37

² Duran Ribera, Willman, “La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional”, en *Ius et Praxis*, vol.8, N° 2, (2002), pp.177

Este concepto de tipo formal; sin embargo; omite referirse en forma explícita a un aspecto que destaca la tendencia positivista y que dice relación con la consagración de los derechos fundamentales en los textos positivos. La definición propuesta por el autor no se pronuncia sobre el reconocimiento de los derechos fundamentales en ordenamientos jurídicos, es decir, no aborda el aspecto de inclusión y consagración en los textos constitucionales, por lo que no puede ser catalogada como una definición de tipo dogmático.

Luigi Ferrajoli,³ adoptando una postura positivista propone como correctivo del concepto anterior uno que si incorpora la referencia a normas de un ordenamiento en particular. Así nos dice que son fundamentales “los derechos adscritos a un ordenamiento jurídico, a todas las personas físicas en cuanto tales, o en cuanto ciudadano, o en cuanto personas con capacidad de obrar, y que son por tanto, indisponibles e inalienables”,⁴ incluyendo ahora si en forma expresa el aspecto positivo en la definición por el mismo planteada.

Como observación al concepto propuesto, debe decirse que en lo relativo a la *universalidad* a la que se alude con la atribución de derechos a “todas las personas”, se estaría incurriendo en una contradicción dentro de la propia definición, ya que esta universalidad referida no es en ningún caso absoluta, sino relativa a los propios argumentos con fundamento a los cuales se predica. El *todos* al que se refiere el concepto apunta a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida. Ya en la propia definición, los sujetos titulares de los derechos han sido identificados por atributos tales como personalidad, ciudadanía y capacidad de obrar.⁵

Estas tres identidades o atributos mencionados previamente son los que siempre, de acuerdo a Ferrajoli, proporcionan los parámetros de inclusión y de exclusión de los seres humanos como titulares de los derechos y, por consiguiente, de su igualdad y desigualdad. Y estos criterios él los cataloga como una verdadera constante, puesto que no son estos tres factores los que se modifican con el progreso del derecho; sino que lo que cambia son las garantías y

³ Profesor de filosofía del derecho y de Teoría general del derecho en Universidad de Camerino, y de la Universidad de Roma; autor de varios libros y estudios sobre Derecho, entre los cuales destaca “Derecho y razón, “Teoría del galantismo penal” y “Los fundamentos de los derechos fundamentales”.

⁴ Ferrajoli, Luigi., “Sobre los derechos fundamentales”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, N° 15, julio-diciembre, (2006), pp. 116.

⁵ Ferrajoli, Luigi., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, (2002), pp. 39

específicamente el significado que se le atribuye a los derechos, en un primer momento restringido y discriminatorio, para luego irse extendiendo de modo paulatino, con una tendencia que sólo ahí nos traslada y permitiría hablar de universalidad. Todo esto queda más claro cuando se estudian las garantías que cada derecho fundamental posee, ahí se puede ir observando la evolución que cada derecho puede ir presentando con el correr del tiempo y los medios con que estos cuentan.⁶

Pese a lo dicho en cuanto a la omisión en que incurría el concepto de Ferrajoli relativo al aspecto de positivización, hay que tener presente que para la eficacia de los derechos fundamentales sin duda este aspecto es relevante, sin embargo debe quedar claro que un mero reconocimiento o consagración positiva en los ordenamientos, o en cartas constitucionales no serviría de nada si en el mismo texto no se contemplan mecanismos que respalden o velen por el respeto y la eficacia de tales derechos allí contemplados.

El que los derechos fundamentales estén positivizados, ha acarreado que positivistas como Gregorio Peces-Barba Martínez consideren que dichos derechos actúan como una prolongación de los valores superiores contenidos en los textos. Los derechos fundamentales son así, desde esta perspectiva; la prolongación subjetiva de los valores superiores y los principios de organización y de interpretación, formándose con estos derechos fundamentales un subsistema dentro de un ordenamiento, con los rasgos que permiten identificarlo como tal, mientras que no ocurre lo mismo con los principios, puesto que ellos se dispersan y esparcen por diversos subsistemas, como normas básicas o de cierre de los mismos o como criterios de interpretación.⁷

Los derechos constituyen así; como se verá cuando se analicen las funciones de los mismos; un conjunto de normas entrelazadas con un origen común que deriva de la norma básica, de la fuente jurídica última del sistema, y que en sus contenidos realizan de manera directa, los valores morales asumidos por el poder como hecho fundante básico, como valores políticos.⁸

Sin embargo; no es necesario que los derechos fundamentales, vistos como subsistema, se sitúen en la propia Constitución, y ello porque como es sabido existen países como Gran

⁶ Id., pp. 41

⁷ Peces Barba, Gregorio; Lecciones de Derechos Fundamentales, Editorial Dykinson, Madrid 2004, pág. 247

⁸ Id., pp. 248

Bretaña que sin poseer una Carta Fundamental en sentido formal, o que sólo la utilizan para regular el tema de la organización de los poderes, si existe en ellos un reconocimiento de los derechos.⁹

Fundamento Y Funciones De Los Derechos Fundamentales:

Fundamento De Los Derechos Fundamentales:

Cada vez que se quiere determinar cuál es el fundamento que tienen los derechos se llega siempre a dos posturas tradicionales, con sus correspondientes vertientes; observándose así una doctrina dividida; esta división a la que se hace mención surge desde el momento en que se quiere buscar cuál es el origen de los mismos, o determinar cuáles son exactamente los derechos fundamentales; así observamos propuestas diversas en cada una de ellas que se pasan a revisar a continuación:¹⁰

a) *Teoría iusnaturalista*; en virtud de la cual, cuando se habla de los derechos fundamentales se hace indicando la existencia de unos valores universalmente válidos y que serían previos a la organización social, razón por lo que éstos deben ser respetados por los poderes públicos y por los mismos ciudadanos. Se trata por ende de derechos preexistentes a la sociedad.

Dentro de la vertiente iusnaturalista se observan otras dos tendencias:

El Iusnaturalismo teológico; que defiende la existencia de estos valores aduciendo que éstos poseen un origen divino y que constituyen derecho, por lo que deben ser respetados. Estos derechos sólo podían ser conocidos por el monarca, quien no tenía ningún límite para decidir qué era derecho y qué no lo era, debido a un vínculo especial que poseía con Dios. Y por otro lado se encuentra el *Iusnaturalismo racionalista*, vertiente que postula que estos derechos naturales pertenecen a la persona por el mero hecho de serlo, y pueden ser conocidos por el hombre a través de la razón. Los derechos de acuerdo a esta postura que surge durante el siglo XVIII cuyo gran antecedente es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1789; son inalienables y el poder público debe garantizarlos.

b) *Teoría positivista*, en virtud de la que se considera derecho a todas las normas

⁹ Id., pp. 246.

¹⁰ Introducción al Ordenamiento Jurídico, *corrientes que han dado definiciones de derecho* en http://www.wikilearning.com/corrientes_que_han_dado_definiciones_de_derecho-wkccp-6266-3.htm, formato htm, consultado con fecha 20-12-2006.

jurídicas aprobadas por el órgano competente de acuerdo con un procedimiento establecido, independiente de cuál sea su contenido. Por lo que esta teoría le otorga mayor relevancia al aspecto formal, y no a aspectos de fondo relativos a elementos valorativos de justicia.

c) *Teoría del realismo jurídico*, la cual defiende que el derecho es lo que los jueces dicen que es. Señala asimismo, que las normas jurídicas se caracterizan por su indeterminación, vaguedad, no siendo lo suficientemente claras; situación que trae como consecuencia que sólo cuando el juez la aplica a un caso concreto la norma adquiere un significado u otro. El hecho de que, de acuerdo a esta propuesta, el derecho adquiriera sentido en el instante en que los jueces lo aplican, atribuyéndole a éstos potestad que la propia ley no les ha conferido, ha hecho merecedora a esta postura de múltiples críticas, por lo que no posee muchos partidarios.

Funciones De Los Derechos Fundamentales:

1) Los Derechos Fundamentales Como Un Subsistema Dentro Del Ordenamiento:

Para abordar cuáles funciones desarrollan los derechos fundamentales resulta adecuado trabajar con la proposición de Ferrajoli, y particularmente con la segunda definición que él nos brinda y en la que salva las observaciones efectuadas, corrigiendo así su propia omisión en la que incurría al no integrar lo referente a la consagración en textos. Por ello es que hay que detenerse un instante para analizar cómo entonces se plantean los derechos fundamentales al momento de ser considerados como subsistema dentro de un ordenamiento jurídico, es decir, tomando como supuesto que los derechos para ser tales deben encontrarse consagrados positivamente. Contrariamente a lo que podría pensarse los derechos fundamentales conforman un sistema abierto, expansivo, que se inmiscuye en todos los demás, es decir, es un tipo de sistema activo para las tareas de aplicación y de interpretación de todas las normas y de los demás sistemas que forman el ordenamiento, especialmente porque forma parte de la norma básica de identificación de normas.¹¹

Un subsistema de derechos fundamentales está formado por *cuatro estratos o niveles de normas* diferentes, que no constituyen conjuntos aislados, sino que se comunican entre sí, y

¹¹ Peces Barba, Gregorio, *op. cit.*, pp. 247-248

forman una cadena de precedencias y de consecuencias. Eso significa que el primer conjunto de normas es condición para el segundo y éste para el tercero.¹²

Los tres primeros constituirían el subsistema de derechos propiamente dicho, y el cuarto conjunto estaría formado por normas de garantía de derechos tema que abordaré más adelante.

Los cuatro conjuntos a que se hace referencia son:

- a) Las normas que regulan la producción de derechos,
- b) Las que establecen poderes para acceder a la titularidad de un derecho,
- c) Las que fijan los contenidos de los derechos y los comportamientos que se pueden realizar en base a esos contenidos, y
- d) Las que regulan desde diversos puntos de vista las garantías de los derechos.

Debido a la mención dada con respecto a la importancia que tiene para los positivistas la consagración en los textos o positivización de los derechos, necesariamente debo referirme al modo en que éstos funcionan una vez insertos en el ordenamiento. Los derechos en el ordenamiento jurídico funcionan en primer término como criterios de ordenación, esto se conoce como *función objetiva*; y en segundo lugar, como técnica al servicio de la protección del individuo y que corresponde a la *función de tipo subjetivo*. Pese a que suele confundirse la función objetiva de los derechos con el papel de éstos en cuanto criterio de validez, se debe tener claro que el alcance de los criterios de validez va a depender de la teoría de derecho desde la cual se aborde el estudio. Considerarlos como criterios de ordenación resulta más adecuado para estudiar el tema de los derechos como subsistema, así estos lo que en realidad hacen es condicionar la unidad, plenitud y coherencia del ordenamiento, desde el instante en que se convierten en normas superiores que deben ser consideradas en cualquier acto de creación o aplicación del derecho.¹³

Esta visión apunta a exigir que en el subsistema exista una cierta *unidad y coherencia* en las normas, ya que no pueden estudiarse estos derechos de un modo independiente sin consideración alguna a los demás. Se alude asimismo en este análisis, al principio de hermenéutica constitucional que afirma que las disposiciones constitucionales deben

¹² Id., pp. 251.

¹³ Barranco, Maria del Carmen, La teoría jurídica de los derechos fundamentales, Pág. 73.

interpretarse como integrantes de un sistema, de una unidad, de una realidad esencialmente homogénea o al menos con principios conciliables; es decir, se debe interpretar la constitución y las disposiciones que consagran derechos, “evitando toda interpretación del derecho fundamental que pudiera convertirlo en contradictorio con otras normas constitucionales o que pudiera vaciar de contenido otros mandatos de la constitución”¹⁴. Sólo así, teniendo estos aspectos presentes, e interpretando los distintos dispositivos constitucionales entre sí del modo que más favorezca una interpretación unitaria y armoniosa de todos estos dispositivos; podremos encontrar un subsistema de derechos completo, un subsistema que incorpore entre sus normas a todas aquellas que derivan de un desarrollo de todos los valores fundadores de los mismos; léase igualdad, libertad y principalmente dignidad. Y este subsistema sólo será parcial si regula parte de los derechos que derivan de cada valor o sólo los que deriven de algunos, excluyendo a otros. Sin perjuicio de ello, es necesario aclarar que para entender la unidad sistémica de los derechos fundamentales en el conjunto del ordenamiento, existe la posibilidad de establecer jerarquías internas, y existe además una escala de fundamentalidad, temas sobre los que volveré mas adelante, a la hora de estudiar la eventual colisión de derechos que podría presentarse entre derechos fundamentales. Como es normal en todas las materias y no sólo con respecto a los derechos fundamentales, existiendo la *unidad sin coherencia*, tampoco es posible afirmar que se está frente a un sistema íntegro. Para verificar si estamos ante un íntegro subsistema de derechos fundamentales, debemos observar si efectivamente estamos ante la presencia de los siguientes aspectos.¹⁵

Desde una *perspectiva formal*, la Constitución debe concurrir como medio normativo y sede básica de regulación de los derechos; cuando esto ocurre; es decir, cuando los sistemas reconocen una garantía jurisdiccional en la constitución, se ve que existe una voz única y una armonización de las visiones discrepantes o contradictorias.

Desde una perspectiva ahora *material*, y concentrándonos en el aspecto de la coherencia, y viendo que esté suficientemente garantizada por la característica planteada precedentemente, se nos permite considerar al subsistema de derechos fundamentales como uno de aquellos

¹⁴ Martínez Pujalte, Antonio, “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, en *Revista Cuestiones constitucionales*, N° 12, enero- junio, (2005), pp. 114

¹⁵ Peces Barba, Gregorio; *op. cit.*, pp. 249

sistemas de tipo abierto, que incorpora dimensiones morales y asimismo refleja la realidad y los intereses sociales, por medio de la interpretación y del desarrollo legislativo de los derechos fundamentales constitucionales.

Abordando ciertos aspectos hasta aquí mencionados, se puede señalar que los derechos fundamentales por tener esa raíz que emana del valor de la libertad principalmente, junto con la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad; valores que suponen o llevan implícita la idea de la dignidad humana; se concluye que éstos no podrían estudiarse en forma aislada, sino que esa raíz común que se observa en ellos implica una cierta interdependencia con los mismos derechos. Y asimismo, para poseer verdaderamente estas características requeridas en forma efectiva cada derecho necesita de sus propias garantías, puesto que para que estemos ante un verdadero subsistema unitario y coherente, cada derecho fundamental debe llevar consigo una adecuada protección, así por ejemplo la libertad de expresión necesita a las garantías procesales, al derecho de asociación y al derecho de educación y estos a su vez se necesitan y exigen mutuamente.

2) Derechos Fundamentales Como Derecho De Los Más Débiles:

Igualmente los derechos han cumplido un rol defensor, si se analiza la historia se observa que la evolución que se fue dando en los derechos coincide justamente con la lucha contra el absolutismo del poder, ello en virtud de que en todos los casos donde el absolutismo ha resultado vencido; los derechos fundamentales se han configurado al mismo tiempo como leyes de los más débiles y como contrapoderes.

En este proceso de limitación y regulación de los poderes ha sido vencido en primer término el absolutismo de los poderes públicos: esto a través de la división de poderes, la representación, la responsabilidad política y el principio de legalidad, primero en su dimensión ordinaria y luego constitucional, conocido en la actualidad como principio de juridicidad; también ha resultado derrotado el absolutismo del poder judicial, a través de su sujeción a la ley y por el desarrollo de las garantías penales y procesales; los poderes administrativos, a través de la afirmación del principio de la legalidad y del control jurisdiccional que opera sobre ellos. Igualmente se ha ido reduciendo progresivamente el absolutismo de los poderes económicos y

empresariales, a través de la legislación sobre el trabajo, las garantías de los derechos de los trabajadores y las reglas que establecen la tutela y transparencia de los negocios. Y por último, ha disminuido el absolutismo del poder doméstico, a través de las reformas en materia de derecho de familia y de la consagración de la igualdad entre hombres y mujeres.¹⁶

Es por lo expuesto precisamente que un criterio bastante utilizado para trabajar con los derechos fundamentales es el que se refiere a plantearlos como una especie de derechos logrados por los más débiles, siendo así una cierta conquista, señalándose en definitiva que todos los derechos fundamentales han sido establecidos en las distintas cartas constitucionales, como el resultado de luchas y revoluciones que han terminado con aquella normalidad y naturalidad que además de vulnerar los derechos acarrea específicamente una opresión o discriminación; así se observa por ejemplo en los derechos de libertad de los trabajadores, en los derechos de las mujeres a los derechos sociales, etcétera. Siempre estos derechos han sido conquistados como limitaciones de correlativos poderes y en defensa de sujetos más débiles contra la ley del más fuerte, se habla en este sentido de conquistas frente al absolutismo de las iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policíacos o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales; que regían en la ausencia de la consagración de los derechos y sus respectivas garantías. Ha correspondido cada lucha y consiguiente conquista un “nunca más”, a la violencia o a la prevaricación generadas por la no contemplación de límites y reglas. Por lo que no es casual que los derechos fundamentales, y con ello cada progreso de la igualdad, hayan siempre nacido al develarse una violación de la persona que se ha vuelto intolerable.¹⁷

3) Los Derechos Fundamentales Como Condición De Un Estado De Derecho:

Otra de las funciones asignadas a los derechos es de carácter político, y dice relación con que estos sirven como fundamento de legitimidad de un Estado que dice llamarse Estado de derecho. Los derechos necesitan al poder para ser realmente eficaces, pero además, a partir de determinado momento histórico, el poder necesita a los derechos para asegurarse la obediencia; convirtiéndose así los derechos en un criterio de legitimidad del poder político. La

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, en *Revista Cuestiones constitucionales*, N° 15, julio-diciembre, (2006), pp.134

¹⁷ Id., pp.127.

argumentación defensiva de los derechos fundamentales siempre pasa por un tema de la dignidad humana, ésta constituye el fundamento último, por lo que los derechos vienen a constituir exigencias éticas de dignidad que buscan su eficacia a través de la fuerza que sólo el poder político les puede proporcionar; y este mismo poder se compromete en brindarles el reconocimiento y garantía de los derechos para ser así merecedor de la obediencia voluntaria, en esto consiste precisamente la finalidad de los derechos y es que actúan como criterios de legitimidad del poder.¹⁸

Siguiendo con la función política, debe precisarse el concepto de “*legitimidad*”. Acá se debe partir de la base que cualquier actor que ejerza el poder político, no sólo espera obtener obediencia forzando a los demás a ello, sino que también espera obtener la aceptación sin coacción; y esa aceptación del mandato por parte de los demás es entendida como la legitimidad.

