

## RESPONSABILIDAD CIVIL Y ACTIVIDAD PERIODÍSTICA EN CHILE

*Mayra Feddersen Martínez*

### INTRODUCCIÓN

En el mundo global, los medios de comunicación social representan un papel preponderante. Al punto de que la agenda de los gobiernos está marcada por las noticias que aparecen en la primera plana de los periódicos. Este nuevo campo de atención abre nuevas interrogantes, sobre todo en lo que se refiere al ejercicio de esta actividad. En este sentido, no llama la atención al lector, espectador o radioescucha, conocer de demandas de perjuicios iniciadas en contra de medios de comunicación por abusivo ejercicio del derecho a informar. Menos, leer, escuchar o ver, aclaraciones o rectificaciones en periódicos, canales de televisión, portales virtuales, etcétera.

El caso europeo ilustra acerca de este complejo entramado de relaciones. Un primer ejemplo es lo acontecido al presidente de Francia, Nicolás Sarkozy, quien a inicios de este año presentó dos demandas de indemnización por su honor afectado. Una en contra de una línea aérea (Ryan Air) por la publicación de la siguiente frase "Con Ryanair, toda mi familia puede venir a mi boda"<sup>1</sup>. La segunda, en contra de un periódico virtual que había informado sobre sus pasadas y presentes relaciones matrimoniales<sup>2</sup>. En la misma época, los diarios ingleses *El Daily Express* y el *Dayly Star*, piden disculpas en sus portadas a los padres de la niña desaparecida, Maddie McCann, por sugerir en sus versiones anteriores, que estarían vinculados con su desaparición y pagan una cuantiosa suma de dinero en concepto de indemnización<sup>3</sup>. Un último ejemplo lo hayamos en la actitud del gobernador de Nueva York, David Paterson que, enfrentado a una serie de críticas relacionadas a su vida privada, da voluntariamente una entrevista al diario local *The New York Times* y luego una conferencia de prensa, para revelar las infidelidades que habría cometido

<sup>1</sup> *El País*, Madrid, 5 de febrero de 2008. La aerolínea es condenada a pagar la suma €60.000 por utilizar la imagen del Presidente y de su esposa sin su consentimiento.

<sup>2</sup> *Nouvel Observateur*, París, 17 de febrero de 2008.

<sup>3</sup> "Periódicos ingleses piden perdón a padres de Maddie McCann por dudar de su inocencia", *El Mercurio*, Santiago, miércoles 19 de marzo de 2008, cuerpo A4.

en años anteriores<sup>4</sup>. Estos ejemplos son testimonio fiel de la importancia de los medios en la vida cotidiana y las consecuencias que el ejercicio de esta actividad puede generar en los sujetos activos de dicha información.

El conflicto que la actividad periodística puede producir es entre el ejercicio de una actividad aparentemente legítima, la de informar, y el derecho de las personas a resguardar su privacidad y proteger su honor.

Preciso es señalar que las demandas civiles solicitando el pago de sumas de dinero, con motivo de la actuación de los medios de comunicación, no se circunscriben a las personas públicas, pues suele ser habitual que personas que no posean este carácter accionen en contra de medios de comunicación, a raíz de noticias, informaciones u opiniones que, a su juicio, les ha causado un perjuicio. En este sentido, son ilustrativos los casos conocidos por la jurisprudencia nacional relacionados con la publicación sin el consentimiento del fotografiado, de su imagen en algún medio de comunicación o en una campaña publicitaria<sup>5</sup>, o la publicación de alguna información que deshonra la identidad o persona del informado<sup>6</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de las innumerables consecuencias y la necesidad de dotar de remedios efectivos que atiendan el conflicto entre ejercicio abusivo del periodismo y los derechos de los particulares, el propósito de este artículo es revisar qué ocurre con una categoría específica de personas: los personajes públicos cuando éstos se ubican en la mira de los medios de comunicación.

Trataremos de dilucidar entonces cómo el Derecho Civil, régimen supletorio a la ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (en adelante ley de prensa o ley N° 19.733), es capaz de responder frente al conflicto entre personas públicas y medios de comunicación. ¿Cómo se concilia la actividad de los segundos con el derecho a la honra, imagen o vida privada de los primeros? ¿Quién debe hacerse cargo de dicho daño? ¿Quién debe soportar el perjuicio que se produce como consecuencia de la actividad desplegada por los medios de comunicación social?

<sup>4</sup> "Gobernador admite infidelidades", *El Mercurio*, Santiago, miércoles 19 de marzo de 2008, cuerpo A5.

<sup>5</sup> Vide 9° Juzgado Civil de Santiago, causa rol C-8200/2005 Caratulada, Rey Ramírez Daniel contra VTR banda ancha; 25° Juzgado Civil de Santiago, rol C-913-2000, caratulado Leighton Rengifo con Comercial Eccasa S.A.; 20° Juzgado Civil de Santiago, rol C-3385/2000, caratulada Bustamante, Fabián con Editorial Televisa S.A.

<sup>6</sup> Vide 7° Juzgado Civil de Santiago, rol C-4056-1997, caratulado Cáceres Trujillo, Rosa contra *El Mercurio* SAP; 1° Juzgado de letras de Talca, rol 54.276-p, caratulado Rodríguez Villalobos, Silvio contra Silva de Balboa, Luis. Estos ejemplos dan cuenta de una nueva artista de la relación entre libertad de expresión y honor. Se circunscribe, sin embargo, más a las relaciones privadas entre los medios y las personas afectadas, que a la triada que en este artículo nos interesa, es decir, la relación entre medios (periodistas), personajes públicos y sociedad.