Entonces la legitimidad es aquel “atributo del Estado que consiste en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza”.¹⁹

I. Clasificación De Los Derechos Fundamentales:

Existe una infinidad de criterios y formas en las que se pueden clasificar los derechos fundamentales, que en el fondo serán subjetivas y dependientes de las diversas perspectivas de los autores que las proponen como también de las posturas filosóficas de los mismos; no obstante ello se suelen mencionar en textos constitucionales con frecuencia aquellas de mayor relevancia y utilidad para este estudio y que vienen a ser algunas que se exponen a continuación:

Primero me referiré a aquella división de derechos fundamentales que ocupa un *método historiográfico*, es decir, teniendo en cuenta ciertos episodios acaecidos a lo largo de la historia en que la comunidad va demandando mejoras en cuanto a sus condiciones de vida y en virtud de esas exigencias, se obtienen documentos que consagran ciertas garantías para con la

¹⁸ Barranco, María del Carmen, *la teoría jurídica de los derechos fundamentales*, pág.77

¹⁹ Diccionario de Política, siglo XXI, Madrid, 1983, pp. 892.

misma comunidad. Aquí es justamente donde se realiza la distinción entre *derechos civiles y políticos*, por una parte; *derechos económicos, sociales y culturales*; y *derecho de los pueblos*.²⁰

Así, derivado del descontento ante gobiernos tiránicos que se presentó en Francia como en América del norte, emanan documentos como la *Declaración De Derechos Del Hombre Y Del Ciudadano*, y *La Declaración Del Buen Pueblo De Virginia*; en la que se contienen los derechos individuales que protegen a las personas de los abusos de los gobiernos y que inspiran la creación de documentos que buscan dar una garantía de respeto a los derechos básicos de las personas, como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.²¹

A estos derechos se les conoce como *derechos civiles y políticos*, y comprenden la *primera generación de los derechos humanos*; son derechos de *índole individual* que suelen ser llamados también como *derechos absolutos*, por imponerse al Estado puesto que este deberá dejar hacer al individuo a fin de proteger el libre desarrollo de la personalidad individual.

Dentro de este grupo de derechos civiles y políticos es posible efectuar una sub-clasificación distinguiendo entre los *derechos del individuo aislado* y los *derechos de la persona en relación con otros*.

Dentro del grupo que se refiere a *derechos del individuo aislado* se encontrarían el derecho a la vida y a la integridad física; derecho a la libertad de conciencia; derecho a la libertad personal y seguridad personal; derecho al honor y la intimidad; la inviolabilidad del hogar y de correspondencia protegiéndose de ese modo la intimidad personal y por último la libertad de residencia y circulación.

Luego y como ya se adelantó existen aquellos *derechos del individuo en relación con otros*; y en este grupo observamos la libertad de expresión; derecho de reunión; derecho de asociación.

En todo caso a la hora de querer definir a los *derechos de carácter político* estos se entienden como los que corresponden a los miembros de una comunidad política para poder participar en las tareas y decisiones del poder político. Generalmente se limitan a las personas que la ley señala, y que comúnmente se refiere a los que poseen la nacionalidad o la ciudadanía del

²⁰ Derechos humanos, “qué son, qué no son”; en <http://www.laneta.apc.org/dh/queson1.htm#Clasificacion> formato htm, consultado en noviembre 2006.

²¹ Ibid.

Estado donde se ejercen. Estos derechos de carácter político son el derecho al sufragio, el derecho de petición y el derecho a ejercer cargos públicos.²²

Posteriormente, justamente en el siglo XIX las mismas demandas sociales fueron incorporando dentro de sus requerimientos, necesidades que abarcaban no sólo al individuo sino a la comunidad entera, exigiendo condiciones necesarias para un desarrollo adecuado de las personas; ello en virtud de que esta segunda categoría de derechos está referida a aquellas prerrogativas que posee el individuo por pertenecer a una comunidad organizada, de carácter colectivo, y que le permiten alcanzar un desarrollo social, cultural y económico. En esta categoría se observa por un lado, una carga u obligación del Estado, ya que el individuo es situado en el marco social como acreedor de ciertos bienes que debe procurarle el mismo Estado; y a la vez; estos derechos imponen cargas a ciertas libertades públicas, como por ejemplo el caso de la función social que es señalada a la propiedad privada.²³

No obstante ello, las cuestiones sociales son la característica de esta *segunda generación* de los derechos humanos que se conocen bajo la nomenclatura de *derechos Económicos, Sociales y Culturales*; o simplemente *derechos asistenciales*; y se contemplan así en algunos documentos como en la *constitución de Weimar de 1919*, de *México del año 1917*; así también el año 1966 se proclama el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, donde los Estados se comprometen a crear las condiciones materiales adecuadas para que las personas puedan vivir dignamente.

En este sentido, *los derechos sociales* son aquellos que corresponden a individuos que se encuentran en una situación social concreta y que no obstante su generalidad se particularizan en derechos de determinadas clases sociales, específicamente de la clase asalariada y en este grupo de derecho encontramos los *derechos del trabajador*; como el derecho al trabajo; derecho a la justa remuneración; derecho a la libre sindicación; derecho de huelga y derecho al descanso y la seguridad en el trabajo; y aquellos otros derechos que se denominan *derechos complementarios*; categoría que recoge derechos que principalmente se dirigen al trabajador para que de ese modo se logre una protección íntegra y que son la protección a la familia y su

²² Ibid.

²³ Comisión estatal de derechos humanos, “Los derechos humanos” en <http://www.cedhsinaloa.org.mx/dh/qsondh.htm> , formato htm, consultado en noviembre 2006.

salud, derecho a la protección de la maternidad y de la infancia; derecho a la educación; derecho a la participación en la vida cultural de la comunidad y derecho de autor.²⁴

Más adelante y como consecuencia de la emancipación de los pueblos colonizados, del desarrollo industrial, tecnológico y comercial en la vida internacional se comienza a percibir la disconformidad por la sola libertad que se posee, y se inicia así una etapa en la que se añaden a los requerimientos anteriores una exigencia por una vida pacífica y el derecho al desarrollo. Es así como surgen los derechos llamados de *tercera generación; de la solidaridad; o de los pueblos*; y que buscan establecer cuestiones que no se habían considerado específicamente en los documentos de las dos anteriores generaciones de derechos fundamentales, y que distan de ellos porque persiguen garantías para la humanidad considerada en forma global, contemplándose cuestiones de carácter supranacional como el derecho a la paz y a un medio ambiente sano. Algunos documentos que abordan estos temas son la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por la ONU*²⁵ y la *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos*, ambos de 1986, e incluyen, entre otros, el derecho al desarrollo integral del ser humano; el progreso y desarrollo económico y social de todos los pueblos; la descolonización; y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional; la libre determinación de los pueblos, y el derecho de los pueblos a ejercer soberanía plena sobre sus recursos naturales.²⁶

Ahora bien, utilizando la definición formal propuesta por Ferrajoli, a la que se hizo mención precedentemente y según la cual los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” se observa que *considerando las diferencias de status* se pueden formular dos grandes divisiones en los

²⁴ Derechos humanos, “qué son, qué no son”; en <http://www.laneta.apc.org/dh/queson1.htm#Clasificacion>, formato htm, consultado en octubre 2006.

²⁵ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, del 4 de Diciembre de 1986, al respecto es conveniente citar su artículo 1 que señala: “Nº 1: El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él. Y Nº 2: El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales

²⁶ Derechos humanos, “qué son, qué no son”; en <http://www.laneta.apc.org/dh/queson1.htm#Clasificacion> formato htm, consultado en octubre 2006.

derechos fundamentales, y en cada una de ellas se pueden hallar otras clases de derechos: por una parte se observan los *derechos de la personalidad* y *derechos de la ciudadanía*, y por otra, observamos los *derechos primarios o sustanciales* y *derechos secundarios o instrumentales o de autonomía*.²⁷

La primera clase de derechos – *derechos de personalidad* y *derechos de ciudadanía* – corresponden respectivamente, a todos o sólo a los ciudadanos que cumplan los requisitos para serlo.

La segunda clase de derechos - derechos primarios y derechos *secundarios* - corresponden a todos, o sólo a las personas con capacidad de obrar respectivamente.

Según el objeto y finalidad perseguida por el derecho atendiendo también a los valores de libertad e igualdad que los caracterice los derechos se clasifican en *derechos de libertad* y *de igualdad*; dentro de los primeros aquellos en los que la libertad actúa como un ámbito de inmunidad frente a interferencias en donde encontramos por ejemplo el derecho a la vida, integridad física y síquica, le derecho al honor, entre otros; y por otra parte la libertad actúa como una posibilidad de actuación en el ámbito social, incluyéndose aquí la libertad de expresión en todas sus manifestaciones. En lo que respecta a los derechos de igualdad ahí encontramos todos aquellos que buscan alcanzar un desarrollo integral e integro en los individuos, por ejemplo derecho a la educación, al trabajo y una justa remuneración, etc.²⁸

Ahora bien, en Chile la clasificación más utilizada y reconocida es aquella que se efectúa de acuerdo al *bien jurídico protegido*; según a cómo se han ido asegurando en la propia Carta fundamental. De este modo los derechos pueden clasificarse de la siguiente manera: *derechos de la personalidad*; *derechos del pensamiento libre*; *derechos de seguridad jurídica*, *derechos del desarrollo en el medio social* y *derechos patrimoniales*.²⁹

²⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos Y Garantías. La Ley Del Mas Débil*, Trotta, Madrid, (2002), pp. 40.

Y véase también Nogueira Alcalá, Humberto, “Teoría y dogmática de los derechos fundamentales”, pp. 65 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1094/5.pdf>, formato pdf, consultado en diciembre 2006.

²⁸ Prieto, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, (1990), pp. 127.

²⁹ Evans de la Cuadra, Enrique, *Los derechos constitucionales*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 83-84.

II. Las Garantías, Y Mención A Algunas De Aquellas Más Relevantes:

Sin duda el reconocimiento de los derechos fundamentales en los textos constitucionales es un logro importante; sin embargo, el efectivo ejercicio de los derechos de libertad y participación sólo tiene sentido si se configuran ciertas condiciones materiales previas, puesto que si la persona no dispone de los medios básicos que garanticen un mínimo de dignidad; o de instrumentos o mecanismos de protección; pocas serán las esferas propias que puedan protegerse de injerencias exteriores ilegales o arbitrarias.³⁰

Las garantías vienen a ser aquellas técnicas que contempla el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, permitiendo una mayor eficacia de los derechos fundamentales, en coherencia con su estipulación constitucional. Ello porque el aseguramiento constitucional de los derechos debe ir acompañado necesariamente de las respectivas garantías, existiendo idealmente un conjunto coherente de instrumentos de defensa de los derechos, surgiendo entonces la tarea de los operadores jurídicos y políticos de dar efectividad a los derechos esenciales, superando lagunas, eventuales contradicciones, concretando las diversas garantías y generando así una cultura jurídica de los derechos.³¹

Las garantías al igual como ocurre con los derechos fundamentales, las podemos ir agrupando de acuerdo a criterios que permiten sintetizarlas y comprenderlas de un mejor modo; así se puede adelantar que existen *garantías nacionales e internacionales* de acuerdo a si estas se agotan en el plano interno, o bien, trascienden al plano internacional o supranacional, clasificación que en términos jurisprudenciales resulta interesante sobre todo en nuestro caso, debido a las instancias en que se ha utilizado para efectos de lograr la protección necesaria de los derechos fundamentales, situación que veremos más adelante cuando se pasen a revisar ciertos fallos.

Resulta conveniente garantizar del modo más adecuado posible a los derechos fundamentales, por lo que cada derecho debiera contar con su propia garantía. El caso más útil para ilustrar esta situación es el relativo a los derechos sociales; como la salud, la educación, la asistencia y otros semejantes, cuya desatención por parte del Estado no es reparable con técnicas de

³⁰ López Guerra, Luis, *Introducción al derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, (1994), pp. 108.

³¹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 25.

invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones de los derechos de libertad, y que requieren el establecimiento de técnicas de garantías diversas y normalmente más complejas. Así, por ejemplo, en el caso de las pensiones, o la educación, la técnica garantista es relativamente simple, ya que se funda básicamente en obligaciones dirigidas a los poderes públicos señaladas por ley. Pero en otros casos, en los que la satisfacción de los derechos sociales exige la intermediación burocrática y la creación de entidades que busquen lograr tal propósito de satisfacción, no existe una técnica garantista y si la hay, ésta se presenta de un modo básico.³²

En efecto, para la mayor parte de tales derechos nuestra tradición jurídica demuestra que no se han elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Y esto de acuerdo a lo estudiado depende principalmente a un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta el momento no han diseñado un Estado social de derecho que se compare al viejo Estado de derecho liberal y han permitido que el Estado social se desarrolle por medio de una mera ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo.³³

Otra clasificación que el mismo Ferrajoli propone es aquella que distingue entre garantías de tipo *primario* y *secundario*. Las *primarias* constituyen las obligaciones de prestación o prohibiciones de lesionar los derechos fundamentales que deben respetar y asegurar los demás, ya sea el propio Estado o terceros que podrán ser públicos o privados. Las garantías que el denomina como *secundarias* constituyen ya obligaciones para reparar o sancionar por vía judicial las distintas lesiones que puedan afectar a los derechos fundamentales, y que en este entendido se corresponden con las garantías primarias.³⁴

Resulta conveniente desarrollar con mayor detención la clasificación que a mi juicio resulta más completa y omnicomprensiva de todas aquellas situaciones y/o actividades que impliquen una protección más o menos directa de los derechos de las personas y es aquella que señala

³² Id. pp. 29

³³ Id. pp. 39.

³⁴ Nogueira Alcalá, Humberto, "Teoría Y Dogmática De Los Derechos Fundamentales" pp. 101-102 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1094/13.pdf>, formato pdf, consultado en octubre 2006.

que dentro de las garantías nacionales podemos encontrar *garantías genéricas y específicas*, las que a su vez comprenden otras tantas que se pasan a revisar a continuación.³⁵

Dentro de las *garantías genéricas* se señalan aquellos principios que definen al Estado Constitucional democrático, por ejemplo la existencia y vigencia efectiva de una República democrática, con el debido pluralismo y participación que exige esta fórmula política; con un correspondiente poder legislativo independiente y representativo del cuerpo político de la sociedad; que elabore las normas que asegurarán los derechos fundamentales. Igualmente se señala como contenido de estas garantías genéricas; que exista una cierta limitación a través del derecho al poder; una vigencia de los principios como la supremacía y vinculación a la carta constitucional; una distribución de poderes en distintos órganos; un control de la administración, con la consecuente responsabilidad por sus actuaciones, en fin, todos principios que integran la concepción de un Estado de derecho.³⁶

Ahora bien, ya como *garantías de carácter específico* se comprenden los distintos medios de protección jurídica que posean los derechos y que se clasifican en garantías normativas, de control o fiscalización, de interpretación y judiciales.³⁷

En nuestro ordenamiento destaca en este sentido *el respeto al contenido esencial de los derechos*.³⁸

El respeto del legislador al contenido esencial de los derechos:

La garantía mencionada se fortalece con la obligación que pesa sobre el legislativo de no vulnerar en ningún caso los derechos fundamentales en su esencia, ya que el aparato creador de normas debe necesariamente respetar la naturaleza jurídica de cada derecho que preexiste al momento legislativo y a los intereses jurídicamente protegidos.

El concepto de contenido esencial de los derechos es un concepto indeterminado, e incluso en determinados derechos constitucionales ofrece un aspecto negativo de prohibición o limitación al legislador ordinario, y uno positivo de afirmación de una sustancia inmediatamente

³⁵ Id. pp. 103

³⁶ Id. pp. 104

³⁷ Id. pp. 103

³⁸ Id. pp. 104

constitucional de tales derechos.³⁹ Asimismo debe quedar claro que independiente de la teoría que indique qué conforma este contenido esencial, los derechos podrán ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser jamás desconocidos de plano; ellos podrán ser moldeados, pero no podrán ser objeto de desnaturalización y así si para el ejercicio de un derecho se establecieran requisitos mínimos razonables, que apuntan a hacer más viable el derecho mismo y que no desconozcan justamente ese contenido esencial, no podría aducirse que se está ante una violación del derecho en cuestión.⁴⁰

Así las cosas la garantía de contenido esencial se extiende a toda intervención al derecho fundamental; a toda restricción que lo afecte pero que sea desproporcionada, es decir, cuando no resulta adecuada o bien cuando no se observa en ella un relación adecuada con el peso y la importancia del derecho fundamental.⁴¹

La Labor De Los Jueces Como Otra Garantía Frente A Los Derechos Fundamentales:

El hecho que los derechos fundamentales figuren en la Carta Fundamental implica una particular forma de entender la relación existente entre el juez y la ley. Se puede describir como una vinculación, ya que los jueces están obligados a imponer a través de sus fallos el respeto hacia los derechos, constituyendo su labor una garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de legalidad por parte de los poderes públicos. La defensa de los derechos fundamentales a través de un control jurisdiccional constituye un pilar fundamental en todo el sistema de garantías y ello se debe principalmente a la objetividad, imparcialidad y preparación profesional que se les exige a los jueces como asimismo por la independencia que poseen los tribunales frente a los órganos políticos.⁴²

La obligación que recae sobre el poder judicial de proteger a los derechos y que se haya establecida en el artículo 5 de la carta fundamental en su inciso segundo⁴³, y la idea de

³⁹ Gavara De Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1994), pp.142 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1094/13.pdf> formato pdf, consultado en octubre 2006.

⁴⁰ Así lo ha indicado el Tribunal Constitucional colombiano en sentencia C-033 de 1993 en Nogueira Alcalá, Humberto, “Teoría Y Dogmática De Los Derechos Fundamentales”; en <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1094/13.pdf>, formato pdf, consultado en octubre de 2006.

⁴¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, (1997), pp. 125.

⁴² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 26.

⁴³ Artículo 5 inciso 2 de la Constitución política de la república “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”

vinculación que pesa sobre él señalada en el artículo 6 de la misma⁴⁴, se enriquece aún más con la disposición 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.⁴⁵

En el fondo el rol de los jueces; se traduce en la sujeción a la ley, pero no a su letra sin importar el significado; sino que se trata de una sujeción que sea plenamente coherente con el texto constitucional. Aquí precisamente es donde entra a jugar el rol garantista; debido a que ellos son quienes realizan este análisis de coherencia; es él quien efectúa esta valoración. Es importante tener en cuenta lo delicado de esta tarea, puesto que cualquier juez, o cualquier tribunal, en la interpretación de normas que contengan derechos fundamentales podría comprometer el honor, la responsabilidad internacional del Estado, sin perjuicio de vulnerar el propio ordenamiento jurídico interno, y ello porque podría fallar un asunto ignorando normas relativas a los mismos derechos ya sea normas de orden interno como aquellas de carácter internacional.⁴⁶

Por lo señalado es justamente que la interpretación judicial de la ley viene a ser también siempre un juicio sobre la propia ley, que recae en el juez junto con su responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, es decir, seleccionar aquellos que sean compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas.⁴⁷

En esta labor interpretativa, que implica una sujeción del juez a la constitución y garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, radica la legitimación de la jurisdicción y la independencia del poder judicial de los demás poderes del Estado; es decir, los derechos desempeñan una función de legitimidad de poder; precisamente porque están garantizados a todas y a cada una de las personas de manera incondicionada, incluso contra la

⁴⁴ Artículo 6 de la Constitución política de la república “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. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

⁴⁵ Dicha disposición prescribe: “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal decisión sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁴⁶ Nogueira Alcalá, Humberto; *op. cit.*, pp. 126

⁴⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 26

mayoría, y sirven así para fundar la independencia del poder judicial que está específicamente concebido como garantía de los mismos.⁴⁸ Garantías de los derechos fundamentales en el ámbito internacional:

Se debe partir señalando el carácter subsidiario y complementario que poseen estas garantías para los derechos fundamentales, ya que operan sólo en el caso que los mecanismos jurídicos internos no existan, se hayan agotado sin tener éxito o no sean realmente efectivos, como se verá más adelante cuando se expongan aquellas situaciones que en nuestro país se han visto afectados derechos fundamentales y las partes han recurrido a estos organismos de carácter internacional.