En Chile la respuesta se puede encontrar en la ley de prensa, en las normas relativas al abuso del derecho a informar, y en forma supletoria, en el libro IV, título XXXV, de los delitos y cuasidelitos.

Sostendremos en el artículo y en el caso específico de las figuras públicas, la necesidad de interpretar dichas normas conforme al estándar que impone el ejercicio del periodismo en una sociedad democrática. Para ello se recurrirá a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, subsanando las vaguedades que la normativa vigente posee y permitiendo así el ejercicio responsable del periodismo en una sociedad libre e informada.

Para lograr el objetivo, revisaré los principales problemas que suscita una aplicación de la ley de prensa. En una primera parte, se abordará el conflicto de los derechos en colisión. Establecido lo anterior, no desconcertará al lector el especial tipo de responsabilidad que supone una vinculación estrecha con la noción misma de democracia constitucional y que, por lo mismo, obliga a revisar sus categorías desde este prisma. En una segunda parte se analizará este singular tipo de responsabilidad. Por último, a la luz del enfoque expuesto, se expondrán algunos ejes problemáticos que presenta la regulación vigente.

## 1. LA CARACTERIZACIÓN DEL PROBLEMA: ACTIVIDAD PERIODÍSTICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

### a) La actividad periodística

La especialidad de esta actividad, y que la distingue de otras derivadas del ejercicio de una profesión, como: la Medicina, la Construcción o el Transporte, está dada por sus funciones, inherentes al ejercicio de las libertades de informar y opinar, y con el reconocimiento constitucional e internacional –tratados internacionales sobre derechos humanos– de la misma.

La libertad de expresión es, a la vez, un derecho fundamental y el resultado de una acción, la del periodista o de todos aquéllos que de modo esporádico ejercen su derecho a expresarse en un medio de comunicación social. En el caso más específico del periodista éste ejerce la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado<sup>7</sup>. En Chile, la profesión se define en la ley de prensa y la pueden realizar "quienes están en posesión del respectivo título universitario, reconocido válidamente en Chile"<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> CORTE IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, Párr. 74.

<sup>8</sup> Ley N° 19.733 sobre las libertades de información y opinión y ejercicio del periodismo, artículo 5. Pese a que se trata de una profesión que requiere previamente el grado de

En cuanto a la actividad misma, la ley N° 19.733 le dedica cuatro artículos, sin definir en qué consiste. El único cuerpo legal que definió las labores habituales y tradicionales del periodismo fue la ley N° 12.045, que creó en el año 1956 el Colegio de Periodistas, reformulada por la ley N° 19.047 de 14 de febrero de 1991. El artículo 21 de dicha ley enumera las funciones propias de la profesión, entre ellas:

a) Dirigir diarios, periódicos, revistas u otros órganos de prensa o agencias noticiosas, excepto los que sean órganos de servicios o instituciones fiscales, semifiscales o municipales, o publicaciones de índole educativa científica o artística, de entidades privadas;

b) Dirigir servicios informativos y programas periodísticos de radio, televisión o cine;

c) Buscar, preparar, redactar o ilustrar habitualmente noticias, informaciones, crónicas, artículos, material gráfico o reportajes que se difundan por medio de órganos de comunicación periodística, agencias noticiosas, radioemisoras, canales de televisión o noticieros cinematográficos, y dirigir habitualmente su redacción o ilustración, y

d) Prestar habitualmente asesoría periodística y desempeñarse en cargos de Agregados de Prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores en el extranjero.

Lo dispuesto en las letras anteriores se entiende sin perjuicio del derecho que toda persona tiene a emitir libremente sus opiniones y a informar, ni impedirá que personas técnicas, expertas o especialistas en materias determinadas, sin tener el título o la calidad de periodista, puedan, por cualquier medio de comunicación social, habitual o accidentalmente, opinar, relatar, informar o comentar aspectos de su interés. Sin embargo, ello no les dará derecho a inscribirse en los Registros del Colegio<sup>9</sup>.

El periodismo se desarrolla en un medio de comunicación social, definido por la ley N° 19.733 como

“aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera que sea el soporte o el instrumento utilizado”<sup>10</sup>.

licenciado, la actividad periodística no constituye una profesión reservada exclusivamente a quienes detentan el respectivo título profesional. *Vide* Pedro ANGUIA RAMÍREZ, *El derecho a la información en Chile*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, p. 243 y ss.

<sup>9</sup> Ley N° 19.047, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Colegio de Periodistas, promulgada el 12 de diciembre de 1978 y publicada en el *Diario Oficial* el 30 de enero de 1979.

<sup>10</sup> Artículo 2, ley N° 19.733.

O por un medio escrito, categoría especial de medio de comunicación social, definido como “todo periódico que se publique a lo menos cuatro días en cada semana y cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley”<sup>11</sup>.

Cabe precisar que no obstante otras personas puedan hacer uso de su libertad de expresión y publicar o difundir alguna noticia, en esta oportunidad por razones de tiempo se dará cuenta únicamente de las responsabilidades que el ejercicio continuo, remunerado y permanente en un medio de comunicación conlleva la vulneración de otros derechos fundamentales. La responsabilidad de un particular, por ejemplo, que publica en su *blog* una noticia sobre algún personaje público, se regirá por las reglas generales del Derecho Civil, pero no por el régimen especial de la ley N° 19.733.

### b) Conflicto de derechos

Es posible y así lo advertimos en los ejemplos que citábamos en la introducción de este artículo, que el ejercicio del periodismo genere una serie de efectos, sobre todo porque la actividad de informar se centra en relatar o dar cuenta de la vida de otros. La profesión tiene un doble valor, es la manifestación misma de un derecho fundamental y es un vehículo para la “existencia, subsistencia, ejercicio, desarrollo y garantía de otros derechos y libertades”<sup>12</sup>.

El tradicional conflicto en el ámbito del periodismo es la colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el honor, vida privada e imagen de los involucrados en las noticias. Así, por ejemplo, es posible que se vulnere el derecho a la intimidad y al honor si se publica la imagen de una autoridad saliendo de un sauna gay, cuando dicha autoridad es un juez que conoce de los delitos de violación o abuso sexual en contra de menores de edad. Asimismo, se vulnera el derecho al honor de un juez de provincia que es vinculado con actos irregulares y se coloca su nombre en la portada de los diarios de la misma provincia donde él trabaja. ¿Cómo resolver estos conflictos?

Una primera distinción que es necesario tener en consideración es entender el significado y papel de la libertad de expresión en una sociedad democrática<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Artículo 2, inciso 2°, ley N° 19.733.

<sup>12</sup> CORTE IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C N° 107, voto concurrente del juez Sergio García, Párr. 4.

<sup>13</sup> Entendemos por sociedad democrática aquella que funciona sobre la base de la división de poderes y cuyo eje principal lo constituyen los derechos fundamentales o derechos humanos (para los efectos de este artículo entendemos que estos términos son sinónimos). En este mismo sentido pero con una terminología distinta lo define Luigi FERRAJOLI, “La democracia constitucional”, en Pietro VULPIANI (ed.), *L'accesso negato, Diritti, sviluppo, diversità*, Milan, Alisei/Armando Editore, 1998, pp. 261-263. “La democracia constitucional es fruto de un cambio

Para dotar de contenido a este derecho, se recurre a la doctrina constitucional e internacional sobre la materia. En el entendido que la Constitución es el instrumento superior del ordenamiento jurídico y en virtud de la reforma del artículo 5 inciso 2 de la Carta Fundamental, se reconoce un valor reforzado a los tratados de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile<sup>14</sup>. Considerando, además, que el sistema interamericano, en el caso de Chile, se ha especializado en definir los conflictos de la libertad de expresión en democracia (dos de tres sentencias condenatorias<sup>15</sup>), parece insoslayable una remisión a dichos instrumentos y doctrina.

La libertad de expresión ha sido entendida por la jurisprudencia del sistema interamericano de protección y de acuerdo con la Constitución Política de Chile (art. 19 N° 12), con una doble dimensión: individual y social. En la primera implica la posibilidad de toda persona de manifestar su pensamiento y de difundirlo por cualquier medio a su disposición, haciéndolo llegar al mayor número de destinatarios. En la segunda se trata de un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno<sup>16</sup>.

En este sentido, reconocer efectivamente este derecho, significa entender que la expresión y la difusión de ideas están íntimamente ligadas, de modo tal que una restricción a las posibilidades de divulgación, representa *per se* un límite a la libertad de expresión. De la misma manera, una restricción en el acceso a la información es contraria a los propósitos establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”).

A su vez, este derecho constituye un pilar fundamental para toda sociedad democrática, debido a que esta forma de organización reposa sobre la idea de individuos que participan de las decisiones relevantes, ya sea mediante la elección de sus gobernantes o la definición de las políticas públicas. Cualquier intervención en este tipo de materias requiere, necesariamente, de individuos

radical de paradigma acerca del papel del derecho, de la jurisdicción, de la ciencia jurídica y de la misma democracia, en el sentido de que no existe sólo un límite formal, sino que se inserta un límite sustancial que se agrega a esta dimensión procedimental, más tradicionalmente comprendida”. Traducción de Christian Courtis.

<sup>14</sup> Cecilia MEDINA, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 6: Sistema jurídico y derechos humanos, el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos, Santiago, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 1996, p. 68.

<sup>15</sup> De las tres sentencias condenatorias que tiene Chile, dos han sido por violar el derecho a la libertad de expresión. *Vide* caso *La última tentación de Cristo* (Ormedo Bustos y otros), sentencia de 5 de febrero de 2001, Claude Reyes y otros, sentencia de 19 de septiembre de 2006. El sistema interamericano sólo posee cinco casos en que se ha referido a la libertad de expresión.

<sup>16</sup> CORTE IDH (n. 7), Párr. 30.

autónomos e informados, y la única manera de lograr tal objetivo es asegurar al interior de la sociedad un intercambio libre y fluido de informaciones. El silogismo es, entonces, claro y la Corte IDH lo ha señalado, “una sociedad informada es una sociedad más libre”<sup>17</sup>.

Esto permite que cada individuo pueda desarrollar su autonomía y adoptar decisiones informadas sobre sus planes de vida. Nuestro ordenamiento jurídico, junto con proteger estas dimensiones de la libertad de expresión asegura los derechos que de manera frecuente son afectados por el trabajo periodístico: el derecho a la honra y a la vida privada. Esta protección, por lo demás, se verifica en el ámbito constitucional, penal y civil.