En el momento que estas garantías intervienen, los organismos especializados de carácter internacional deben primeramente verificar la conformidad de las normas estatales y de todo el derecho interno para evaluar la conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, especialmente en materia de pactos internacionales o tratados en materia de derechos fundamentales.

Así los tribunales internos, pese a la importancia que tiene su actuar y el rol garantista al que ya se hizo referencia, eventualmente no constituyen los últimos intérpretes en materia de normas sobre derechos fundamentales, sino que serían los organismos y tribunales internacionales o supranacionales competentes, cuyos fallos deberán ser siempre motivados y tienen la particularidad de ser definitivos e inapelables. Los tribunales internos deben seguir y adecuarse a la interpretación dada por órganos internacionales y por el derecho internacional, verbigracia para ver si un precepto de la Convención Americana de Derechos Humanos es o no de ejecución inmediata. El hecho de no respetarse por los tribunales internos la interpretación establecida por órganos internacionales, que en el caso planteado corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; comprometen gravemente la responsabilidad internacional y el honor del Estado.⁴⁹

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, op cit., pp. 128.

CAPITULO II: De La Colisión De Derechos Fundamentales:

I. Colisión De Derechos:

Si el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto que dice ser titular de un derecho, es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto que alega protección se dice que se habrá producido una *colisión de derechos fundamentales*; es decir, cuando el ejercicio de un derecho fundamental lesione o ponga en peligro de lesión el derecho de un tercero y ello implica, que a la hora de ser solucionado este conflicto existen dos o más reglas de derecho que conducen a resultados diversos.⁵⁰

La figura de la colisión, para quienes la asumen⁵¹ implica no sólo el enfrentamiento de derechos fundamentales de dos o más titulares, sino también entre el derecho fundamental de un titular y un principio constitucional; o entre principios; situación a la que se le atribuye la nomenclatura de *colisión impropia*.

En el último caso, cuando se enfrentan los principios, la solución de la colisión se logra teniendo en cuenta las circunstancias del caso y estableciendo entre ellos una relación de precedencia condicionada que consiste en que se indiquen en la situación particular, las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro; puesto que bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada en forma inversa.⁵²

Para este análisis la colisión que interesa es aquella general y descrita en el primer párrafo, y se denomina *colisión propia*. En ella existe una confrontación de derechos que permite la posibilidad de aplicar normas que traerán como consecuencia resultados excluyentes; donde el resultado adjudicado a una de las posiciones implicará la negación o rechazo de la protección o amparo alegada por el otro.

Por otro lado, existe la postura doctrinal a la que me adhiero que señala la imposibilidad de presentarse el fenómeno planteado, ello porque cada derecho o libertad tiene su propio límite y contenido que permiten justamente marcar la diferencia con otros derechos y libertades; arguyendo que más bien se trataría de una colisión aparente y resoluble.

⁵⁰ Aldunate Lizana, Eduardo, "La colisión de derechos fundamentales" en *Revista de derecho y humanidades*, Universidad de Chile, N° 11, (2005), pp. 71

⁵¹ Dentro de aquellos que asumen la existencia de colisiones entre derechos fundamentales se encuentra Ruiz-Tagle, Pfeffer, Nogueira.

⁵² Alexy, Robert, *op. cit.*, pp.92

Estas situaciones se presentarían cuando el titular de un determinado derecho intente amparar su actuar o ejercicio más allá de los límites propios de su derecho fundamental. Así el “problema de los límites de los derechos fundamentales no puede plantearse en términos de colisión entre derechos o entre derechos y bienes, aceptando que estos estén definidos en términos tales que choquen entre sí, sino como un problema de interpretación de las normas en las que se trata de delimitar las fronteras de los derechos, de trazar los límites en los que la propia norma constitucional configura derechos fundamentales”⁵³ y lo que debe realizarse primeramente en forma correcta sería delimitar el contenido de cada derecho para luego realizar la interpretación.

Sin embargo, bajo este razonamiento a primera vista puede resultar incongruente la posición que niega la existencia de colisiones entre los derechos, ya que justamente para su defensa utiliza o inicia su razonamiento con una de las técnicas que asumen tales confrontaciones, como lo veremos a continuación; y por ende, si parten de aquellas estarían implícitamente aceptando su existencia. Lo anterior se puede salvar si se considera que aún cuando se acepten sus postulados, se deberá como ya se ha indicado, precisar el límite de cada derecho; y ello es precisamente lo que constituye el conflicto o controversia que se plantea en sede judicial como un caso de colisión de derechos; es decir, los conflictos no se dan entre los derechos fundamentales, sino entre las pretensiones de las partes que se enfrentan en un litigio y que invocan cada una un derecho diferente, como justificación de esa pretensión o interés. Por lo que no corresponde referirse exactamente a una colisión de derechos, sino a un choque de pretensiones en que cada titular desea que se le brinde una protección frente a las delimitaciones de los demás derechos. Se plantea así que para solucionar esta contraposición no de derechos, sino que de pretensiones se debe delimitar adecuadamente el contenido de los derechos aducidos, hasta dónde se extiende cada uno de los derechos para poder concluir cuál entra realmente en juego y cuál no, y quien se encuentra bajo la protección del derecho que se invoca.⁵⁴

⁵³ Otto y Pardo, Ignacio, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*, Martin-Retortillo, Madrid, (1998) pp. 135.

⁵⁴ Martínez Pujalte, Antonio, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, (1997), pp. 134.

II. Criterios Que Permiten Solucionar El Conflicto:

Asumiendo que existe el conflicto entre derechos; y que se presentan efectivamente las colisiones entre ellos; con el sólo fin de hacer ver los criterios propuestos por la doctrina; y entendiendo así que se está ante un choque de los medios de protección con que cuenta cada uno de estos derechos; se debe necesariamente resolver el problema y para ello se proponen ciertos criterios que servirían para solucionar esta colisión de derechos:⁵⁵

- a) *Establecimiento de un orden de prelación o jerarquía:* de acuerdo a él existen libertades jerárquicamente superiores a otras, por ello se señala que debe dársele preferencia a aquellos derechos fundamentales que no sean renunciables para su titular; a aquellos que posibilitan la realización de otros que devienen en posteriores y por tanto, menos importantes, a aquellos que cuentan con un positivo índice de garantización, a aquellos cuya pérdida o supresión impacte en el ámbito institucional de modo más relevante; a aquellos derechos fines en relación a los derechos medios para lograr esos fines, y por último la preferencia que debe darse a aquel derecho que tienda a la mayor dignidad humana.⁵⁶

El hecho de establecer niveles jerárquicos es una tarea ciertamente compleja, puesto que ello deberá resultar válido para cualquier sistema; y deberá buscarse una jerarquía de derechos según estén más próximos o sean imprescindibles para la real vigencia de la dignidad humana facilitando la libertad moral. Resulta sumamente difícil concretar esta jerarquía puesto que se pueden contraponer perspectivas si se sitúa el derecho a la vida como el más importante o la libertad ideológica, o cualquier otro derecho como la propiedad; lo que acarrea en todo caso construcciones arbitrarias y subjetivas.⁵⁷

Se critica este método de resolución de conflictos ya que implica que existen derechos de primera categoría y otros de segunda, y así cada vez que un derecho de segunda se cruza

⁵⁵ Aldunate Lizana, Eduardo, *op. cit.*, pp. 73.

⁵⁶ Como exponentes de esta propuesta de jerarquización destaca Alfonso Ruiz Miguel, sobre el particular véase “Sobre los conceptos de libertad” en *Anuario de derechos humanos*, Madrid, N° 2, (1983), pp. 547.

⁵⁷ Peces Barba, Gregorio, *op. cit.*, pp. 250.

con uno de primera, quedaría desplazado sin importar las circunstancias del caso, se sacrificaría y afectaría su contenido jurídico.⁵⁸

- b) *Aplicar la ponderación en el caso concreto*: bajo este criterio son las propias circunstancias del caso las que aportan los elementos necesarios para determinar a qué derecho se le confiere preferencia; pero sólo para el caso en cuestión.⁵⁹ En definitiva se determinará qué derecho “pesa” más que otro, y este último en el caso en particular, quedará desplazado. Se habla también de jerarquización, pero de una jerarquización en concreto.

Bastante relacionada a esta propuesta se halla el *principio de proporcionalidad*, ya que la ponderación lo exige; acá no se producirá una invalidez de uno de los derechos o bienes en conflicto; sino que habrá una preservación de ambos, reconociéndose eso sí la primacía de uno de ellos en el caso particular, por lo que cada vez que se presenten este tipo de situaciones se deberán complementar las técnicas de proporcionalidad y ponderación. Se afirma que “aún presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor de otro. La proporcionalidad se pondrá una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte”.⁶⁰ Así, en ningún caso se puede afectar un derecho fundamental más de lo necesario para la protección de bienes jurídicos constitucionales de igual o mayor rango; en el principio de la proporcionalidad existe una prohibición de que se intervenga o establezcan limitaciones que no sean adecuadas o necesarias para la finalidad perseguida por el legislador.

El principio de proporcionalidad comprende tres sub principios: *el principio de adecuación o idoneidad*, que establece el control de idoneidad de la norma; *el principio de necesidad* que determina la prescindibilidad o no de la intervención, debiendo ser estrictamente necesario restringir el ejercicio de un derecho, puesto que no se cuenta con

⁵⁸ Castillo Córdova, Luis, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, N° 12, enero-junio 2005, pp.107.

⁵⁹ Precursores se destacan especialmente en el ámbito anglosajón, así encontramos Aleinkoff, Alexander, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Yale, L.J., 96, 1987.

⁶⁰ Barnes Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar, Cuadernos de derecho Público, 1998, N° 5”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, N° 12, enero-junio, (2005), pp. 106.

otro medio idóneo para alcanzar el fin que sea menos restrictivo respecto del derecho, y el *principio de proporcionalidad en sentido estricto*, que determina la racionalidad de la intervención buscando que el daño que se pueda provocar sea menor que el beneficio producido.⁶¹

Los subprincipios de idoneidad y necesidad expresan la pretensión de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo a las posibilidades fácticas. Para clarificar esta afirmación se puede decir que el subprincipio de idoneidad tiene más bien el status de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos, para así excluirlos. Y el subprincipio de necesidad nos exige que de dos medios igualmente idóneos se opte por el más benigno con el derecho fundamental afectado.⁶²

El principio de proporcionalidad en sentido estricto no sólo exige la mayor realización posible en relación con las posibilidades fácticas, sino también la mayor realización posible en relación con las posibilidades jurídicas.⁶³

La conexión entre estas posibilidades fácticas y jurídicas se puede ejemplificar bajo la siguiente fórmula:

P1 y P2 serían derechos que conducen a juicios recíprocamente contradictorios.

M1 y M2 son los medios con que resulta adecuado promover a P1, por lo que para P1 da igual si se elige M1 o M2; sin embargo para P2 no es igual que se elija M1 o M2, por ello es que se requiere analizar las posibilidades fácticas y jurídicas en el caso planteado.

Ahora bien, M1 y M2 impiden la realización de P2; M2 lo hace en menor medida que M1, por lo que ambas no agotan el ámbito de posibilidades fácticas para la realización de P2. Desde el punto de vista de las posibilidades fácticas es posible una mayor medida de satisfacción de P2 si no se realizan ni M1 ni M2 y la máxima de necesidad privilegia a M2 frente a M1. El hecho de que una de las dos alternativas sea elegida, no es ahora ya una cuestión de posibilidades fácticas, ni un tema de necesidad sino que es una cuestión

⁶¹ Nogueira Alcalá, Humberto, “Tópicos constitucionales sobre la vida privada y la libertad de información ante la informática en Chile”, pp.19, en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/nogueira.pdf>, formato pdf, consultado en enero 2007.

⁶² Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, (2001), pp. 39-41.

⁶³ Id. pp. 48.

de posibilidades jurídicas, es una ponderación entre P1 y P2, es decir; proporcionalidad en sentido estricto.⁶⁴

Este principio también actúa como una garantía puesto que constituye un límite a todas las restricciones que se pretenda aplicar a los derechos fundamentales, siendo una manifestación más de todo Estado de Derecho, ya que en él el contenido esencial de los derechos fundamentales no pueden ser limitado más allá de lo imprescindible para la protección de los intereses públicos.

El proceder adecuado para resolver el aparente conflicto no consiste en la determinación del derecho que prevalece, ya sea por su superioridad jerárquica general o su ponderación teniendo en cuenta las circunstancias del caso; sino en la delimitación adecuada del contenido de los derechos aducidos, para así poder concluir cuál entra realmente en juego y cuál no, quién se encuentra realmente bajo la protección del derecho que invoca y quién se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho.

Los conflictos de los derechos se resuelven, por tanto desde esta visión, realizando una determinación del contenido y ámbito de los derechos supuestamente colisionantes.⁶⁵ Este contenido se denomina comúnmente contenido esencial, denominación quizás no del todo adecuada por instar a creer que existiría un contenido de los derechos de carácter no esencial, que no sería vinculante tanto para la autoridad administrativa como para los particulares; sin perjuicio de ello se admite la denominación puesto que se entiende que este contenido es esencial en cuanto atañe lo esencial del derecho, a su naturaleza, a su ontología; de modo que todo el contenido, es uno solo, es en sí mismo necesario por esencial.

- c) *Armonización, concordancia práctica o del equilibrio adecuado*: de acuerdo a esta postura lo que se pretende es buscar una solución que permita lograr una óptima protección de los derechos que se enfrentan; es decir, no se trata de que un derecho prime sobre otro ni siquiera para un caso en particular, puesto que ello se opondría a todo lo dicho con respecto a los principios de unidad y coherencia que se deben tener en

⁶⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, (1997), pp. 114.

⁶⁵ Martínez Pujalte, Antonio, *op. cit.*, pp. 134

cuenta a la hora de interpretar las normas que consagren derechos fundamentales. El principio de unidad que debe existir en las normas del ordenamiento; especialmente en aquellas que reconocen derechos, se vería negado si en los hechos, en vez de buscar una vigencia conjunta y armoniosa de los distintos derechos fundamentales, se intentara interpretar y aplicar las normas como si se tratase de derechos en oposición o contradicción; y solucionar las controversias del modo que se haga prevalecer a uno de ellos sobre el otro. Esta postura surge por las innumerables críticas que se emiten contra las dos posiciones anteriores cuyas consecuencias afectan la verdadera eficacia que merecen los derechos fundamentales. Así se debe tratar de llegar a unos presupuestos y modos de entender los derechos de las personas que permitan una interpretación armonizadora de los mismos; utilizando las normas que reconozcan realidades jurídicas compatibles y perfectamente armonizables; y tal como lo ha señalado Martínez- Pujalte “en presencia de un conflicto entre derechos fundamentales, el intérprete debe esforzarse por encontrar armonización entre las posiciones enfrentadas; y el empeño por llevar a cabo una adecuada delimitación del contenido de los derechos fundamentales permitirá comprobar que el ámbito de los derechos fundamentales implicados en realidad no presenta ninguna zona de intersección y que por tanto no existe un auténtico conflicto”.⁶⁶

Asimismo se ha señalado por la doctrina extranjera⁶⁷ que fuera de estos criterios propuestos para solucionar la eventual colisión entre los derechos; una manera por la que igualmente se podría realizar dicha tarea, sería teniendo en cuenta la distinción entre las razones o fundamentos de tipo *sustancial* y las meramente *formales*. *Las razones sustantivas* son aquellas razones de tipo moral, económico, político, institucional, o bien cualquier consideración social que intervenga en el razonamiento jurídico. *Las razones formales* en cambio, son todos aquellos argumentos con autoridad jurídica y que los jueces utilizan para justificar sus decisiones y que normalmente, acarrear como consecuencia excluir del

⁶⁶ Martínez, Pujalte, Antonio, “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, Cuadernos Constitucionales, Valencia, N° 32, (2000), pp. 140, en Revista Cuestiones Constitucionales, Número 12, enero junio (2005), pp. 117.

⁶⁷ Atiyah, P.S. y Summers, R.S., Form and substance in anglo-American Law, Clarendon Press, Oxford, 1996

razonamiento a las razones sustantivas. Lo ideal sin duda sería lograr una complementación entre ambos tipos de justificaciones a la hora de decidir en un caso concreto.⁶⁸

Sin embargo, y como veremos más adelante, el método que los jueces han utilizado comúnmente cuando se les presentan estas situaciones de aparente pugna entre derechos es considerar sólo los aspectos o razones de tipo formal, sin abordar aspectos sustanciales.⁶⁹ Esta manera de resolver los conflictos es sumamente criticable justamente por el exceso de formalismo, en el sentido de que se excluyen criterios sustantivos, siendo contraproducente puesto que en ciertos casos la naturaleza de la situación justifica abordar el tema de un modo sustantivo, tal como lo podremos percibir en ciertos casos emblemáticos en que los tribunales chilenos a la hora de resolver situaciones en que derechos como la libertad de expresión y el honor se enfrentan, los jueces sólo se han limitado a trabajar en base a estos criterios puramente formales.

Las categorías de formalidad que se observan son las siguientes:⁷⁰

Formalidad que se basa en la autoridad; en virtud de la que para preferir una opción, que podrá ser un derecho o un principio, se analiza o considera cual tiene más peso, así dentro de este tipo de formalidad se encuadra perfectamente el argumento relativo a la jerarquía que existe entre las normas y por ende en los derechos que ellas contienen.

Formalidad en cuanto al contenido de las normas; se presenta en aquellos casos en que se define el contenido de una norma por un elemento de arbitrariedad, ejemplos típicos lo constituyen los casos en que se establece la mayoría de edad a una determinada cantidad de años, o cuando se fijan los requisitos para celebrar un acto en particular.

Formalidad interpretativa; se utiliza para la interpretación de las normas, bajo este respecto se pondrá más énfasis en lo literal de las palabras que en la intención que podría existir tras ella.

Formalidad excluyente; ésta varía según el grado en que la norma excluye o reduce la relevancia de las razones sustantivas que justifiquen su dictación, pudiendo entonces encontrarnos ante normas tajantes en su dictamen que integrarían el concepto de formalidad

⁶⁸ Fuentes Torrijo, Ximena, “Criterios para solucionar el conflicto entre la libertad de expresión y la protección de la honra de las personas: dos métodos distintos de razonamiento jurídico”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Vol. 6 N° 001, (2000), pp. 429.

⁶⁹ Id. pp. 430.

⁷⁰ Ibid.

excluyente, y aquellas que le permiten al juez la determinación de ciertos aspectos que no fueron abordados en la norma, las que también se incorporan a esta categoría de formalidad excluyente, pero en menor medida.

III. Análisis Particular De Derechos Fundamentales Para Efectos De Determinar La Posibilidad De Que Se Presente Colisión Entre Los Mismos: Libertad De Expresión Y El Derecho A La Protección De La Vida Privada Y El Honor.