La tutela constitucional del derecho a la honra y vida privada se encuentra en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental. El honor suele relacionarse con dos esferas: una subjetiva, que corresponde al sentimiento del individuo sobre su propia dignidad y una objetiva, relacionada con la apreciación que los demás tienen de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social<sup>18</sup>. Una reciente sentencia del TC chileno, se refiere a este último sentido, a propósito de un recurso de inaplicabilidad sobre el artículo 2331 del *Código Civil*, señalando: “que el respeto y protección del derecho a la honra, que asegura la Constitución, es sinónimo de derecho al respeto y protección de un “buen nombre”<sup>19</sup>.

En definitiva, lo que el TC establece es lo que en doctrina se entiende como honor en su dimensión objetiva, es decir, la “fama”, la apreciación que los demás tienen de una persona<sup>20</sup>. De este mismo modo también ha sido recogido en la jurisprudencia nacional<sup>21</sup>.

El derecho a la privacidad en tanto, tiene relación con la esfera privada que el individuo de manera libre y sin coacción decide revelar a los demás. Esto se opone a la intimidad, espacio reservado, exclusivo de su titular y a la vida pública, esfera donde existe pleno develamiento, conformado por todas

<sup>17</sup> CORTE IDH, Caso Ricardo Canesse vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N° 111, párr. 82; Corte IDH (n. 7), párr. 70.

<sup>18</sup> Mario VERDUGO MARINKOVICH, Emilio PFEFFER URQUIAGA *et al.*, *Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, p. 251.

<sup>19</sup> TC, sentencia de 10 de junio de 2008, considerando vigésimo séptimo.

<sup>20</sup> Marciá, GÓMEZ, *El delito de injuria*, Barcelona, Ediciones Cedecs, 1997, pp. 85-86; José María ESPINAR, “La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor”, en Luis GARCÍA (ed.), *Estudios sobre derecho a la intimidad*, Madrid, Ediciones Tecnos, Universidad de Alcalá de Henares, 1992, p. 61; VERDUGO *et al.* (n. 18), pp. 250-253.

<sup>21</sup> Corte Suprema, rol N° 3822/2002, Caratulado Campos Jop. Doris con Municipalidad de Arica, considerando quinto: “La municipalidad ha incurrido en una acción arbitraria por cuanto ha incluido en una campaña de maltrato infantil, la imagen de una menor (...) que se ve afectada junto a su familia ante terceros...”. Felipe González, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y vida privada. 1982-2004. Un intento de sistematización*, Santiago, Universidad Diego Portales, enero 2006.

aquellas conductas y acciones desplegadas en el ámbito de las relaciones sociales.

El derecho a la propia imagen, pese a no encontrarse expresamente reconocido en la Constitución, ha sido desarrollado por la jurisprudencia como un derecho que se desprende de la protección a la vida privada, la honra y propiedad<sup>22</sup>. Las acciones de protección que han sido conocidas por nuestros tribunales han establecido que la persona tiene derecho de propiedad sobre su imagen y que ello implica que su imagen no sea utilizada sin su consentimiento<sup>23</sup>. Vinculado con el derecho al honor, se ha reconocido también como una extensión de la manera como los demás nos perciben<sup>24</sup>.

Fuera del reconocimiento constitucional, estos derechos se han recogido en leyes más específicas. El *Código Penal* tutela los derechos a la vida privada y a la honra. El primero es protegido en relación con la actividad periodística con el delito especial que sanciona en el artículo 161-A- el que sin el consentimiento del afectado, por cualquier medio, en un lugar privado o que no sea de acceso al público (1) capte, intercepte, grave o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado, o (2) sustraiga, fotografíe o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado. Complementando lo anterior, el inciso segundo de este artículo tipifica como delito la difusión de conversaciones, comunicaciones, documentos u otros instrumentos de carácter privado.

El honor, por su lado, encuentra protección en los delitos de injurias y calumnias. Estos delitos se encuentran establecidos en el artículo 417 y ss. del *Código Penal*. Si bien ambos artículos se refieren a conductas algo diversas, en un caso imputar un delito falso a una persona (calumnia) y en el otro, emitir expresiones injuriosas en contra de otro (injuria), en ambos, el bien jurídico protegido es el honor del sujeto agraviado con la expresión.

El *Código Civil*, si bien no cautela específicamente el derecho al honor, a la privacidad o a la imagen, establece un régimen general basado en el artículo 2314, que protege a todo quien sufra un perjuicio derivado de la comisión de un ilícito civil.

Los derechos no son absolutos y admiten restricciones. El derecho de los demás, la seguridad de la nación y el orden público, son las limitaciones que

<sup>22</sup> Gastón GÓMEZ BERNALES, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2005, pp. 313-348.

<sup>23</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 1009/2003, caratulado Zamorano Iván con VTR Global com S.A., 26° Juzgado Civil de Santiago, rol N° C-723/2002, caratulado Mena Ortíz, Claudia con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>24</sup> 25° Juzgado Civil de Santiago, rol C-913/2000, caratulado Leighton Rengifo, Juan con Comercial Eccsa. S.A.

se reconocen en el ordenamiento y en el sistema interamericano (art. 32 de la Convención Americana)<sup>25</sup>.

Pues bien, ¿en qué punto se debe establecer un límite? ¿En qué momento el ejercicio de la libertad de expresión de un periodista puede ser restringido para salvaguardar el honor o la vida privada de una persona?