Libertad De Expresión:

La libertad de expresión e información constituye uno de los derechos más importantes y trascendentales de la persona humana y además es rasgo distintivo e imprescindible de una sociedad que pretenda ser calificada como democrática. La libertad de expresión entendida como la libertad de difundir y recibir informaciones y opiniones, constituye un derecho fundamental que los sistemas políticos deben proteger y fomentar, y por ello justamente es que observamos a lo largo de la historia, el surgimiento de las libertades clásicas de opinión y expresión que apuntan al derecho a emitir, comunicar o difundir las ideas, pensamientos o convicciones de cualquier índole, para luego encontrarnos con la exigencia de una libertad de prensa, como otra forma de ejercer este derecho a través de los medios escritos y audiovisuales de carácter masivo. Incluso actualmente se llega a una noción integral del derecho a la información que implica no sólo a quienes emiten o difunden opiniones e informaciones, sino también a quienes las reciben y a quienes la procuran.⁷¹

Se ha discutido en doctrina sobre la naturaleza de este derecho fundamental, con el fin de determinar si estamos ante un solo derecho que sería la libertad de expresión y que involucra diferentes aspectos, o bien, si existiría la libertad de expresión por una parte y por otro lado, la libertad de información; es decir, si nos encontramos frente a dos derechos diferentes y autónomos.⁷²

⁷¹ Canales, Patricia, "El derecho a la información y el derecho a la vida privada en los tratados internacionales y en la legislación de Colombia, Estados Unidos, España, Reino Unido y Alemania", Biblioteca del congreso nacional de Chile, departamento de estudios, extensión y publicaciones, Serie estudios, febrero 2004, pp. 1-2 en <http://www.bcn.cl/portada.html> formato html.

⁷² Navarro Dolmestch, Roberto, "Propuesta para una construcción jurídica del honor como método de reducción de las hipótesis de conflicto con la libertad de comunicación (primera parte)", en *Ius et praxis*, vol. 8, nº2, (2002) pp.217-259 en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000200008&script=sci_arttext, formato Iso, consultado en noviembre 2006.

Comúnmente suelen encontrarse referencias a la libertad de expresión en que se la considera en un sentido restringido, es decir, como un derecho a comunicar opiniones o juicios valorativos, o bien; se considera en un sentido amplio, haciendo referencia a la posibilidad intersubjetiva de expresar o comunicarse con otro, pero aquí lo que buscamos es resolver la interrogante relativa a si se trata de un solo derecho y éstas son las dimensiones que se pueden observar en él; o realmente estamos frente a derechos diferentes.

Aquellos que integran la *postura dualista*⁷³ señalan que estamos ante dos derechos diferentes y delimitados entre sí, y parten de la base que el análisis del contenido esencial debe escindirse en estos dos derechos; y separan a la libertad de expresión por una parte, con la libertad de información por otra, ya que estos derechos serían autónomos entre sí.

Considerar que estos derechos sean autónomos, es una técnica empleada sólo en las constituciones más recientes; en cambio, considerar a la libertad de información como un aspecto más de la libertad de expresión obedece a una concepción que nació a la luz de un contexto histórico, político y cultural diverso al de nuestros días, en el sentido que se trataba de una prensa de opinión más que de divulgación de noticias o informaciones.

Por otra parte, encontramos a quienes toman partido por una *visión unificadora*,⁷⁴ en que se comprende la libertad de buscar, recibir, y difundir informaciones como aspectos integrantes de la libertad de expresión. E incluso para esta posición restringir la libertad de expresión de un individuo, afectaría no sólo el derecho de ese individuo en particular, sino que también se vulneraría el derecho de todos a recibir informaciones e ideas.

En mi opinión pese a la evolución que se vislumbra en la libertad de expresión como derecho fundamental; y no obstante la mutación que ha ido afectando a este derecho y la intención general de que se garantice efectivamente para así poder ir desarrollando otros derechos e ir conformando un régimen más democrático, observo que cuesta aún asimilar en los autores la

⁷³ Lo cual se observa por ejemplo la Constitución española de 1978, Constitución de Portugal de 1976, reformada en 1982, año en que se introdujo la regulación sobre la materia, la Constitución venezolana de 1999 y la Constitución chilena de 1980 de acuerdo a la lectura del artículo 19 número 12 inciso 1 de la C.P.R. emplea la conjunción copulativa "y" cuando se refiere, separadamente, a "la libertad de emitir opinión y la de informar". Incluso pueden agregarse otros argumentos como lo expresado en la comisión de estudio del texto constitucional (Una recopilación de esas opiniones, en Evans de la Cuadra, 1999, P.12 ss y, en especial, 26ss)

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC5/85, de 13 de noviembre 1985, número 30, pp. 9, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>, formato Word.

idea de que estamos frente a derechos diversos e independientes uno del otro. Es más, incluso como veremos más adelante; los organismos internacionales, como la corte interamericana al momento de resolver conflictos en que este derecho se ve vulnerado ha señalado que cuando esto ocurre se afecta también el derecho de las demás personas a recibir las informaciones.

Concentrándonos en la libertad de expresión bajo una perspectiva unitaria se analizan cuales son las dimensiones de la libertad de expresión; primeramente vemos una dimensión individual; indicándose que ella exige que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, pero claramente aquí se hace alusión a un solo individuo; y también se observa una dimensión colectiva del mismo derecho, y que se refiere a la posibilidad de recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.⁷⁵

En la doctrina nacional la libertad de expresión e información se considera como una proyección de la autonomía de la persona humana, que implica el derecho de expresar libremente y sin autorización previa, opiniones políticas, filosóficas, científicas o religiosas, sea por la palabra o por la escritura. Además constituye un presupuesto de casi la totalidad de los restantes derechos y el disfrute de las libertades fundamentales.⁷⁶

El fundamento de la libertad de expresión se encuentra en *la protección de los atributos de la persona humana*. Al relacionarse la libertad de expresión con la noción de atributos inherentes a la persona, se haya implícita la idea de que estamos frente a un derecho individual que contribuye al libre desarrollo de la personalidad y la autorrealización, por lo que en primer término se presenta como una libertad negativa en el sentido de excluir la invasión por parte del Estado en un área de autonomía de los individuos; la libertad debe ser entendida como el no impedimento, la no intromisión, la defensa del espacio no regulado por el Estado.⁷⁷

Quien dice ser libre en este sentido negativo se refiere a que no sufre interferencias de otros, y mientras más amplia es su área de no interferencia, más amplia será su libertad.

⁷⁵ Canales, Patricia, op. cit., pp. 2

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Fuentes Torrijo, Ximena, "La protección de la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos y la promoción de la democracia" en *Revista de derecho*, Valdivia, Vol.13, dic. (2002), pp. 227 disponible en

http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502002000100014&lng=es&nrm=iso&tlng=es

Si hablamos de una libertad en sentido negativo, es porque también existe una libertad positiva; y que surge precisamente del deseo del individuo de ser su propio dueño y hacer que su vida y sus decisiones dependan de sí mismo y no de fuerzas externas. La libertad entonces en sentido positivo implica autonomía, y autodominio. Surge entonces la posibilidad que la decisión del Estado, pueda estar en contradicción con el deseo y con la propia libertad de cada individuo.

Ante conflictos entre la libertad de expresión y de prensa frente a la privacidad o intimidad; vistos bajo el concepto negativo de libertad, los primeros derechos deben ser garantizados necesariamente en forma anticipada, puesto de lo contrario la supresión de ellos implicará un alto grado de perjuicios y desventajas para los afectados.⁷⁸

La libertad de expresión además se funda en un valor de tipo social o colectivo y que sería el *desarrollo y fortalecimiento de la democracia*; por lo que no sólo sirve para el desarrollo de la autonomía del individuo, sino que puede servir también para el desarrollo y la promoción de formas democráticas de gobierno.

La libertad de expresión constituye entonces un pilar fundamental en la existencia de una sociedad democrática, puesto que es de aquellos derechos indispensables para la formación de la opinión pública y para que exista información por parte de la comunidad; y además actúa como *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, sindicatos, sociedades científicas, culturales, y en general para quienes deseen que la colectividad pueda desarrollarse plenamente, ya que si la sociedad no está lo suficientemente informada no estaríamos ante una sociedad plenamente libre.⁷⁹ Este aspecto colectivo, relativo al fortalecimiento de la democracia, sin duda es el que permite dar fe de por qué la libertad de expresión ha ido adquiriendo mayor relevancia y se ha ido ampliando su protección con el transcurso del tiempo; puesto que la democracia también se ha ido considerando el régimen de gobierno que mayor garantías puede ofrecer a las personas y sus derechos, y necesariamente para que exista un verdadero régimen democrático, un requisito indispensable lo constituye una comunidad

⁷⁸ Macedo Junior, Ronaldo Porto, "Privacidad, mercado e información" en *Revista Cuestiones constitucionales*, N° 6 enero-junio, (2002) pp. 142.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., pp. 21.

informada, que participe en la vida política con conocimiento, lo cual sólo se logra si el ejercicio de este derecho se encuentra previa y efectivamente garantizado.

Cuando se considera a la libertad de expresión el derecho fundamental por excelencia en un régimen democrático se configura un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno⁸⁰ ya sea en forma activa como la libertad de emitir opinión e información; y en forma pasiva como la posibilidad de acceder a ella; es decir, en esta dimensión pública o social se tiende a relevar el empleo instrumental de la información; ya no sólo la libertad actúa como un factor de autorrealización personal, sino que se configura también un mecanismo de control institucional que a la larga contribuye a formar la voluntad social y política.⁸¹

En cuanto a esta relación que se genera entre la democracia y la libertad de expresión se debe destacar que en democracia la libertad de expresión se aplica no sólo a la información o ideas que sean recibidas en forma favorable o que se consideren como inofensivas, sino que también se extiende a todas ellas que pueden resultar ofensivas o molesten incluso al Estado y sus órganos o a cualquier sector de la población. En una sociedad democrática se exige en mayor grado la circulación de noticias, ideas y opiniones, así como la plena posibilidad de acceso a la información para lograr así una comprensión ilustrada y participar con conocimiento en la vida política; ya que no podría concebirse una sociedad democrática en la que no exista un verdadero debate libre, público y sin que la disidencia pueda manifestarse.⁸²

En el mismo sentido también la Comisión Interamericana de derechos Humanos advierte que la naturaleza progresiva del derecho de libertad de expresión en una sociedad democrática constituye una manifestación de pluralismo y tolerancia frente a las opiniones minoritarias, y a la vez pone énfasis en la protección que ésta debe tener; ya que éstas son justamente las exigencias de pluralismo, tolerancia y apertura mental sin las cuales no existiría una sociedad democrática.⁸³

⁸⁰ Id. pp. 9

⁸¹ Fuentes Torrijo, Ximena, op. cit. pp. 227.

⁸² Id. pp. 228.

⁸³ Comisión Interamericana de derechos Humanos en su “Informe Anual sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos” (1994), disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#CAPITULO%20V:%A0>

La jurisprudencia de los órganos interamericanos ha reconocido la importancia de la libertad de expresión para el desarrollo de una sociedad democrática; pero lo hace señalando que tanto el aspecto individual como el social poseen el mismo grado de importancia y por ende, ambos debieran ser garantizados en forma simultánea, no obstante; vemos que en los hechos se le concede mayor relevancia y protección a la libertad de expresión en su dimensión individual, éste constituye el aspecto intocable de la misma, mientras que la faz social como se verá en el análisis de casos, presenta siempre la posibilidad de que se restrinja en cierta medida la libertad de expresión en pos de la democracia.⁸⁴

Aspectos De La Libertad De Expresión:

Se ha dicho que tres son los aspectos esenciales de esta garantía:⁸⁵

El derecho a emitir opinión; que sería la facultad que tiene toda persona de exteriorizar por cualquier medio y sin ningún tipo de coacción sus pensamientos o creencias, sin necesidad de autorización o censura previas.

La libertad de información; aquella que pretende hacer partícipes a las demás personas de una opinión. De acuerdo a la evolución que ha registrado este derecho esta manifestación la constituye la prensa. Incluso se suele considerar éste derecho como sinónimo de libertad de prensa.⁸⁶

El derecho a recibir libremente la información; se refiere a la posibilidad de acceder a la información existente, sin interferencia u obstáculos que impidan su circulación, difusión o acceso a los usuarios o receptores.

La libertad de expresión como derecho fundamental confiere tanto a quien emite como a quien recibe la información, derechos que pueden ser vistos de sus propios puntos de vista; así los derechos del emisor serían: no ser censurado en forma explícita, investigar, difundir y publicar las diversas opiniones e informaciones, contar con los instrumentos técnicos o medios que le permitan hacerlo, a la indemnidad del mensaje o no ser interferido, a acceder a las fuentes, al secreto profesional y a la reserva de las fuentes. Por otro lado los derechos del receptor son

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Verdugo Marinkovic, Mario y otros, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial jurídica de Chile, Santiago, (1994), pp. 255.

⁸⁶ Rolla Giancarlo, El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y la vida privada, en *Revista Cuestiones constitucionales*, N° 7 julio-diciembre (2002) pp.153.

recibir las informaciones y opiniones, seleccionar los medios e informaciones a recibir, ser informado con veracidad, preservar la honra, reputación e intimidad, a requerir la imposición de las responsabilidades previstas por la ley, a la rectificación, a la réplica o respuesta.⁸⁷

Sin perjuicio del contenido de este derecho su ejercicio siempre debe respetar los márgenes establecidos, y el ejercicio de cualquier otro derecho fundamental de parte de otro individuo. Sin duda el límite más relevante lo constituye el derecho a la intimidad y el derecho al honor. La intimidad se tutela sancionando su invasión a través del establecimiento previo de un sistema de responsabilidad para el infractor y reparaciones para el afectado; y el honor se defiende exigiendo la veracidad de la información una vez cometida la infracción. Aquí entonces estamos en presencia de aquellas garantías propuestas por Ferrajoli y que ya analizamos previamente y que dicen relación con aquellas que distinguen entre las garantías primarias, en donde la idea es establecer previamente un sistema de prohibición de lesiones a los derechos, lo que se realiza por ejemplo a través de la censura a ciertos espectáculos, la prohibición de violación de correspondencia, protegiéndose de ese modo la vida privada e intimidad de cada individuo, dándose a conocer en forma anticipada cuales son las responsabilidades establecidas en caso de infringirse las prohibiciones legalmente establecidas. Y además nos encontramos con las garantías secundarias constituidas por todas aquellas reparaciones a las que se ve obligado a cumplir el infractor.

Derecho A La Intimidad Y A La Honra u Honor:

La intimidad es entendida como “aquella zona espiritual íntima y reservada de una persona o grupo, especialmente de una familia”⁸⁸. Esta definición gira en torno a la idea de secreto ya sea de una persona o su familia. La intimidad constituye el derecho a disfrutar del retiro y secreto; ambas nociones hacen referencia a las zonas de las que se puede excluir a los demás, a zonas en las que las cosas, informaciones, actividades e incluso, personas pueden quedar al resguardo de intromisiones no deseadas, poniéndose de manifiesto la libertad negativa a la que ya se hizo mención. Así entonces la noción de intimidad parte de la idea originaria del respeto

⁸⁷ Canales, Patricia, op. cit., pp. 4.

⁸⁸ Diccionario de la Real Academia

a la vida privada personal y familiar que debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado.⁸⁹

Pero es importante saber que hoy no se pretende defender la sola intimidad de una persona, sino más bien reconocer la plena autonomía de las opciones existenciales de cada individuo. El respeto a la privacidad se ha convertido en la necesidad de tutelar las opciones de vida de cualquier persona frente a toda forma de control público.⁹⁰

Un concepto más amplio de intimidad es aquel que nos dice que ésta es “la facultad de cada persona para determinar por sí misma cómo, cuando y qué cantidad de información suya puede ser comunicada a los demás, previa evaluación de que dicha comunicación pueda o no acarrearle un daño moral o patrimonial”⁹¹. Resulta conveniente dejar claro que para todos los efectos legales los conceptos de intimidad, vida privada, privacidad en nuestro ordenamiento actúan como sinónimos.⁹²

Actualmente el derecho a la intimidad y a la vida privada se presenta como un derecho a la libertad. La libertad aquí se entiende en forma similar a lo que ocurriría con la libertad de expresión, es decir, bajo una cariz negativo; en el sentido de no impedir, esto es, en cuanto derecho a hacer lo que le parece, de estar sólo, de no ser incomodado, de tomar decisiones en la esfera privada sin la intervención estatal. Esto incluye la libertad sexual, la libertad de actuar libremente en el interior de su domicilio, la libertad de revelar las conductas íntimas, la libertad de la identidad, entre otros aspectos a los que nos referiremos a continuación.⁹³

Asimismo es preciso mencionar que los componentes o aquello que integra el concepto de intimidad o vida privada serán determinados en cada caso concreto, porque en definitiva los encargados de determinar si se está ante un hecho que afecta la vida privada de una persona, o si el hecho es de aquellos que componen su intimidad serán los tribunales de justicia. No

⁸⁹ Canales, Patricia, op. cit., pp. 5.

⁹⁰ Rolla Giancarlo, op. cit., pp.151.

⁹¹ Meins Olivares, Eduardo, “Derecho a la intimidad y a la honra en Chile”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, vol.6, N° 1, Talca, pp. 304.

⁹² No sólo en nuestro país se entiende la idea de privacidad e intimidad en un mismo sentido, en Argentina presenciamos el mismo fenómeno; así la privacidad es la “facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos”. (Ekmekdjian, Miguel Angel, *Tratado elemental de derecho constitucional*, Tomo I, Desalma, Buenos Aires, pp.567.)

⁹³ Canales, Patricia, op. cit., pp. 1-2.

obstante, se han formulado ciertos aspectos que necesariamente integrarían el concepto de intimidad.

Aspectos De La Vida Privada E Intimidad:

Al igual como se indicaron los aspectos que integran la libertad de expresión es menester mencionar cuáles son los relativos a la vida personal que se incorporan en el concepto de vida privada, señalando a su vez cómo el ordenamiento jurídico se ha encargado de otorgarle un cierto grado de protección a estos mismos.⁹⁴

En primer término nos encontramos como parte integrante de la vida privada *el propio cuerpo*, apuntando a la posibilidad del hombre de desarrollar ciertos actos en forma reservada respecto de su cuerpo.⁹⁵

En segundo lugar, observamos las *ideas o creencias*, es decir, todo lo relativo a pensamientos, creencias religiosas, filosóficas y políticas, también encontramos como contenido de la vida privada lo relacionado con *la vida pasada de una persona*, ya que ella puede ser motivo de situaciones incómodas en la actualidad. Luego se encuentra también la *vida doméstica* compuesta por el conjunto de hechos o situaciones que se producen dentro del hogar; ella integra el concepto de intimidad por cuanto, dentro del hogar, la persona tiene derecho a estar sola y tranquila. *La familia* obviamente compone un aspecto primordial en lo que a vida privada se refiere, en donde la idea de intimidad familiar se relaciona primeramente con el matrimonio, con la filiación, y todos los problemas que se puedan ocasionar dentro de una familia.⁹⁶

Las comunicaciones también conforman la vida privada de una persona, por ello es entendible la exigencia de respeto y secreto de las mismas en sus diversas formas; epistolar, telegráfica, telefónica, e-mail, etcétera.

⁹⁴ Meins Olivares, Eduardo, op. cit., pp. 305.

⁹⁵ Dentro de este aspecto se aborda lo relativo a la salud de las personas o de los miembros de su familia, así se debe entender como parte integrante de la vida privada de una persona las afecciones de la salud cuyo conocimiento menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulen los demás a su respecto. También el tema del aborto queda comprendido en el concepto de vida privada, aduciéndose que la interrupción del embarazo es una cuestión de decisión de carácter privado de la mujer, y que vendría a ser una especie de proyección de su derecho a la inviolabilidad de su vida privada.

⁹⁶ De un modo indirecto se encontrarían encasillados aquí los asuntos relacionados con la vida sentimental y amorosa, incluyendo la vida sexual, y por extensión las relaciones extramatrimoniales, embarazos prematrimoniales; todas situaciones que entonces se encuentran dentro de la intimidad familiar.

La situación económica personal que incluye aspectos como el nivel de ingreso, patrimonio, inversiones, etcétera también se considera por un grupo de la doctrina como parte de la intimidad. Sin embargo, en nuestro país esta situación no se configura de esta manera puesto que se permite el manejo de ciertas informaciones relativas a la situación económica de una persona, incluso la ley N° 19.628 permite la posibilidad de que se entregue esta información contenida en registros que verse sobre obligaciones de carácter financiero, bancario o comercial, cuando éstas consten en títulos de crédito.

A su vez hay ciertos *hechos*, actos o situaciones que integran la vida privada y que se *producen en lugares públicos*,⁹⁷ ya que sin perjuicio de ello se debe tener presente cuál es la intención de los intervinientes, percatándose si los involucrados han adoptado las seguridades respectivas para mantener su reserva, como por ejemplo ampararse en la oscuridad o estar situados en algún lugar apartado.

El tema resultará un tanto más complejo cuando los involucrados sean personas con relevancia pública; puesto que en estos casos habrá que determinar cuales son las circunstancias del caso; ya que quizás la divulgación o información del hecho pueda resultar necesaria por sobre la preservación de la reserva; considerando igualmente si la conducta estaba orientada o no a que se mantenga en la intimidad, igual que los demás casos, pero sin duda también habrá que estarse a la naturaleza del acto y la incidencia que este pueda tener atendiendo a las actividades propias del sujeto involucrado.⁹⁸ Es bueno acá hacer la salvedad que al referirnos a la situación en que se ven involucrados personas con cierta relevancia pública, nos referimos a individuos que participan en el gobierno, por ejemplo, un presidente de la república, un diputado o un juez, no así personas que por razones de otra índole se han hecho conocidas y públicas también, llámense actores, modelos, deportistas, La diferencia la da el interés público que en la comunidad política se puede producir a raíz de la divulgación de una conducta. Es decir una misma conducta, y su posterior divulgación, puede acarrear diversas consecuencias dependiendo quienes sean los involucrados en ella. No es lo mismo que se den a conocer fotografías de una persona que ostenta algún cargo público, como un juez, o un parlamentario

⁹⁷ Podría estimarse que estas situaciones por el hecho de producirse en un lugar público y existir una especie de consentimiento tácito de los partícipes de que sus actos sean conocidas por terceras personas, ya no serían hechos de carácter privado.

⁹⁸ Canales, Patricia, op. cit., pp.10

en donde quede de manifiesto alguna perversión sexual, o conductas indecorosas; o la comisión de actos de violencia; a que se informe a la comunidad que cualquier otra persona sin ningún tipo de relevancia en la comunidad política incurre en la misma conducta.

Frente a cada uno de estos aspectos la protección se extiende a resguardar la intimidad si ocurren actos de intromisión que perturben el retiro o la opción de soledad que cada persona haya decidido adoptar; o si se pretenden divulgar públicamente hechos privados embarazosos; o que acarreen una falsa opinión o una utilización de la imagen que lo vincule con algún hecho, o simplemente se de una apropiación de imagen o identidad de una persona para obtener un beneficio.⁹⁹

La Constitución en su artículo 19 N° 4, brinda protección al derecho a poseer una vida privada, ya que es la propia persona quien decide el acceso de los demás a su intimidad, determinando cada individuo el control de la información que sobre sí y su familia puede ser difundida. Así, las personas no renuncian a la protección de su derecho a la intimidad y a la vida privada, sino que lo que hacen es decidir la calificación del acto o actividad determinando si es de aquellos que pertenecen a su vida privada o íntima, o no lo es.

Ya se indicó en qué consiste la intimidad o vida privada, ahora queda determinar en qué consiste el segundo de nuestros derechos fundamentales ahora en análisis y que es el *honor*.

Sobre el honor se han formulado distintas teorías para justificar su origen; así se puede mencionar las *concepciones fácticas*; *las fácticas normativas*; *las normativas* y dentro de ellas especialmente *las jurídicas*.

A *grosso modo*, las *concepciones fácticas del honor* se dice que son aquellas que hacen referencia a datos de la realidad, psicológicos o sociológicos. Desde una *perspectiva psicológica* se concibe al honor como aquel sentimiento de autoestimación; la estimación que hace la persona de sus propios atributos morales, intelectuales y físicos; se trata de un aspecto subjetivo, y desde la *perspectiva sociológica* el honor sería la buena fama de que goza una persona en el entorno social en que le corresponde desenvolverse que viene a ser el aspecto objetivo del mismo.¹⁰⁰

⁹⁹ Canales, Patricia, op. cit., pp.5

¹⁰⁰ Labatut Glenda, Gustavo, *Derecho penal*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (1992), pp.181

Si bien el derecho ofrece garantías a los derechos fundamentales, hay que decir que estos claramente no son identificados con estados anímicos o con valoraciones de carácter subjetivo; por lo que esta teoría no brinda la seguridad jurídica necesaria, ya que al estar formulada en términos tan amplios deja al arbitrio de quien supuestamente ha sido ofendido, la tarea de estimar si se produjo o no el ataque a la honorabilidad. La regulación del ordenamiento jurídico no puede depender de las variaciones en torno a la propia estima que se dan de un individuo a otro, incluso, en el mismo individuo, al ritmo de los cambios de actitud intelectual y sentimental que este pueda tener.¹⁰¹

Como críticas de carácter dogmático se señala que la fama puede estar muy por debajo del verdadero valor de una persona, o incluso puede faltar completamente, ya que aquel que tiene fama de persona honrada, pero en realidad es un delincuente, por buena reputación de que goce no tendrá un honor íntegro; lo que permite concluir que existirían personas que tienen un honor disminuido frente a otros, e incluso existirían individuos que carecerían de honor, todo lo que sin duda se contradice con el fundamento natural de los derechos esenciales, que atribuye los derechos a todas las personas por el solo hecho de serlo.¹⁰²

Esta incongruencia de tipo axiológico acarrea consecuencias que son del todo antijurídicas, ya que se observa un problema de titularidad debido que al ser el honor identificado con la fama, implica que al existir personas que carezcan de ella; o bien, ésta se presente pero disminuida, dichas personas no tendrían honor y por esa situación, no tendrían ningún tipo de protección frente a eventuales ataques.¹⁰³

Existen también las *concepciones fácticas normativas* en las que “se considera el valor intrínseco del sujeto como la reputación en conexión con la dignidad de la persona, sobre la base de valores ético sociales de actuación”;¹⁰⁴ es decir, el honor debe ser entendido en referencia a la dignidad humana. Toda esta vinculación que concibe esta teoría permite superar las críticas relativas a la imposibilidad de que existan personas sin honor, puesto que en este

¹⁰¹ Valle Muñiz, José Manuel, “Algunos aspectos sobre los límites de la tutela penal en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal”, en *Documentación Jurídica*, vol. 1, N° 37/40, enero-diciembre, (1983), pp. 653.

¹⁰² Cardenal Murillo, Alfonso y Serrano González de Murillo, José Luis, *Protección penal del honor*, Civitas, Madrid, (1993), pp.30

¹⁰³ Valle Muñiz, José Manuel, op. cit. pp. 653.

¹⁰⁴ Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal*, parte especial, segunda edición, Ariel Derecho, Barcelona, (1986), pp. 142.

sentido se logra explicar la tutela que también tendrían aquellos seres que quizás no gozan de suficiente fama o aquellos menores, o enfermos en los que de acuerdo a la anterior doctrina poseerían en ciertas ocasiones un honor disminuido. Acá ocurre que el valor ético y social de una persona, producto de sus propias acciones y del cumplimiento de sus deberes éticos y sociales, acrecienta el derecho al respeto de los demás.¹⁰⁵

Lo rescatable de esta postura en la *dimensión personal*¹⁰⁶ ciertamente es el hecho que al considerar como fundamento la dignidad humana, no se pasa a traer el principio de igualdad; sin embargo, para esta teoría los ataques contra el honor, no son considerados como ataques a la dignidad de la persona; justificándose ciertas injerencias en atención a criterios de orden social y éticos, que están conformados por una serie de deberes jurídicos y morales. Esto se traduce finalmente en que si la conducta o comportamiento que no logra adecuarse a tales criterios, conlleva una disminución del honor, existiendo final e igualmente un honor diferente para todos.¹⁰⁷

Ahora bien, se deben descartar aquellas posturas fácticas del honor en cuanto estas rompen con el imperativo de igualdad que existe en nuestro ordenamiento, porque como vimos en base a estas posturas existirían personas sin honor lo que resulta inconcebible. Por lo tanto si se trata de determinar cuál es el contenido del honor habrá que centrarse en doctrinas que tomen como base la dignidad humana, puesto que esta es el fundamento último de los derechos esenciales y además hoy en día se haya dotada de un contenido esencialmente jurídico que conlleva considerar al individuo como sujeto de relaciones jurídicas.

Al ser la dignidad inherente a todas las personas, por el hecho de remitirse a ésta para obtener así el contenido del honor, se cumple con el mandato de igualdad exigido por nuestro sistema normativo.

¹⁰⁵ Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español, parte especial*, Dykinson, Madrid, (1992) pp. 231.

¹⁰⁶ La concepción personal sobre el honor es propuesta por Alonso Álamo Hirsch. Ella diferencia dos planos de valoración del honor; uno intelectual y otro material. La valoración intelectual promueve un honor igual para todos, es decir una amplia titularidad, debido a tener siempre presente su derivación de la dignidad, asumiendo la probabilidad de disminución, mas nunca su anulación puesto que lo que hay acá es una titularidad perfecta. La valoración material proclama la existencia de un honor como valor social mediante cuya protección se hace la vida de relación. En este sentido los ataques al honor no son directamente contra la dignidad, sino que a su valor ético y social de actuación del cual surge la pretensión de respeto.

¹⁰⁷ Alonso Álamo, Mercedes, "Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales", en *ADPCP*, Madrid, (1983), pp.142.

Dentro de las posturas que entonces toman como base la dignidad resulta a mi juicio más adecuada la postura normativa funcional que complementa las dimensiones internas y externas que componen el honor y además se basa en criterios estrictamente jurídicos, desechando así los sociales para justificar las diferencias materiales que las personas tiene en sus relaciones.¹⁰⁸

IV. Colisión Entre La Libertad De Expresión Y El Derecho A La Intimidad:

En nuestro ordenamiento hay disposiciones en las que el legislador intenta definir aquello que conforma la vida privada, incluyendo zonas de la intimidad, así ocurre por ejemplo cuando nos dice qué se incluye cada vez que se hace mención a los *datos sensibles*.¹⁰⁹ Ello nos permite excluir ciertas informaciones, que podríamos pensar que son igualmente discretas o de índole particular, atribuyéndole la calidad de mensaje o noticia que si puede ser cubierta por medios de comunicación social, y entregarse al público, sin objeción alguna.

Para efectos de otorgar protección al derecho a la intimidad, la vida privada y especialmente a los datos de carácter personal encontramos el “Habeas Data”. En la ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada o protección de los datos de carácter personal que regula tal garantía, se nos indica qué debemos entender por *datos personales* y el artículo 2 letra f) nos dice que “son los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales identificadas o identificables” y a continuación señala que los datos sensibles son aquellos datos personales; por lo que da a entender que éstos serían una especie de datos personales. Y además se debe mencionar que la citada ley reitera algunas ideas que ya habían sido mencionadas en la ley N° 16.643 sobre abusos de publicidad.¹¹⁰

El habeas data o protección de datos personales, en definitiva establece las garantías mínimas de calidad y confiabilidad de los datos nominativos o personales que se recojan; el derecho de

¹⁰⁸ Cardenal Murillo, Alfonso y José Luis Serrano González de Murillo, *op. cit.*, pp. 42.

¹⁰⁹ La ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo señala en su artículo 30 inciso final, que se consideran pertenecientes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a la vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito. Asimismo la ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal en su artículo 2 letra g) precisa que son datos sensibles aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a los hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

¹¹⁰ Cea Egaña, José Luis, “Los derechos a la intimidad y a la honra en Chile”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, (2000), pp. 159.

las personas a exigir que sus datos personales les sean exhibidos; el derecho a que sean rectificadas, y el derecho a excluir los datos privados mantenidos sin autorización.¹¹¹

A su vez, nuestra Constitución garantiza ambos derechos; por una parte asegura el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia, y a su vez asegura la libertad de emitir opinión e informar, sin censura previa, en los artículos 19 número 4 y número 12 respectivamente.¹¹²

Desde el punto de vista internacional, igualmente ambos derechos gozan de protección; encontramos por una parte la protección concedida a la libertad de expresión en la declaración universal de derechos humanos,¹¹³ el Pacto de derechos civiles y políticos¹¹⁴ y además encontramos la convención americana de derechos humanos.¹¹⁵

La vida privada, el respeto por la intimidad y al honor como ya se mencionó también encuentran protección en el ámbito internacional en la convención Europea.¹¹⁶

¹¹¹ Puccinelli, Oscar, *El habeas data en Indoiberoamérica*, Editorial Temis S.A., Santafe de Bogotá, (1999), pp.221.

¹¹² Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 4: el respeto y protección a la vida privada y a la honra de su persona y su familia.

Nº 12: la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por le medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tiene derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

El estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

Habrá un consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por le correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica.”

¹¹³ Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”

¹¹⁴ Artículo 19 del Pacto de derechos civiles y políticos: “Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”

¹¹⁵ Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “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”

¹¹⁶ Artículo 8 de la Convención Europea: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. También en la convención americana de derechos humanos se contempla en el artículo 11 una protección en el mismo sentido, “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Por ello es sumamente probable que se presenten situaciones en que la libertad de expresión y la vida privada e intimidad puedan entrar en conflicto o al menos; observemos una apariencia de que tal conflicto existe. Por ejemplo la situación de conflicto la podremos presenciar cuando una persona en el ejercicio de su libertad de expresión, se refiera en términos críticos a las acciones de otra persona, dañando su honra. O el caso en que una persona pretenda informar a la comunidad sobre ciertas materias que necesariamente impliquen dar a conocer conductas de otro individuo que lleva a cabo en el ámbito de su vida privada.

Surge entonces el problema de cómo lograr compatibilizar estos derechos y el ejercicio de cada uno. Para resolver esta disyuntiva habrá que recurrir a los criterios de solución propuestos por la doctrina; en especial aquel que busca obtener una interpretación armónica o un equilibrio adecuado entre los derechos.

Justamente estos problemas son los asuntos que terminan siendo resueltos por los tribunales de justicia, quienes se encargan de determinar en los casos sometidos a su decisión cuál es el punto de equilibrio entre los derechos involucrados.¹¹⁷

De acuerdo a lo expuesto en todos los derechos encontramos un contenido jurídico, cada derecho significa y protege algo; y el contenido de un derecho no puede contradecir el contenido jurídico de otro derecho fundamental ya sea porque su titular posee una naturaleza unitaria y coherente; o bien porque las disposiciones constitucionales que los reconocen no pueden interpretarse de modo contradictorio entre sí en virtud de la uniformidad y coherencia que debe existir dentro de un ordenamiento jurídico. Por ende, en una situación concreta cuando hay un aparente conflicto, especialmente entre libertad de expresión y derecho a la privacidad; se debe examinar si la conducta o acto que se enjuicia con la finalidad de otorgarle o negarle protección constitucional, cae dentro o fuera del contenido jurídico del derecho que se invoca como fundamento del acto o conducta.

Se trata entonces primeramente de establecer si la acción está o no protegida por el contenido de un derecho fundamental, debiendo definirse en cada caso y en función de las circunstancias concretas, quien ha ejercitado su derecho según el alcance jurídicamente protegido y quien no,

¹¹⁷ Fuentes Torrijo, Ximena, “Criterios para solucionar el conflicto entre la libertad de expresión y la protección de la honra de las personas: dos métodos distintos de razonamiento jurídico”, en *Ius Et Praxis*, pp. 428.

pues no es posible que ambos derechos se hayan ejercitado de un modo constitucionalmente correcto, y ambos ejercicios sean al mismo tiempo contrapuestos o incompatibles entre sí, todo ello obviamente en armonía con todos los cuerpos legales que regulen el ejercicio legítimo de los derechos invocados.

La labor de determinar cuál es el contenido de los derechos en pugna, parte en la propia Constitución que los reconoce; debiendo luego el intérprete preguntarse cuál es la finalidad de cada uno considerando ahora ya no sólo la disposición que los reconoce, sino todas las demás normas que se relacionen y desarrollen aquel derecho fundamental.

Sin perjuicio de la labor del que realiza el juez como intérprete, existe una misión previa y es la del legislador como ya se revisó al momento de estudiar las garantías; el legislador no debe afectar ese núcleo duro de los derechos, estando obligado a regular su ejercicio de acuerdo con los límites del mismo que deriven directamente de la propia Constitución, ya sea para la protección de otros derechos constitucionales, o de otros bienes constitucionalmente protegidos, lo que debe justificarse racionalmente, quedando así excluida la limitación de los derechos por bienes infraconstitucionales, por muy importantes que ellos puedan ser desde un punto de vista social.¹¹⁸

El análisis del contenido de los derechos fundamentales no puede formularse de manera abstracta y al margen de las específicas circunstancias de los casos concretos. En efecto no se trata de formular completamente de modo general, acabado e invariable el contenido de un derecho fundamental. Se trata más bien de ir definiendo en cada caso concreto los alcances del derecho fundamental con el fin de determinar si la concreta acción que se enjuicia cae dentro o fuera de sus parámetros constitucionales. Estos parámetros constitucionales vendrán dados por la norma constitucional; por la naturaleza jurídica del derecho fundamental de que se trate; y por la finalidad que se persiga con el derecho fundamental en particular.¹¹⁹

Sólo realizando una correcta delimitación del contenido de los derechos se logrará una vigencia armoniosa y complementaria de ellos, los cuales en sí mismos son realidades plenamente compatibles.

¹¹⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, op. cit., pp.

¹¹⁹ Castillo Córdova, Luis, op. cit., pp. 120

La delimitación del contenido de los derechos se debe hacer tomando en cuenta al menos los siguientes elementos: primero, la compleja y unitaria naturaleza del hombre; segundo, la consideración de todo el texto constitucional; y tercero, las circunstancias presentes en cada controversia concreta.¹²⁰

Según Luis Castillo Córdova¹²¹ para determinar cuál es el contenido de los derechos fundamentales no debe realizarse ningún tipo de ponderación de los bienes, ni tampoco se deben comprender como parte integrante de dicho contenido otros bienes jurídicos que supuestamente revisten rango igual o superior, y que en definitiva, limitan ese contenido. Lo anterior debido a que el principio de unidad de la Constitución y la necesidad de interpretar en forma sistemática los preceptos relativos a los derechos fundamentales lo único que exige es que no se lleve a cabo una interpretación aislada de cada derecho fundamental y de la norma constitucional; que plantee un conflicto entre las normas constitucionales o que simplemente vacíe el contenido de éstas.