Existen diversas respuestas a estas preguntas. Para algunos, especialmente para la doctrina estadounidense, la libertad de expresión debe ser respetada ampliamente, lo que implica limitar los casos en que ésta pueda ser restringida. Para otros en cambio, es necesario atender a las circunstancias concretas del caso, realizando un ejercicio de ponderación entre los derechos en colisión. La Corte IDH en este sentido ha señalado en el reciente caso Kimel contra Argentina (2008):

“La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así con otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere de la observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad”<sup>26</sup>.

Cualquiera sea la postura que se adopte, una cuestión respecto de lo que ambas posturas podrían legítimamente coincidir, es sobre la vía a seguir para restringir el derecho. Es claro que el ejercicio abusivo de la libertad de expresión conlleva el establecimiento de responsabilidades ulteriores, sin embargo, no es indiferente perseguir dichas responsabilidades por la vía civil o por la vía penal. Así lo ha señalado la Relatoría sobre libertad de expresión, la que en su décimo principio manifiesta su preferencia por un sistema, que junto con reparar los daños causados, permite el máximo respeto de los derechos en conflicto. Esto es el establecimiento de un sistema de responsabilidad civil por los daños causados en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> En todos los ordenamientos jurídicos y también en los catálogos de derechos humanos se establece la posibilidad de limitar un derecho cuando su ejercicio significa afectar el respecto por los derechos de los demás. En efecto, el art. 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala: “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

<sup>26</sup> Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, sentencia de 2 de mayo de 2008, Párr. 56.

<sup>27</sup> Corte IDH, Relatoría sobre libertad de expresión, “Declaración de principios sobre la libertad de expresión”, principio N° 10: “Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público...”.

## 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PERIODISTAS

En Chile, la responsabilidad civil de los periodistas y de los medios de comunicación social, está regulada en la ley de prensa y en lo no contenido en ella, por las reglas de la responsabilidad extracontractual, establecidas en el libro IV, título XXXV, de los delitos y cuasidelitos.

Para entender el modo cómo en nuestro Derecho se regula este sistema de responsabilidades ulteriores, me referiré, en un primer término, al tipo de responsabilidad que involucra la actividad periodística y luego a los efectos de ese régimen. Cabe señalar que cuando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se refiere a un sistema de responsabilidades ulteriores, alude a una atribución de responsabilidad una vez que la expresión ha sido emitida, asimilándose, en consecuencia, restricción de derecho, con lo que en Derecho Civil se conoce como sanción y reparación por el daño causado.

### a) Estatuto de responsabilidad aplicable

La responsabilidad de los periodistas puede calificarse de especial, la que se configura no sólo por el incumplimiento de un deber de cuidado –caso típico de responsabilidad civil profesional– sino que supone un conflicto de derechos esenciales en la convivencia humana.

La mayoría de los sistemas de responsabilidad profesional atienden a conflictos de derechos entre particulares, en este caso, la responsabilidad de los periodistas adquiere un cariz distinto, cuando dichas colisiones se refieren al derecho de un particular vinculado con el derecho de la sociedad toda, y eventualmente con los principios mismos de una sociedad democrática.

Frente al actuar o a la omisión de un medio de comunicación, es posible afectar la honra o vida privada de un tercero y además de un conjunto de sujetos que se ven privados de conocer una información de interés público. En términos del constitucionalismo moderno, se trata de solucionar un conflicto entre principios, considerando el caso concreto en relación con los bienes colectivos que se encuentran en juego<sup>28</sup>. El intérprete:

“debe emprender un sopesamiento en concreto, que permita definir el lugar relativo de las garantías en conflicto atendiendo a la intensidad de los derechos de la personalidad y de la libertad de expresión en situaciones típicas”<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Robert ALEXYS, *Derecho y Razón Práctica*, México, Fontamara, 1998, pp. 9-15.

<sup>29</sup> Citado por Enrique BARRROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 539.

Situaciones típicas que significan un reconocimiento del valor de la libertad de expresión como un pilar de la sociedad democrática.

Este conflicto es el que confronta a la libertad de expresión en cuanto fundamento de la actividad periodística y los derechos de honra y privacidad de los personajes públicos. En el caso chileno, la citada ley de prensa, establece un sistema particular de responsabilidad cuando los periodistas mientras informan a través de un medio de comunicación social, vulnerarían los derechos de los sujetos pasivos de dicha información.

La ley en su artículo 39 indica que:

“la responsabilidad penal y civil por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de las libertades que consagra el inciso primero del número 12° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, se determinará por las normas de esta ley y las de los Códigos respectivos”.

Y agrega: “la acción civil para obtener la indemnización de daños y perjuicios derivada de delitos penados por esta ley se regirá por las reglas generales”.

Este artículo es claro en relación con la obligación de indemnizar perjuicios que engendra un abuso en el ejercicio del periodismo, sin embargo, no distingue entre los diversos sujetos que pueden ser afectados en dicho ejercicio, tampoco indica pautas al juez para resolver este conflicto de derechos cuando la información de que se trata es de interés público. Por el contrario, el legislador entrega al juez civil la calificación de las conductas abusivas de acuerdo con las reglas generales.

Si bien el Derecho Civil en general es capaz de resolver adecuadamente los conflictos que se le presentan (cumplimiento y resolución de contratos, querrelas posesorias, demandas reivindicatorias, etc.), en el caso de informaciones de interés público transmitidas por medios de comunicación social, la especificidad de la materia obliga a recurrir a una fuente distinta.