En el caso que convoca nuestro interés nos encontramos frente a dos derechos esenciales; la libertad de expresión y el derecho a la intimidad; el primero perteneciente a aquellos relacionados con la libertad de pensamiento y el segundo de aquellos integra los derechos de la personalidad de acuerdo a las clasificaciones vistas; y conforman lo más intrínseco de un sujeto; sin embargo, ninguno de estos derechos es absoluto.¹²²

Una de las principales razones para estimar que los derechos jamás podrían ser considerados como derechos absolutos, es la naturaleza social que posee el ser humano, el hombre existe y desarrolla su vida con otros, en comunidad; por lo que difícilmente el individuo podrá ejercer sus derechos en forma absoluta e ilimitada obviando a las demás personas que están a su alrededor.¹²³

Por ello es que la formulación de los derechos debe partir de la base que el contenido de los derechos es limitado, y que se debe convivir con las exigencias no sólo de los derechos de los

¹²⁰ Id., pp. 121

¹²¹ Doctor en derecho. Profesor de derecho constitucional y de protección jurídica de derechos humanos en la Facultad de derecho de la Universidad de Piura, Lima.

¹²² Cea Egaña, José Luis, op.cit., pp.167.

¹²³ Castillo Córdova, Luis, op. cit., pp. 122.

demás integrantes de la comunidad, sino también con aquellos bienes y valores proclamados constitucionalmente como principios de la organización social.

El ejercicio de la libertad de expresión puede causar una especie de conflicto con otros derechos esenciales, en especial con la vida privada; lo que podrá ser resuelto por los tribunales sin que ninguno de ellos, sea sacrificados en forma absoluta. Cea señala que “lo justo en una sociedad democrática, libre pero civilizada y, por lo mismo, respetuosa del prójimo, es admitir que, por muy importante que sea, por ejemplo el disfrute seguro de la libertad de información, él no puede llegar al extremo de abolir, convertir en quimérico o hacer desaparecer el derecho a la intimidad. Aceptar la tesis contraria es, en mi opinión, transitar –con el pretexto de la libertad- por el camino hacia la anarquía y, más tarde, al despotismo, llegándose, en definitiva, a la pérdida de la democracia”.¹²⁴

Si bien es cierto que la información puede invadir abusivamente la esfera de la vida privada de la persona, es también posible que una interpretación demasiado rígida del derecho a la vida privada y la intimidad puede llegar a convertirse en un riesgo grave para el libre ejercicio de la libertad de expresión, por lo que habrá que analizar cuales son las circunstancias del caso para determinar quien se esta excediendo en el ejercicio de su derecho.¹²⁵

Esa es justamente la tarea y la labor garantista que desarrollan los jueces; quienes al resolver el asunto sometido a su decisión deberán argumentar y justificar las razones jurídicas que los llevan a fallar en pro de un determinado derecho, y dentro de éstas se encontramos como ya se adelantó; las razones formales y sustantivas.

Es interesante ver cómo existen argumentaciones a favor de uno u otro derecho y cómo varían los fundamentos según el lugar en que nos situemos, así en algunos países como España hay fallos¹²⁶ que afirman que la libertad de información es jerárquicamente superior al derecho a la intimidad o al derecho al honor, en cuanto aquella libertad tiene especial relevancia para el asentamiento democrático de una sociedad y se le atribuye a esta libertad una posición

¹²⁴ Cea Egaña, José Luis, op. cit., pp.154

¹²⁵ Rolla Giancarlo, op. cit., pp.160.

¹²⁶ Sentencia de tribunal constitucional 172, del 12 de noviembre de 1990: “esta excepcional trascendencia para la existencia de la opinión pública libre como elemento fundamental en un Estado democrático otorga a las expresadas libertades de expresión e información un valor de derecho prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados en la constitución, en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática”.

prevalente en su ordenamiento jurídico que se justifica por su valor institucional. Todo esto ocurre justamente por la importancia social que implica otorgarle esta preferencia a tal derecho fundamental por sobre otros como el derecho al honor, la intimidad y la imagen.

Sin embargo; si los derechos fundamentales son realidades esencialmente no contradictorias entre sí, y cada uno posee un contenido particular debemos suponer que los llamados conflictos entre ellos no existen; o bien, son sólo aparentes, puesto que ningún derecho fundamental podría tener un contenido constitucional que exija y legitime una conducta que sea contradictoria con el contenido de otro derecho también fundamental. Es decir, ningún derecho fundamental puede significar exigir que se legitimen intromisiones o sacrificios del contenido de otro derecho fundamental. Ningún derecho fundamental se sobrepone a otro derecho en un litigio concreto, sino que por el contrario, en cada caso, todos y cada uno de los derechos tienen un contenido que se ajusta y es compatible con el contenido de los demás derechos, de modo que en la práctica también resultan realidades que tienden a convivir de manera unitaria y pacífica.

En el caso que nos convoca, si estamos frente a un eventual conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor y éste se produjo a raíz de una publicación que supuestamente daña o menoscaba la honra de otra persona; la idea no es que prevalezca un derecho por sobre el otro, si no que habrá que establecer por ejemplo si la publicación cae dentro o fuera del contenido protegido por la libertad de información con el propósito de darle o no cobertura constitucional. Si se trata de una publicación que sí cae dentro del contenido protegido por la libertad de información no significa que la libertad de información ha prevalecido sobre el derecho al honor, sino simplemente que la información concreta es protegida por el contenido constitucional de la libertad de información.¹²⁷

Entonces lo concreto es que hay que definir de acuerdo a las circunstancias quién ha ejercitado su derecho según el alcance jurídicamente protegido y quien no, puesto que no es posible que ambos derechos se hayan ejercitado de un modo constitucionalmente correcto, y que ambos ejercicios sean al mismo tiempo incompatibles entre sí.¹²⁸

¹²⁷ Castillo Córdova, Luis, op. cit., pp.118

¹²⁸ Ibid.

Para evitar que se produzcan estas situaciones; la censura constituye un mecanismo utilizado para justamente impedir que esta colisión se produzca. Es necesario que ésta técnica sea definida en forma concreta, ya que la carencia de un concepto de la misma, permite que se integren a ella actuaciones que suelen considerarse arbitrarias, y da pie a que cualquier impedimento pueda ser catalogado como tal, y estos, por legítimos que sean, no siempre lo son.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define censura previa como el examen y aprobación que, anticipadamente, hace el censor gubernativo de ciertos escritos antes de darse a la imprenta. Este concepto ha sido objeto de críticas, puesto que es lógico que toda censura para que lo sea debe tener el carácter de anterioridad, por ende toda censura es previa; y además se señala que no sólo lo es la que emana del órgano gubernativo, ya que ella podría derivar de cualquier ente como ser un juez o cualquier particular y dirigirse no sólo al tipo de información escrita; en definitiva resulta muy restrictiva la definición propuesta por la real academia.

En Chile José Luis Cea Egaña propone también un concepto de censura, él nos dice que es “cualquier impedimento ilegítimo al ejercicio de la libertad de expresión”. Por ende la censura existe sin importar el sujeto activo ni pasivo del respectivo derecho fundamental que resulta así conculcado. La censura cubre incluso la autocensura, que de acuerdo a lo dicho por Cea es tanto o más deleznable que la censura manifiesta o material; lo que asimismo nos obliga a distinguir entre los distintos tipos de impedimentos, ya que algunos aun siendo excepcionales, son o pueden ser legítimos, mientras que otros jamás sería posible reputarlos lícitos.¹²⁹

Así no constituye censura la calificación previa de los espectáculos públicos hecha con el sólo fin de proteger la moral de la infancia y adolescencia, y que consiste en regular el acceso a ellos de los sujetos indicados; tampoco constituiría censura la prohibición de propaganda, apología y cualquier otra conducta del modo en que se plantea en el artículo 13 N° 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹³⁰

¹²⁹ Cea Egaña, José Luis, op. cit., pp. 166.

¹³⁰ Artículo 13 de la convención americana de derechos humanos: “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

CAPITULO III: Jurisprudencia En Chile:

Dicho todo lo anterior es importante conocer cómo nuestros tribunales han resuelto los conflictos o colisiones que se presentan ante ellos entre la libertad de expresión y protección del honor; sobre todo en aquellos casos de mayor relevancia en nuestro país. Veremos en esta sección una síntesis de los hechos, para luego detenernos en el análisis de cual ha sido el razonamiento de nuestros tribunales, para justificar sus resoluciones; observando las diferencias que hay en su razonamiento y argumentación con lo dicho por tribunales extranjeros a los que Chile reconoce plena competencia para la resolución de conflictos, una vez cumplidos determinados requisitos; apreciando así las infracciones a la normativa vigente en nuestro país, y lo tanto que ha costado a nuestros tribunales comprender y tomar conciencia de la vinculación que existe a las normas de orden internacional; teniendo en cuenta la norma del artículo 5 inciso 2 de nuestra carta fundamental; y que muchas veces son obviadas en sus resoluciones, demostrando con ello lo distante que nos hayamos como país de dar cumplimiento a los requisitos mínimos de democraticidad; ya que cada vez que se impide a los individuos ejercer su derecho de libertad de expresión en forma legítima, ya sea en su dimensión individual o colectiva; para consecuentemente contar con una comunidad instruida a la hora de ejercer sus demás derechos, vamos contra la base fundamental en un régimen democrático y que es la posibilidad de informarnos e informar libremente conociendo todos y cada uno de los asuntos de interés público en nuestro país.

1) El Caso Martorell:

El primero corresponde “caso Martorell” en donde con fecha 21 de abril de 1993, se publica un libro impreso en Argentina, denominado “Impunidad Diplomática” que trataba sobre las circunstancias que condujeron a la partida del ex Embajador argentino en Chile Oscar Spinosa Melo, haciéndose referencia en él a ciertos comportamientos indecorosos de personajes públicos chilenos. Esto último llevó a que se interpusiera un recurso de protección de

carácter preventivo contra el periodista, por la amenaza de que se difunda en el país dicho texto.¹³¹

Este recurso es acogido por la Corte de Apelaciones, determinándose que *el derecho al honor y el derecho a la vida privada tienen mayor jerarquía que la libertad de expresión, ya que el ejercicio de ésta se encontraría restringido por el derecho del artículo 19 N° 4.*¹³² Incluso posteriormente se entablaron varias acciones penales ante los tribunales chilenos contra el señor Martorell por personas que alegaban que el contenido del libro “Impunidad diplomática” era calumnioso e injurioso a su honor y dignidad.¹³³

Luego la Corte Suprema confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones e indica que *el respeto a la vida privada, a la dignidad y a la honra de la persona humana y de la familia constituyen valores de tal jerarquía y trascendencia que la sociedad política se organiza precisamente para preservarlos y defenderlos, de modo que no puede admitirse concepción alguna del bien común que permita el sacrificio de ellos, ni convertir tal sacrificio en un medio para que prevalezca otra garantía constitucional,* por lo que así se rechaza el recurso de apelación interpuesto, manteniéndose la prohibición de la circulación del libro.¹³⁴

Los tribunales chilenos utilizan el primero de los criterios revisados anteriormente considerando que entre los derechos opera una jerarquía en virtud de la cual el derecho a la intimidad prevalece sobre la libertad de expresión. La doctrina a su vez ha señalado que la enumeración de nuestra constitución no es al azar, ni arbitraria, sino que por el contrario en ella se detecta un claro orden de prelación en razón de la importancia asignada a cada uno de los derechos fundamentales consagrados, por lo que a medida en que se descende en la enumeración va disminuyendo también la importancia de los mismos derechos.¹³⁵

Las razones para arribar a tal conclusión pasan por un tema de que la libertad de expresión desde un punto de vista nacional e internacional; está sujeta a restricciones entre las cuales se

¹³¹ Con fecha 21 de abril de 1993, el señor Andrónico Luksic Craig, empresario chileno, presentó este recurso de protección ante la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago alegando que el libro constituía una amenaza a su derecho a la privacidad, solicitando que se prohibiese su circulación. La Corte de Apelaciones de Santiago dicta una "orden de no innovar" que prohibió temporalmente el ingreso, distribución y circulación del libro en Chile hasta que se adoptase una decisión definitiva sobre el caso.

¹³² Sentencia de la corte de apelaciones del 31 de mayo de 1993.

¹³³ Comisión interamericana de derechos humanos, informe n° 11/96, disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/96span/chile11230.htm>, formato htm.

¹³⁴ Sentencia de la Corte Suprema, 15 de mayo de 1993.

¹³⁵ Fuentes Torrijo, Ximena, op. cit., pp.432.

contempla la protección a la privacidad y la honra. En cambio, la protección a la esfera de intimidad de las personas, no contempla ninguna restricción.

De hecho el razonamiento planteado por el gobierno a la Comisión apunta a que Chile está sometido a obligaciones diferentes y contradictorias que se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; por una parte, y en la Convención Americana, por la otra. Existiendo una diferencia sustancial entre las obligaciones que se establecen en ambos instrumentos. Por un lado la Convención establece que este derecho sólo estará sujeto a la imposición subsiguiente de responsabilidad; lo cual es menos amplio que lo estipulado en el Pacto, que si acepta restricciones de tipo legal para proteger los derechos de otros, distinguiendo a su vez entre la libertad de expresión y el derecho a la libertad de opinión. La primera si puede estar sujeta a restricciones, mientras que el segundo constituye un derecho absoluto; por ello entonces la acción contra la publicación y la circulación del libro titulado no afectó, según el Gobierno, la libertad de opinión del autor, ya que su contenido no expresaba opiniones o pensamientos del autor, sino que sólo constituía material difamatorio y ofensivo sobre la vida privada de varias personas Así entonces, arguyen finalmente que la protección de la privacidad y de la honra tiene mayor jerarquía que la libertad de expresión.¹³⁶

En virtud de estos acontecimientos es que con fecha 23 de diciembre de 1993, la Comisión recibió la denuncia que interpusieron Human Rights Watch Americas y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional con relación a este caso. En la misma se alegaba que la prohibición de la entrada, distribución y circulación en Chile del libro constituía una violación del artículo 13 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que protege el derecho de libertad de pensamiento y expresión.¹³⁷

Hay que tener presente que la convención prohíbe en forma absoluta cualquier modo de censura previa como medio de proteger el derecho al honor y establece que la imposición subsiguiente de responsabilidades constituye la única forma adecuada y aceptable para evitar

¹³⁶ Id., pp. 431

¹³⁷ Los solicitantes plantean que la Convención en su artículo 13 al garantizar la libertad de pensamiento y de expresión, procura preservar la autonomía individual al reconocer y proteger los derechos de expresar, crear y recibir información, situación que además asegura el funcionamiento de un gobierno democrático puesto que se garantiza el libre intercambio de ideas en la vida pública reconociendo el derecho colectivo de estar informado. Al respecto véase el informe N° 11/96 de la comisión interamericana de derechos humanos disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/96span/chile11230.htm>, formato htm.

los abusos en el ejercicio de la libertad de expresión. No obstante; permite la imposición de restricciones sobre el derecho de libertad de expresión con el fin de proteger a la comunidad de ciertas manifestaciones ofensivas y estipula los límites permisibles y los requisitos necesarios para poner en práctica estas limitaciones.¹³⁸

Pese a la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión; la Comisión considera que la decisión de los tribunales chilenos de prohibir la entrada, la circulación y la distribución del libro “Impunidad diplomática” en Chile, infringe el derecho a difundir informaciones e ideas de toda índole que Chile estaría obligado a respetar por ser Estado parte en la Convención Americana y haber aceptado a someterse a dicha normativa. Es decir, la decisión constituye una restricción ilegítima del derecho a la libertad de expresión, mediante un acto de censura previa, emanado de los tribunales y que no estaría autorizado por el artículo 13 de la Convención

La Comisión no acepta el punto de vista del Gobierno de Chile en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión; considera que la interpretación de los derechos contenidos en estos artículos no presenta, como sostiene el Gobierno de Chile, un conflicto de diferentes principios entre los que haya que escoger.

La Comisión no está de acuerdo con ese argumento porque la forma de proteger la honra que ha utilizado el Estado de Chile en el presente caso es ilegítima. 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 Americana

Hay que decir que en ambos fallos de los tribunales chilenos se observa que utilizan un razonamiento netamente formal, que resulta criticable porque carece de una argumentación que demuestre que el tribunal realmente realizó un procedimiento de ponderación en el caso concreto las circunstancias del caso. De hecho se observa que la conclusión del tribunal no aporta nada, siendo igual al planteamiento inicial de su sentencia; y que es, la jerarquía que

¹³⁸ Comisión interamericana de derechos humanos, relatoría para la libertad de expresión, disponible en <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=152&IID=2>, formato htm.

existiría entre los derechos concluyéndose que el honor estaría por sobre la libertad de expresión. Lamentablemente los tribunales chilenos no examinaron la posibilidad de que exista un interés público comprometido en los hechos narrados en el libro en cuestión.

Hay que tener claro que debido al amplio concepto de libertad de pensamiento y expresión la propia convención contempla restricciones a la misma, las que sin embargo deben interpretarse de acuerdo con los límites específicos establecidos por el artículo 13 de dicha normativa.

2) Caso “La Ultima Tentación De Cristo” Olmedo, Bustos y Otros:

Otro caso emblemático es el relacionado con la exhibición de la película “La ultima tentación de Cristo”, en donde un grupo de católicos interpuso un recurso de protección también de carácter preventivo ante la amenaza de que se difundiera el filme, por lo que en defensa de la honra y de la imagen de Cristo, arguyen que no es del todo conveniente que se exhiba dicha película. La Corte de Apelaciones examina la imagen que se propone de las figuras bíblicas en la película y con fecha 20 de enero de 1997 en forma unánime acoge el recurso interpuesto, sentencia que fue posteriormente confirmada por la Corte Suprema con fecha 17 de junio de 1997, y que acarreó como consecuencia la prohibición de la exhibición de la película, cualquiera fuera la edad del espectador y la sala de proyección.¹³⁹

La Corte prohíbe así la exhibición del filme aduciendo que en ella se muestra un contenido diverso al planteado por la Biblia sobre la vida de Jesús. Es decir, prohíbe la exhibición en razón del supuesto mensaje anticristiano que nos brindaría la película, estimando incluso que constituye una ofensa para los cristianos ya que Jesús aparece como una persona insegura, de poca personalidad, un tanto histérico y patético, miedoso, parece ser un Cristo por casualidad y a pesar suyo. Resulta bastante curioso argumentar un fallo teniendo en cuenta el honor de una persona que a todas luces no se encuentra terrenalmente presente; y además considerar que la supuesta burla a este ser afecta además a otras personas.

Posteriormente y como consecuencia de ello el 15 de enero de 1999 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra la República

¹³⁹ Sentencia de 20 de enero de 1987, causa rol N° 4079-96

de Chile derivada de una denuncia recibida en la Secretaría de la Comisión el 3 de septiembre de 1997.

La Comisión pretende que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determine si hubo violación por parte de Chile de los artículos 12 de la Convención sobre la libertad de conciencia y de religión; y 13 relativo a la libertad de pensamiento y de expresión del mismo cuerpo legal.¹⁴⁰ Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que, en caso de existir estas violaciones declare que Chile incumplió también los artículos 1 n° 1 sobre la obligación de respetar los derechos y el artículo 2 relativo al deber de adoptar disposiciones de derecho interno.¹⁴¹

Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que autorice la normal exhibición cinematográfica y publicidad de la película; que adapte sus normas constitucionales y legales a los estándares sobre libertad de expresión consagrados en la Convención Americana, para así eliminar la censura previa a las producciones cinematográficas; que asegure que los órganos del poder público ejerzan efectivamente los derechos y libertades de expresión, conciencia y religión reconocidos en la Convención Americana, y se abstengan de

¹⁴⁰ Artículo 12 de la Convención Americana de derechos Humanos dispone: “1) Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2) Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3) La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4) Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 13 de la Convención Americana: “1) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2) El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso dos. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

¹⁴¹ La comisión señala que dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y, en particular, de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, producto de la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película La Última Tentación de Cristo

imponer censura previa a las producciones cinematográficas. Igualmente solicita reparación a las víctimas por el daño sufrido y el respectivo pago costas.¹⁴²

La Comisión a propósito de este caso ha dicho que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago y la sentencia de la Corte Suprema, al dejar sin efecto la resolución administrativa del Consejo Nacional de Calificación Cinematográfica que aprobó el 11 de noviembre de 1996 la exhibición de la película “La Última tentación de Cristo”, cuando ya regía en Chile la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resultan incompatibles con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violan lo dispuesto en los artículos 1 número 1 y 2 de la misma; ya que cada vez que se presenta una situación en que una norma constitucional sea incompatible con la Convención, el Estado parte está obligado, de conformidad con el artículo 2 a adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la misma Convención y en este caso en particular el Estado de Chile no modificó su legislación.¹⁴³

Sólo en abril de 1997 cuando Eduardo Frei Ruiz-Tagle, dirige un mensaje a la Cámara de Diputados se presenta un proyecto de reforma al artículo 19 número 12 de la Constitución, que busca por fin eliminar la censura cinematográfica y sustituirla por un sistema de calificación que consagrara el derecho a la libre creación artística.

Hay que decir que en este caso la comisión planteó este caso involucrando derechos como la *libertad de conciencia, de creencia y de religión* abordándolo en dos sentidos; uno que coincide con la *libertad de expresión*, y otro que supone la *libertad de buscar y recibir información*. Y en virtud de este razonamiento es que se afirma por la Comisión que los fallos de los tribunales del Estado de Chile violarían el artículo 12 de la Convención.¹⁴⁴

Además se indica que la libertad de expresión encuentra su fuente en artículo 19 n° 12 de la Constitución Política chilena, que debe ser complementado con el artículo 13 de la

¹⁴² Sentencia de 5 de febrero de Corte Interamericana, Serie C No. 73, caso sobre la exhibición del filme la última tentación de cristo, Olmedo Bustos y otros versus Chile, pp.2 disponible en http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=4, formato Word.

¹⁴³ Id., pp. 3

¹⁴⁴ Así lo hacen ver los informes periciales de don José Zalaquett Daher, abogado especialista en derechos humanos; y el peritaje de Juan Agustín Figueroa Yávar, abogado especialista en derecho procesal.

Convención,¹⁴⁵ lo que implica que en Chile esta libertad comprende la libertad de expresión y la de información.

De acuerdo a la Convención, como dijimos en el análisis del caso anterior, se prohíbe todo tipo de censura; y sólo existen tres mecanismos alternativos mediante los cuales se pueden imponer restricciones al ejercicio de la libertad de expresión que serían; las responsabilidades ulteriores, la regulación del acceso de los menores a los espectáculos públicos y la obligación de impedir la apología del odio religioso. Estas restricciones no pueden ir más allá de lo establecido en el artículo 13 de la Convención y no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual fueron establecidas, tal y como lo establece el artículo 30 de la Convención.

Chile al someterse a esta normativa internacional y luego permitir la aplicación de la norma constitucional que da lugar a la censura en la exhibición de películas infringe el artículo 13 numeral 2 de esta normativa.¹⁴⁶ El acto constitutivo de censura es la prohibición emanada del poder judicial para que se exhiba el filme; que claramente no se relaciona con ninguna de las motivaciones previstas en la Convención; ya que los tribunales chilenos argumentan que se daña la honra de determinadas personas como los recurrentes; los creyentes y de todos aquellos que consideran a Jesús como su modelo de vida; y que además la exhibición resulta ofensiva a la figura de Jesucristo, y por lo tanto esta prohibición constituye un mecanismo de defensa del derecho al honor y a la reputación de Jesucristo.

¹⁴⁵ El artículo 13 de la Convención Americana dispone: “1) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2) El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso dos. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

¹⁴⁶ Chile en situaciones anteriores ya había acatado la normativa internacional; así la jurisprudencia reconoció la preeminencia de la Convención sobre las normas domésticas en materia de giro doloso de cheques, puesto que las normas internas que limitaban la libertad provisional al depósito previo del monto del respectivo documento, se entendieron derogadas por las normas del Pacto de San José.

Sin embargo; esta interferencia estatal a mi juicio más que afectar el honor de los recurrentes, de los creyentes y de quienes consideren a Jesús como modelo de vida; afecta a todas luces de la libertad de expresión de estos individuos y de todos aquellos que sí desean ver la película y formarse una opinión de la misma.

La Corte estimó que en este caso no había violación al artículo 12 de la Convención aún cuando en los hechos claramente se priva a la sociedad de acceder a información que les pudiera haber permitido mantener, cambiar o modificar sus creencias. La corte estima que la prohibición a que se exhiba el filme no privó, ni menoscabó a ninguna persona en su derecho de conservar, cambiar o divulgar con absoluta libertad su religión o creencias

Sin embargo, considera que el Estado no ha cumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y tampoco ha modificado su ordenamiento jurídico interno en conformidad a las disposiciones de la misma convención, declarando que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3) Caso Alejandra Matus y Otros v/s Chile, “Del Libro Negro De La Justicia Chilena”:

Un tercer caso relativo al tema en comento dice relación con el conocido “Libro Negro De La Justicia Chilena”. El 13 de abril de 1999 se da a conocer en Chile dicho libro cuya autoría recae en la periodista Alejandra Matus Acuña, siendo la Editorial Planeta la encargada de su publicación. Sin embargo; en esta misma fecha fueron requisados todos los ejemplares ya que el juez de la Corte de Apelaciones de Santiago, don Rafael Huerta adopta esta medida en respuesta al requerimiento del juez de la Corte Suprema Servando Jordán, en que solicita obrar conforme al artículo 6 b) de la Ley de Seguridad del Estado.¹⁴⁷⁻¹⁴⁸

¹⁴⁷ Informe N° 90/05 de la comisión interamericana de derechos humanos, disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/2005sp/Chile12142.sp.htm>

¹⁴⁸ El artículo 6 de la Ley N° 12.927 de Seguridad Interior del Estado, establecía que: “Cometen delito contra el orden publico: los que ultrajaren públicamente la bandera, el escudo o el nombre de la patria y los que difamen, injurien o calumnien al Presidente de la República, Ministros del Estado, Senadores o Diputados, miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, Contralor General de la República, Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, o General Director de Carabineros, sea que la difamación, la injuria o la calumnia se cometa con motivo o no del ejercicio de las funciones del ofendido”.

Este hecho implicó que Marcela Matus Acuña fuera víctima de censura y sometida a un proceso judicial que la obligó a salir de su país para evitar ser privada de su libertad; y que sus libros fueron incautados por orden judicial y estuvieran fuera de circulación.

Lo anterior motivó que en mayo del mismo año se interpusiera un reclamo ante la Corte de Apelaciones de Santiago, recurso que posteriormente fue rechazado. Esta resolución fue apelada y la Corte de Apelaciones de Santiago declara inadmisibile el recurso, por lo que se interpone un recurso de hecho contra la resolución, resolviendo finalmente la Corte Suprema que no conocería la apelación presentada, por haberse resuelto la reclamación por un tribunal colegiado.

Asimismo, pero con fecha 19 de abril de 1999 se interpone un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago a fin de levantar la medida judicial de requisición del “Libro Negro de la Justicia Chilena”, fundándose en el artículo 19 n° 12 de la Constitución y el artículo 13 de la Convención Americana; recurso que fue declarado inadmisibile en atención a que el libelo presentado constituía un asunto del que ya estaba conociendo un tribunal legalmente constituido; y que las acciones y recursos previstos en tal procedimiento ya resguardan plenamente los derechos que se buscaba cautelar por el recurso de protección.

Asimismo, la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas también interpone un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por considerar que la incautación configura un acto de censura previa, que se encuentra prohibida por el artículo 19 de la Constitución y por el artículo 13 de la Convención Americana.

En el caso en comento otro derecho que se ve involucrado y se alega su violación es el derecho de propiedad intelectual de Alejandra Matus sobre “El Libro Negro de la Justicia Chilena”, puesto que él constituye un bien y como tal, está protegido por el artículo 21 de la Convención Americana.¹⁴⁹ Se sostuvo que el Estado de Chile pretendió restringir el concepto de bienes sólo a los bienes físicos y tangibles, como son los libros incautados; desconociendo los derechos que emanan de la propiedad intelectual de la obra, en virtud de los cuales, el

¹⁴⁹ Artículo 21 de la convención americana de derechos humanos dispone: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

autor de una obra recibe un porcentaje de las ganancias que genera la venta del mismo, lo que en el caso, no se produce.¹⁵⁰

Desde un punto de vista procesal y para efectos de determinar la admisibilidad de recurrir a órganos extranjeros; queda de manifiesto el agotamiento de los recursos internos. Este hecho al no ser controvertido por el Estado de Chile permite que la Corte interamericana admita a tramitación el caso.

La Corte ha entendido que el deber de no interferir con el goce del derecho de expresarse libremente se extiende a la libre circulación de información, de ideas y la exhibición de obras artísticas que puedan o no contar con la aprobación de las autoridades estatales y teniendo presente la prohibición casi absoluta a la censura previa que revela la importancia que se le concede a la libertad de expresión, ya que al configurarse una situación de censura lo que se produce es una suspensión radical de la libertad de expresión al impedirse la libre circulación de información, ideas, opiniones, o noticias.

Finalmente la Corte interamericana a diferencia de lo que resolvieron nuestros tribunales; determinó que las normas de la Ley de Seguridad del Estado que permitieron la incautación de la obra y dieron fundamento a la causa penal iniciada contra la autora y los directivos de la Editorial Planeta, resultaban claramente incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana.

Y en lo que respecta a determinar si hubo o no infracción al artículo 2 del mismo cuerpo normativo, en el sentido que lo dispuesto en ella también se extiende a la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías; al haberse derogados los artículos 6 letra b) y 16 de la Ley de Seguridad del Estado, la Corte consideró que con esta nueva legislación, y en este caso particular el Estado de Chile adoptó las medidas legislativas necesarias para adecuar su ordenamiento jurídico interno al artículo 13 de la Convención Americana.

¹⁵⁰ Informe N° 90/05 de la comisión interamericana de derechos humanos, disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/2005sp/Chile12142.sp.htm>

Sin perjuicio de ello; considero que la Corte en este aspecto incurrió en un error puesto que a mi parecer el Estado no cumplió oportunamente con su obligación de garantizar el efectivo goce del derecho protegido en el artículo 13 de la Convención, violándose entonces el artículo 2 de la Convención.

4) Caso Claude Reyes y Otros v/s Chile:

Y por último se debe hacer mención a una situación producida hace un par de meses en que Chile nuevamente se ha visto involucrado en estos temas en donde se discute si existe o no infracción a los artículos 13 y 25 de la convención americana en relación con los artículos 1 n° 1 y 2 de la misma convención, ello en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero.

En lo que respecta a los hechos hay que decir que con fecha 8 de julio de 2005 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Chile en virtud de una denuncia recibida en la Secretaría de la Comisión el 17 de diciembre de 1998.¹⁵¹

Los hechos que expone la Comisión en la demanda habrían ocurrido entre mayo y agosto de 1998 y se refieren a la supuesta negativa del Estado de brindar a las personas ya indicadas la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor, que consistía en un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en la décimo segunda región de Chile y que podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile.¹⁵² Indica además la comisión que

¹⁵¹ El 17 de diciembre de 1998 un grupo integrado por la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, las organizaciones chilenas ONG FORJA, Fundación Terram y la Corporación la Morada, el Instituto de Defensa Legal del Perú, la Fundación Poder Ciudadano y la Asociación para los Derechos Civiles y los señores Baldo Prokurica Prokurica, Oswaldo Palma Flores, Guido Girardo Lavín y Leopoldo Sánchez Grunert, presentan la denuncia ante la Comisión.

Posteriormente, con fecha 10 de octubre de 2003 la Comisión aprueba el Informe N° 60/03, mediante el cual declara admisible el caso para luego concluir con fecha 7 de marzo de 2005 que Chile “violó los derechos de Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero al acceso a información pública y a la protección judicial, previstos en los artículos 13 y 25 de la Convención Americana, respectivamente, en relación con los artículos 1 N°1 y N°2 de la Convención, al haberles negado el acceso a información en poder del Comité de Inversiones Extranjeras de Chile y al no otorgarles acceso a la justicia chilena para impugnar esa denegación.

¹⁵² En cuanto a la solicitud de información que hizo al Comité de Inversiones Extranjeras en relación con el proyecto del Río Cóndor y la empresa Trillium, sobre la idoneidad del inversionista, su trayectoria a nivel internacional y el cumplimiento de normas ambientales, jurídicas y tributarias, todo ello con el objetivo de tener una participación activa en el debate y en la discusión sobre el proyecto Río Cóndor desde la economía para hacer una evaluación técnico-económica y social del proyecto, así como para evaluar el potencial desarrollo que tendría la región y el país en relación a dicho proyecto.

el estado se negó sin ofrecer una justificación válida, y tampoco otorgó un recurso judicial efectivo para impugnar esta violación del derecho a acceder a la información, no asegurando la protección judicial, ni contando con medios para garantizar el derecho al acceso a la información pública.

La comisión indicó que la divulgación de la información que existe en poder del Estado juega un rol importantísimo en una sociedad democrática, ya que habilita a la sociedad a controlar las acciones del gobierno. Y el artículo 13 de la Convención comprende la obligación del Estado de brindar acceso a esta información, para evitar abusos de los funcionarios, promover la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permitir un debate público sólido e informado; que se basa en el principio de máxima divulgación; que implica que es el Estado el encargado de demostrar que las limitaciones al acceso a la información son compatibles con las normas interamericanas sobre libertad de expresión; es decir, es él quien tendrá que justificar por qué la divulgación constituye una amenaza de causar un perjuicio; que en todo caso deberá ser mayor que el interés público en disponer de la información.

Sin embargo; en los hechos el Comité de Inversiones Extranjeras nunca dio una respuesta por escrito en relación a la información faltante, no demostrando cómo la retención de aquella era necesaria para cumplir con lo previsto en el artículo 13 de la Convención. Tampoco da argumentos que demuestren que la divulgación de la información habría causado un perjuicio sustancial a estos objetivos, y que ese perjuicio hubiera sido mayor que el interés público en divulgar la información.

De acuerdo a las pruebas ofrecidas en este caso se observa que ante la preocupación por la posible tala indiscriminada de bosque nativo en el extremo sur de Chile, por parte de una empresa extranjera se solicitó información sobre Forestal Trillium Ltda. y el Proyecto de Río Cóndor, y ante la negativa del Comité de brindar la información se interpusieron varios recursos judiciales, ya que al no obtenerse una respuesta satisfactoria, se configura un perjuicio a la ciudadanía y una infracción por parte del estado a las obligaciones a las que está sujeto.

Luego de reiteradas comunicaciones solicitando información en base a la obligación de transparencia que recae en los agentes del Estado y el derecho de acceso a la información pública y producto de la falta de respuesta e infundadas negativas el 27 de julio de 1998, Marcel Claude Reyes, por sí y en representación de Fundación Terram, Sebastián Cox Urrejola, por sí y en representación de la ONG FORJA y Arturo Longton Guerrero, por sí, y en su calidad de Diputado de la República, presentan un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en base a la omisión arbitraria en el acceso a información pública, no permitida por el ordenamiento jurídico que inhabilita a los recurrentes a realizar un control social sobre los órganos de la Administración del Estado.¹⁵³

En julio de 1998 la Corte de Apelaciones de Santiago declaró inadmisibles los recursos de protección interpuestos, argumentando únicamente que el recurso adolece de manifiesta falta de fundamento, y el recurso de protección tiene por objeto restablecer el imperio del derecho cuando éste ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que amenazan, perturban o privan del ejercicio legítimo de alguna de las garantías taxativamente numeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, dejando a salvo las demás acciones legales; y que se adopta esta decisión de conformidad con lo dispuesto en el N° 2 del Auto Acordado de la Exma. Corte Suprema.¹⁵⁴

Posteriormente se interpone un recurso de reposición solicitando que la Corte se sirva reponer la resolución de 29 de julio de 1998 dejándola sin efecto, declarando admisible el recurso de protección, argumentándose que la resolución no contiene justificación de fondo relacionada a la inadmisibilidad y no se condice con lo dispuesto en el N° 2 del Autoacordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, constituyendo además una violación a lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución en relación con el artículo 25 de la Convención Americana. En agosto de 1998 la Corte de Apelaciones declaró no ha lugar este último recurso interpuesto.

¹⁵³ El recurso se fundamentó en la supuesta violación por parte de Chile al derecho de los recurrentes a la libertad de expresión y de acceso a información en poder del Estado, garantizado por el artículo 19 número 12 de la Constitución chilena, en relación con el artículo 5 inciso 2 de la misma; el artículo 13 número 1 de la Convención Americana y el artículo 19 número 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁵⁴ El N° 2 del Auto Acordado de la Exma. Corte Suprema dispone: “El Tribunal examinará si ha sido interpuesto en tiempo y si tiene fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación. Si en opinión unánime de sus integrantes su presentación ha sido extemporánea o adolece de manifiesta falta de fundamento lo declarará inadmisibles desde luego por resolución someramente fundada, la que no será susceptible de recurso alguno, salvo el de reposición ante el mismo tribunal”

El marco legal con que contamos en estos momentos son la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575 de 1986 que no contempla disposiciones que hicieran referencia al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado y a los principios de transparencia y publicidad de la Administración. Dicha ley tampoco consagraba un procedimiento para poder acceder a la información que tuvieran los órganos administrativos.

En diciembre de 1999 se publica la Ley N° 19.653 sobre Probidad administrativa aplicable a los órganos de la administración del Estado; que incorporó los principios de probidad, transparencia y publicidad y fijó el derecho a recurrir al juez de letras en lo civil, solicitando amparo al derecho a requerir por escrito cierta información. Posteriormente con fecha 17 de noviembre de 2001 se publicó el Decreto con fuerza de ley N° 19.653 que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575.¹⁵⁵

Bajo esta legislación el jefe superior del órgano requerido debe proporcionar la información y documentación que se le solicite, salvo que concurra alguna de las causales que lo autorizan a negarse. En tal caso la negativa deberá ser formulada por escrito y contener las razones que motivan tal decisión.¹⁵⁶

En mayo de 2001 se publica el Decreto Supremo N° 26, que establece el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, y dispone que para que el órgano administrativo esté en condiciones de entregar la información requerida,

¹⁵⁵ Con la dictación del Decreto con fuerza de ley N° 19.653 son públicos los actos administrativos de los órganos de la administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, extendiéndose así la publicidad a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto de la Ley sobre Sociedades Anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma.