En el caso de la responsabilidad de los medios de comunicación en asuntos de interés nacional, por ser una actividad que involucra un conflicto de derechos de carácter colectivo y considerando el objetivo último de salvaguardar la sociedad democrática, se propone recurrir a los estándares de derechos humanos, los que otorgan una clara respuesta en aquellos casos en que es necesario restringir derechos en presencia de intereses superiores.

Dicho de otra manera, la jurisprudencia internacional de los derechos humanos puede ayudar a trazar los límites a la libertad de opinar cuando ésta se confronte a derechos de honra y privacidad de las personas públicas. Dicho trabajo podría evitar que la responsabilidad civil se transforme en un obstáculo a la libertad de prensa o de información.

El Derecho Civil en este sentido es un marco lo suficientemente general para atender a un sistema amplio de atribución de responsabilidad. No lo es, en cambio, para resolver conflictos que se extienden más allá de las relaciones particulares o de un núcleo más estricto de personas. En estos casos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, establecido para dar respuesta a las atrocidades cometidas por las civilizaciones occidentales, es capaz, a la vez que protege derechos de particulares, de atender intereses más generales, como la consagración y perpetuación del Estado de Derecho y de una sociedad democrática.

*b) La responsabilidad civil de los periodistas*

Atendida la vaguedad de la ley y la necesidad del intérprete de dotar de contenido a las normas, es posible para fijar el alcance de esta responsabilidad, recurrir a la Constitución y a los tratados de derechos humanos (art. 5 inciso 2 Constitución Política). Lo anterior es consonante con una teoría acerca de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales o de los derechos humanos<sup>30</sup>. Ambos elementos precisan los principios que el juez debe seguir al momento de aplicar un sistema de responsabilidad civil en el caso de informaciones de interés público.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos para legitimar una restricción a un derecho, señala como condiciones básicas, que ésta sea establecida por ley, que responda a un fin legítimo –permitido por la Convención Americana<sup>31</sup>– y que sea necesaria en una sociedad democrática. Esto último se traduce en la necesidad de satisfacer un interés público imperativo.

El estándar del interés público imperativo o la necesidad democrática de la medida tiene como único fin que la restricción sea lo menos intensa posible. Así, entre varias opciones para alcanzar el objetivo propuesto, debe escogerse aquella que en menor escala restrinja el derecho, debiendo justificarse sobre la base de objetivos colectivos que, por su importancia, logren hacerla primar sobre la necesidad social a la que atienden<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Andrés JANA LINETZKY, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en AA.VV., *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

<sup>31</sup> Son fines legítimos de acuerdo con la Convención Americana, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

<sup>32</sup> Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C Nº 107, Párr. 120. También TC, sentencia de 10 de junio de 2008. Esto ha sido reconocido en el voto concurrente de los ministros Bertelsen y Correa, considerando segundo: "Que si bien el legislador goza de discreción y de amplio margen en la regulación de las relaciones sociales (...) debe al hacerlo, cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de

"Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas"<sup>33</sup>.

En el caso de la responsabilidad civil se cumplen, sin duda, dos de las tres condiciones para aplicarla. La tercera, es aquella a la que pretendo referirme en lo que sigue y la que, a mi juicio, es la clave para definir el concepto de negligencia de los periodistas que informan sobre asuntos de interés público<sup>34</sup>.

De una simple revisión de la normativa vigente tanto la ley de prensa en lo que refiere a la responsabilidad civil, y el régimen legal de ésta previsto en el *Código Civil*, cumplen con la condición de constituir textos legales y persiguen la finalidad legítima de reparar un daño injusto. ¿Qué podemos decir sobre si esta restricción es necesaria para una sociedad democrática?

En otros términos, sólo será legítimo aplicar la responsabilidad civil en la medida que sea necesaria y proporcional. Resulta complejo comprender cuándo una medida puede ser necesaria, pero a lo que apunta este estándar es que la medida no sólo sea útil sino, además, encuentre una justificación concreta en el caso a resolver<sup>35</sup>.

tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean –las mismas restricciones– proporcionales a los bienes que de ella cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o al menos equivalentes".

<sup>33</sup> Corte IDH (n. 26), Párr. 57.

<sup>34</sup> Este análisis es el mismo que la Corte IDH sigue para determinar si la sanción penal aplicada al Sr. Kimel es o no contraria a la Convención Americana. "Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión". Corte IDH (n. 26), Párr. 58.

<sup>35</sup> En este mismo sentido lo ha entendido el legislador cuando ha regulado el nuevo procedimiento laboral, exigiendo que cada vez que se restrinjan derechos fundamentales,

La Corte IDH en el caso citado precedentemente, señala en relación con la proporcionalidad es importante atender “a que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”<sup>36</sup>. En otras palabras:

“Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra”<sup>37</sup>.

Estos criterios nos llevan a realizar una lectura nueva de las clásicas definiciones del Derecho Civil, en aquella parte en que se requiere decidir los conflictos entre, por un lado, la libertad de expresión y el derecho de la sociedad de ser informada en asuntos de interés público y el derecho al honor o a la imagen de los personajes públicos. Pues bien, esta lectura en el sistema de responsabilidad civil de los medios de comunicación puede ser aplicada mediante una interpretación flexible del concepto de negligencia.

El concepto de negligencia es lo suficientemente flexible para asumir los conflictos de bienes que suele plantear la acción humana. El estándar de cuidado que se exige es el que se puede esperar de nosotros en los distintos roles sociales que desempeñamos. Así “el sopesamiento de los bienes, que determina el cuidado debido en sede civil, está influido por el valor que ellos tienen en el orden básico de la sociedad”<sup>38</sup>.

En el campo de las comunicaciones y de acuerdo con las características propias de esta actividad, ya sea por la velocidad de la información como por la oportunidad de la noticia, es importante que el nivel de diligencia que se le exija al comunicador no signifique en la práctica una barrera para realizar su trabajo.

Una forma de interpretar el deber de diligencia en relación con un personaje público en una materia de interés general, lo podemos encontrar en un conocido caso de la jurisprudencia estadounidense. La Corte Suprema de

estas restricciones deben ser necesarias y proporcionales. *Vide Código del Trabajo* (vigencia 31 de marzo de 2008), artículo 493.

<sup>36</sup> Corte IDH (n. 26), Párr. 83.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, Párr. 85.

<sup>38</sup> BARROS BOURIE (n. 29), pp. 539-541.

Estados Unidos, en el caso del diario *New York Times Co.* contra Sullivan, tuvo que interpretar la libertad de expresión a la luz de la publicación de un aviso en el *New York Times*, aparecido el 29 de marzo de 1960, en el que supuestamente se vinculaba a un comisionado de Alabama por realizar conductas racistas en contra de jóvenes que protestaban por sus derechos. La Corte Suprema de Estados Unidos señaló en su voto de mayoría, que es uno de los principios básicos de la 14ª enmienda, que la libertad de expresión protege una discusión desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta sobre los asuntos públicos y que es posible en este contexto que se emitan expresiones desagradables en contra de un funcionario o autoridad<sup>39</sup>. Concluye la sentencia indicando que

“ni el error sobre el hecho ni el contenido difamatorio son suficientes para levantar la protección constitucional que pesa sobre las críticas que se formulan a funcionarios públicos”<sup>40</sup>.

La fijación del deber de cuidado para este caso concreto, a juicio del juez Brennan, debe ser sensible a dos cuestiones. Por un lado, el temor por el riesgo de tener que asumir elevadas indemnizaciones se puedan convertir las demandas en un mecanismo de autocensura. Por otro, el mismo efecto podría tener la exigencia de la prueba de veracidad a quien publica, en razón de no poder acreditar sus dichos en un tribunal. Como éste no es un fin que se pretenda lograr, sino, por el contrario, el objetivo es fortalecer el debate público y la crítica política, la Corte termina señalando que la garantía de la libertad de expresión en asuntos de interés público o cuando se refieran a funcionarios públicos, supone que, salvo que la difamación haya sido realizada con real malicia, es decir, conociendo que la información era falsa o con absoluto menosprecio sobre su veracidad, no es posible hacer responsable al Medio de Comunicación Social<sup>41</sup>.

En definitiva, tratándose del conflicto entre la libertad de informar y bienes de privacidad u honra, sólo podrá accederse a una indemnización de perjuicios en el evento que logre acreditarse una culpa agravada o real malicia. Entenderlo de otra manera significaría privar de racionalidad a la medida –sistema de responsabilidad civil–, convirtiéndolo en un óbice al fortaleci-

<sup>39</sup> Eduardo BERTONI, *New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2000, pp. 59-86.

<sup>40</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, *New York Times Co. v. Sullivan*, N° 39, 376 U.S. 254, 6 de enero de 1964.

<sup>41</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (n. 40): “A State cannot, under the first and fourteenth Amendments, award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves “actual malice” that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was true or false”.



miento del sistema democrático. La condición de la responsabilidad civil que no concurrirá será la culpa, pues el actuar del periodista será legitimado en un derecho fundamental de mayor valía que la privacidad y la honra.

La interpretación flexible del concepto de negligencia nos permite establecer responsabilidades por el ejercicio abusivo de un derecho, cumpliendo, a su vez, con la necesidad de garantizar un amplio influjo de ideas y con el derecho de informar y de los ciudadanos de ser informados. Sin perjuicio de ello, el sistema vigente en Chile resulta algo más problemático, en cuanto establece un sistema que regula la responsabilidad sin atender debidamente a los bienes que se encuentran en conflicto.

En lo que sigue me referiré a los problemas particulares atinentes al régimen de responsabilidad civil regulados en la ley de prensa.

### 3. EJES PROBLEMÁTICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PERIODISTAS

Esta ley en lo que se refiere a la responsabilidad civil resulta inexacta y confusa. Sólo en dos artículos se hace expresa mención a la responsabilidad civil. En ambos con estrecha vinculación a la responsabilidad penal que se deriva de la comisión de los delitos relacionados con la expresión de ideas e informaciones a través de los medios de comunicación social. Los delitos a los que la ley hace mención son la injuria y la calumnia, tipificados en el artículo 417 y siguientes y al delito que tutela la vida privada -artículo 161 A-, todos del *Código Penal*. Sólo a modo general se remite a la responsabilidad civil.

En lo que sigue me referiré, en primer lugar, a la inexactitud de la ley para tutelar bienes colectivos y, en segundo, a la confusión que genera sus regulaciones para un debido respeto a la libertad de expresión en una sociedad democrática.

#### *Inexactitudes de la ley de prensa*

Un primer problema que se advierte en la ley N° 19.733 se refiere a la acción que instaura para demandar la responsabilidad por abusos. El artículo 39 indica que:

“la responsabilidad penal y civil por los delitos y abusos que se cometen en el ejercicio de las libertades que consagra el inciso primero del número 12° del artículo 19 de la Constitución (...) se determinará por las normas de esta ley y las de los Códigos respectivos”.