Si la información no se encuentra a disposición del público de modo permanente, el interesado tendrá derecho a requerirla por escrito al jefe del servicio respectivo quien podrá denegar el acceso a ella por las causales estipuladas en la ley, pero denegada la petición por causal distinta de la de seguridad de la Nación o el interés nacional, el interesado tiene derecho a recurrir al Juez de Letras en lo Civil, y contra la sentencia que dicte ese juez se puede interponer el recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva. En caso de que la causal invocada fuere la seguridad de la Nación o el interés nacional, la reclamación del requirente deberá deducirse ante la Corte Suprema.

¹⁵⁶ Las únicas causales por las que el Estado puede negarse a proporcionar información son: la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido; y que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

ésta debe referirse a actos administrativos o a documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial y definiendo cada uno de estos conceptos. Y luego en mayo de 2003 se publica la Ley N° 19.880 sobre procedimientos administrativos, incorporándose el principio de publicidad. En su artículo 16 se estipula que salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial.

Finalmente el 26 de agosto de 2005 entró en vigencia la Ley N° 20.050, mediante la cual se realizó una reforma a la Constitución y entre ellas se incorporó un nuevo artículo 8 que eleva a rango constitucional el principio de probidad y publicidad.¹⁵⁷

La aprobación de la reforma constitucional al artículo octavo lejos de ser todo un acontecimiento por haber elevado el rango del principio de publicidad y transparencia; convierte en inconstitucional el artículo 13 de la Ley de Bases, que permitía establecer reserva a través de reglamentos;¹⁵⁸ y consecuentemente se deroga el decreto N° 26,¹⁵⁹ norma que constituía una fuerte barrera al acceso de información; además este nuevo artículo 8 es más restrictivo en las causales de negativa de información, lo que es bastante importante puesto que anteriormente al contemplarse causales tan amplias se daba pie a que exista una interpretación a veces arbitraria por parte de las autoridades.¹⁶⁰

Por lo tanto, somos testigos de que el Estado ha ido adaptando su normativa interna en conformidad al artículo 13 de la Convención; incluso fuera del nuevo artículo octavo

¹⁵⁷ El nuevo artículo 8 de la Constitución Política de la República dispone: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. 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 aquéllos 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”.

¹⁵⁸ Entre los años 2001 a 2005 se dieron prácticas administrativas a favor de la reserva y el secreto de actos administrativos, documentos y antecedentes. Dichas prácticas tuvieron como base el Reglamento sobre Secreto o Reserva creado bajo el Decreto Supremo N° 26 del Ministerio General de la Presidencia, que excediéndose en las competencias normativas, aumentó las causales de denegación de información y desencadenó la emisión de un centenar de resoluciones por parte de los órganos de la Administración que transformaron el secreto y la reserva en regla general de desmedro de los principio de transparencia y publicidad.

¹⁵⁹ Al derogarse este decreto el 30 de enero de 2006 quedan derogadas tácitamente todas las Resoluciones dictadas al amparo de aquel Reglamento que establecieron casos de secreto o reserva de actos y documentos de la Administración; por ello el Ministro Secretario General de la Presidencia remite a diversas autoridades del Estado una comunicación, con los criterios y reglas actualmente aplicables en materia de publicidad y acceso a la información administrativa.

¹⁶⁰ El inciso 11 del artículo 13 de la Ley de Bases establecía cinco causales de reserva o secreto; podía establecerse según normas legales o reglamentarias; si la publicidad impedía o entorpecía el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; la oposición de terceros; la afectación sensible de derechos o intereses de terceros; y que la publicidad afecte la seguridad o el interés nacional.

recientemente se ha elaborado un proyecto de ley, destinado a perfeccionar la normativa legal que rige actualmente el derecho de acceso a la información, su ejercicio, límites y mecanismos de impugnación para el caso de limitación abusiva, ilegal o arbitraria de su ejercicio.

Sin embargo, de acuerdo a los informes de las comisiones del Senado y Cámara; la reforma al artículo 8 de la Constitución Política jamás apuntó a la existencia de un derecho de acceso a la información, sino que simplemente era la consagración constitucional de lo ya establecido en los artículos 13 y 15 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración; y que en el fondo sólo introduce a la carta fundamental el principio de publicidad aplicable ahora a todos los órganos del Estado y no sólo a la Administración.¹⁶¹

La norma constitucional establece los límites al acceso a la información y advierte que sólo pueden ser impuestos por una ley de quórum calificado. Las nuevas causales dispuestas en el artículo 8 de la Constitución señalan que sólo se podrá establecer el secreto o la reserva cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, los derechos de las personas, la seguridad nacional o el interés nacional.

Ahora bien, la tarea de la corte en este caso consistió en determinar si la falta de entrega de una parte de la información solicitada al Comité de Inversiones Extranjeras en 1998, constituyó o no una violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, y si hubo o no violación al artículo 13 de la Convención Americana.

La corte determinó que la parte de la información que no fue entregada por el Estado si era de interés público y estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas. Consecuentemente, existe la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido el Estado pueda limitar el acceso a la misma. Y la

¹⁶¹ Moción del honorable senador señor romero, mediante la cual inicia un proyecto que modifica la ley n° 18.575, en materia de transparencia y publicidad de actos de la administración del Estado; pp. 1-2, disponible en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>, formato html, consultado en febrero 2007.

información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción.¹⁶²

De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual contiene las dos dimensiones del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.

En este sentido, el accionar del Estado se debe regir por los principios de publicidad y transparencia, lo que permite que las personas ejerzan un control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, es precisamente lo que permite la participación en la gestión pública, a través de un control social que se puede ejercer con dicho acceso. Y este control democrático, por parte de la sociedad promueve la transparencia de las actividades estatales y la responsabilidad de los funcionarios.

Es menester señalar que en este caso, las infracciones ocurrieron antes que el Estado realizara los avances mencionados en su normativa; por lo que la Corte concluye que el Estado no cumplió con las obligaciones impuestas por el artículo 2 de la Convención de adoptar las medidas legislativas para garantizar el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de las víctimas. Asimismo indica que el Estado es responsable por la violación al derecho a la libertad de pensamiento y expresión del artículo 13 de la Convención Americana en relación con el artículo 1 n° 1 y 2 de la misma, en perjuicio de los recurrentes y viola los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8 N° 1 y 25 de la Convención.

¹⁶² La corte recalca lo innecesario que es acreditar un interés al hacerse cargo de la argumentación sostenida por Chile en el sentido de que ya no existe interés en la entrega de la información dado que el Proyecto “Río Cóndor” no se realizó; aquí considera que el control social que se buscaba con el acceso a la información bajo el control del Estado y el carácter de la información solicitada constituyen motivos suficientes para atender al requerimiento de información, sin que deba exigirse al requirente que acredite una afectación directa o un interés específico.

CONCLUSIONES

- Siempre y en virtud de que los derechos fundamentales adoptan como fundamento la dignidad humana se deberá contar con la debida protección y promoción de todos y cada uno de ellos; para eso resulta importante la consagración tanto a nivel nacional como internacional de mecanismos que permitan una real protección de los mismos.
- Probablemente determinados derechos fundamentales pueden sufrir más restricciones que otros; situación que no necesariamente constituye una irregularidad o ilegitimidad; salvo que en los hechos la situación descrita ocurra de un modo abusivo o el derecho beneficiado se ejerza de modo ilegítimo.
- Es inevitable que en el ejercicio de los derechos se produzcan situaciones que ocasionen que dos o más derechos se vean involucrados y se deba determinar qué derecho para el caso concreto va a permanecer rigiendo sin restricciones.
- Es preciso entender que hablar de colisiones de derechos no es del todo exacto, puesto que en realidad lo que se produce es un conflicto entre las pretensiones jurídicas y no entre los derechos fundamentales; hecho que ocurre una vez interpuesta una demanda requiriendo del tribunal la resolución del caso, quien tendrá la tarea y responsabilidad de determinar quien se ha excedido en el ejercicio de su propio derecho. Incluso si no se ha realizado un estudio sobre los límites de cada derecho en cuestión, resulta más apropiado hablar de que existe un problema de tipo interpretativo, hecho que como se ha señalado debe ser zanjado por los tribunales de justicia.
- Una manera óptima y adecuada para que efectivamente se logre garantizar los derechos, es a través de la existencia de un juez imparcial e independiente, sustraído de cualquier vínculo con los poderes de la mayoría y facultado para calificar como inválidos o como ilícitos, según sea el caso, los actos a través de los cuales se atente contra los derechos de las personas.
- No se puede hablar de conflictos entre los derechos fundamentales ya que por un lado; la naturaleza y finalidad de éstos nos demuestra que no son realidades que se opongan entre sí; y por otro; existen los principios de unidad y coherencia del ordenamiento que no admiten que sólo prime la norma constitucional que consagra el derecho que prevalece; ya que de ser así,

jamás serían analizadas las circunstancias de cada caso en particular puesto que el conflicto estaría resuelto en forma previa.

- Las posturas a favor de la existencia de conflictos entre derechos, que concluyen que un derecho termina siendo desplazado por otro derecho fundamental; y todos aquellos métodos que estas mismas doctrinas proponen para solucionar estos supuestos conflictos, ocasionan una serie de perjuicios que fuera de ser criticables van contra todo sistema jurídico y las características de unidad y coherencia que este posee.
- El método más adecuado para resolver la situación en que exista un conflicto aparente entre derechos fundamentales lo constituye aquel que busca obtener una vigencia conjunta y armoniosa de todos los derechos y sus garantías; ya que no corresponde hacer prevalecer un derecho que se considere jerárquicamente superior, ni aún cuando se estime que se ha realizado algún tipo de ponderación, sino que primeramente hay que preocuparse del contenido de los derechos aducidos y por sobre todo del concreto accionar de cada parte involucrada, y así se logrará determinar si esa acción realmente se haya o no protegida constitucionalmente; pero no habiéndose sacrificado ningún derecho, sino que buscando una interpretación armónica de las disposiciones y los derechos involucrados.
- El criterio señalado en la conclusión anterior puede sonar un tanto ilusorio, pero debe tenerse en cuenta que para que ello ocurra, los tribunales a través de sus jueces, que vienen a ser el único medio institucionalizado ante el cual reclamar por un ejercicio legítimo; y una garantía también para los derechos de las personas, ya que son los encargados de determinar en cada caso concreto quién de las partes involucradas se está extralimitando en el ejercicio de sus derechos debiendo tener en cuenta todas las normas del ordenamiento y en especial las del artículo 19 N° 26 y artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política.
- En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, vislumbramos dos áreas; la primera dimensión del derecho sería la individual, y apunta a que ésta no se agota en el mero reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir su pensamiento. 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. La segunda dimensión del derecho consagrado viene a ser de tipo social, puesto que la libertad de expresión constituye un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; y comprende el derecho a tratar de comunicar a otros individuos sus puntos de vista, es decir; un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

- En virtud de lo dicho por la Corte Interamericana; hay que saber que cuando la libertad de expresión de una persona es restringida en forma ilegal, no es sólo el derecho de una persona el que se está violando, sino también el derecho de los demás de recibir esa información e ideas. En consecuencia, el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance especial, que se evidencia por el doble aspecto de la libertad de expresión. Por una parte, requiere que nadie se vea limitado o impedido arbitrariamente de expresar sus propios pensamientos. En ese sentido, es un derecho que pertenece a cada persona. En su segundo aspecto, por otra parte, implica un derecho colectivo de recibir cualquier información y de tener acceso a los pensamientos expresados por los demás.
- Hay que destacar que fuera de la importancia y el avance que sin duda constituye la reforma constitucional al artículo 8 de la Constitución política; hay que tener presente que restringe y limita el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y contiene causales de restricción incompatibles con el artículo 13 de la Convención. Es decir; no se reconoce en el artículo 8 un derecho a acceder a la información, sino más bien como un elemento que expresa el interés general del principio de publicidad y de probidad.
- Se observa una prohibición de desproporción; ello en virtud de que las leyes que limitan el ejercicio de los derechos y garantías deben restringirse estrictamente a lo indispensable para que así no se afecten en sus aspectos medulares otros derechos constitucionalmente protegidos. Se desprende entonces que cualquier intervención estatal en lo que al ejercicio de derechos se refiere debe tener siempre un sentido de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos.
- A la luz de las modificaciones hechas a la normativa relativa a la libertad de expresión; se puede decir que una adecuada ley de acceso a la información pública debería contener un

amplio número de sujetos obligados a informar y los peticionarios no debieran tener que acreditar razones que justifiquen su petición, ya que se trata de información pública y, por ende, de un derecho fundamental. Además, si se afirma que una información posee el carácter de reservado, se debería invocar por el órgano requerido la causal de excepción de manera puntual, demostrando que existe un daño probable y posible que afectaría el interés general y la excepción invocada, explicándose así cuál es la razón por la cual no se debe liberar esa información. Además, debería demostrarse que ese daño sería superior al derecho del público de conocer esa información.

- En la jurisprudencia analizada se observa que en Chile los tribunales suelen no ser muy respetuosos del principio de coherencia y unidad imperante en el ordenamiento, ello en virtud de que incluso en ocasiones sin haber realizado ponderación alguna fallan el asunto sometido a su decisión en base a razones de tipo formal, estableciendo relaciones jerárquicas a priori entre los derechos.
- Los tribunales chilenos no han tomado conciencia del rol que juegan los tribunales extranjeros y la vinculación a la normativa de carácter internacional que ha sido incorporada en nuestra carta política a través de la celebración de tratados internacionales que se encuentran vigentes y que hayan sido ratificados por Chile. De acuerdo a ello los tribunales no han asumido el compromiso de integrar esta normativa y considerarla de un modo efectivo a la hora de resolver los conflictos entre diversas pretensiones.
- Los tribunales de orden internacional en ocasiones al igual que los tribunales chilenos han desarrollado un análisis de ponderación; sin examinar las circunstancias de cada caso en particular; de hecho en ocasiones también recurren a razonamientos formales; al igual que los tribunales nacionales. Quizás el hecho que marca la diferencia apunta a que estos tribunales tienen mucho más integrada la normativa vigente en su conjunto, incluso más que los tribunales chilenos y con ello logran hacerse cargo de todas las infracciones cometidas, dando así a una resolución bastante más categórica cuando el estado chileno ha incurrido en una infracción.

- La libertad de expresión como derecho fundamental sirve de base para la consolidación de un régimen democrático y al ser ejercida sin restricciones permite que la ciudadanía esté informada e instruida sobre asuntos de interés público y participe con conocimiento.
- Una resolución judicial que impida la circulación a priori de un libro desnaturaliza el derecho de libertad de expresión, puesto que justamente a través de ese medio (un libro) se pretende dar a conocer cierta información de interés para la sociedad, por ende en estos casos no se estaría respetando las garantías de los derechos fundamentales, cual es, el respeto a su contenido esencial.

BIBLIOGRAFIA

1. Aldunate Lizana, Eduardo, “La colisión de derechos fundamentales”, en *Revista de derecho y humanidades*, Facultad de derecho Universidad de Chile, N° 11, 2005
2. Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001
3. Alexy, Robert, “teoría de los derechos fundamentales”, centro de estudios constitucionales, Madrid 1997
4. Alonso Álamo, Mercedes, “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, en *ADPCP*, Madrid, 1983
5. Atiyah, P.S. y Summers, R.S., *Form and substance in anglo-American Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996
6. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, en *ADPCP*, mayo-agosto, 1984
7. Bustos Ramírez, Juan, “Manual de Derecho Penal, parte especial”, segunda edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1986
8. Cardenal Murillo, Alfonso y José Luis Serrano González de Murillo, “Protección penal del honor”, Civitas, Madrid, 1993.
9. Castillo Córdova, Luis, “¿Existen los llamados conflicto entre derechos fundamentales?”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, Número 12, enero junio 2005
10. Cea Egaña, José Luis, “Los derechos a la intimidad y a la honra en Chile”, en *Ius et praxis*, facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Talca, vol. 6, numero 002,
11. Cobo del Rosal, Boix Reig, Orts Berenger, Carbonell Mateu y Vives Antón, “Derecho penal, parte especial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
12. De Asis, Rafael, “Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder”, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.
13. Evans de la cuadra, Enrique, “Los derechos constitucionales”, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago

14. Ferrajoli, Luigi, “Derechos y Garantías. La ley del más débil”. Editorial Trotta, Madrid, 2002
15. Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, Revista Cuestiones constitucionales, Núm. 15, julio-diciembre, 2006
16. Fuentes Torrijo, Ximena, “Criterios para solucionar el conflicto entre la libertad de expresión y la protección de la honra de las personas: dos métodos distintos de razonamiento jurídico”, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, vol 6, N° 0021, 2000.
17. Fuentes Torrijo, Ximena, La protección de la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos y la promoción de la democracia
18. Garrido Montt, Mario, “Derecho penal”, tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998
19. Gavara De Cara, Juan Carlos, “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994
20. Labatut Glens, Gustavo, “Derecho penal”, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992
21. Meins Olivares, Eduardo, “Derecho a la intimidad y a la honra en Chile”, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, vol.6, N° 1, Universidad de Talca, Chile
22. López Guerra, Luis, “Introducción al derecho constitucional”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
23. Macedo Junior, Ronaldo Porto, “Privacidad, mercado e información”. *Revista Cuestiones constitucionales*, N° 6 enero-junio, 2002.
24. María del Carmen Barranco, *la teoría jurídica de los derechos fundamentales*
25. Martínez Pujalte, Antonio, “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”, Editorial Centro de estudios constitucionales, Madrid, España, 1997.
26. Martínez, Pujalte, Antonio, “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra, Valencia, N° 32, 2000.

27. Muñoz Conde, Francisco, “Derecho penal”, Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
28. Nogueira Alcalá, Humberto; Teoría Y Dogmática De Los Derechos Fundamentales
29. Nogueira, Humberto, La protección de los derechos fundamentales
30. Otto y Pardo, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, Editorial Martin-Retortillo, España, 1998.
31. Peces Barba, Gregorio; “Lecciones de Derechos Fundamentales”, Editorial Dykinson, Madrid 2004,
32. Puccinelli, Oscar; “El habeas data en Indoiberoamérica”, Editorial Temis S.A., Santafe de Bogotá, 1999.
33. Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, “Derecho penal español”, parte especial, Dykinson, Madrid, 1992
34. Rolla Giancarlo, el difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y la vida privada. Revista cuestiones constitucionales, N° 7 julio-diciembre 2002.
35. Valle Muñiz, José Manuel, “Algunos aspectos sobre los límites de la tutela penal en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal”, en *Documentación Jurídica*, vol 1, N° 37/40, enero-diciembre, 1983.
36. Verdugo Marinkovic, Mario y otros, “Derecho Constitucional”, tomo I, Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile. 1994.