Añade un artículo más adelante: “La acción civil para obtener la indemnización de daños y perjuicios derivada de delitos penados por esta ley se regirá por las reglas generales”. (Art. 40 ley de prensa).

Queda claro de estos preceptos que el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión por parte de los medios de comunicación engendra responsabilidad, tanto penal como civil. No se hace distinción respecto de la naturaleza del sujeto afectado por la actividad de los periodistas, siendo indiferente si el medio de comunicación social afecta a un particular o una persona que realiza una función pública.

Esta falta de precisión causa que un mismo régimen pueda ser aplicado tanto en aquellos casos en que a la sociedad le interesa conocer de una información que les resulta relevante en sus vidas, como a aquella acción que se refiere específicamente a una relación entre particular y medio social.

Esta inexactitud de la ley genera una serie de consecuencias, las que pueden variar dependiendo de la interpretación que se realice sobre la naturaleza autónoma o accesoria de la acción de indemnización de perjuicios.

Una primera interpretación es que la acción civil sólo pudiera ser ejercida en el proceso penal en que se persigan la responsabilidad punitiva. Esto conlleva de inmediato en una criminalización de la conducta de los periodistas y un efecto directo en su libertad para informar.

Afortunadamente, con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, varias razones apuntan a limitar esta interpretación y a restringir el uso de la vía penal para sancionar los abusos a la libertad de expresión.

En efecto, de acuerdo con el artículo 59 inciso segundo del *Código Procesal Penal*: “durante la tramitación del procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado, (...) todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible”. Se restringe, por tanto, la legitimidad activa sólo a la víctima y pasiva, respecto del imputado, para el ejercicio de las acciones civiles en el proceso penal.

Asimismo, la naturaleza de los delitos asociados al ejercicio del periodismo, limita la posibilidad de acción de las víctimas. En el caso de las acciones privadas (delito de injurias y calumnias), el artículo 393 inciso 2° dispone la improcedencia de demandas civiles en el procedimiento simplificado, salvo aquella que tuviere por objetivo la restitución de la cosa o su valor. Respecto a los delitos de violación de la vida privada, al ser delitos de acción penal pública, en los que interviene el Ministerio Público, la víctima, sólo en los casos que se dirija en contra del imputado -no contra terceros civilmente responsables o personas jurídicas-, y que tenga por finalidad perseguir las indemnizaciones pecuniarias derivadas del mismo hecho punible que dio origen a la persecución criminal, puede optar por deducir la acción civil en el proceso penal o, bien, iniciar por cuerda separada un juicio civil independiente.

Junto con lo anterior, para que pueda deducir la acción civil en un juicio criminal por el delito de violación a la vida privada, es necesario que el Ministerio Público haya decidido llevar el caso a juicio oral, toda vez que los demás procedimientos no contemplan dicha posibilidad<sup>42</sup>.

Pese a la inexactitud en los artículos 39 y 40, de la revisión de las normas procesales, es posible desvirtuar la teoría acerca de la procedencia irrestricta de la responsabilidad penal por abuso de derecho y, por ende, de la criminalización de la libertad de expresión de los periodistas.

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención que la jurisprudencia nacional ha interpretado dichos preceptos –artículos 39 y 40– como un prerrequisito para la procedencia civil de la indemnización.

Esto podría desprenderse del artículo 40 ya citado, según el cual: “La acción civil para obtener la indemnización de daños y perjuicios derivada de delitos penados en esta ley se regirá por las reglas generales”. De esta manera, pareciera haberlo entendido el juez en la sentencia Bordachar contra Canal 13, distinguiendo el régimen aplicable cuando se trataba de abusos, evento en que se podía acudir directamente a la responsabilidad civil, y en los demás casos sería necesario determinar la responsabilidad penal antes de perseguir las responsabilidades civiles<sup>43</sup>.

El 18° Juzgado Civil de Santiago estimó que sólo en el caso de que se tratara de un delito, procedería la indemnización del daño moral, alterando lo dispuesto por el art. 2331 del *Código Civil*, que excluye expresamente tal reparación por imputaciones contra el honor, cuando no se probare un daño pecuniario. Señala el juez:

“si bien el legislador admitió la indemnización por daño moral, lo hizo para el caso en que se estableciera judicialmente la existencia de algunos de estos delitos. No puede darse otra interpretación al citado artículo 40, toda vez que la expresión ‘comisión’, circunstancia o calificación jurídica que sólo puede establecerse previa tramitación de un proceso penal que culmine con una sentencia ejecutoriada en tal sentido”<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Tampoco se prevé dicha posibilidad en los casos de selección de casos, ni en las salidas alternativas, con la excepción al Acuerdo Reparatorio que comprende la identificación entre las responsabilidades civiles y penales.

<sup>43</sup> El señor Bordachar y su familia se habrían visto afectados en su honor, debido a la difusión de imágenes en las noticias centrales de Canal 13, del señor Bodachar, esposado y detenido por la Policía de Investigaciones. Imputado públicamente además del delito de fraude.

<sup>44</sup> 18° Juzgado Civil de Santiago, rol C-5034-2005, caratulado Bordachar Sotomayor contra Pontificia Universidad Católica, considerando octavo.

Si lo que sugieren, por otro lado, los artículos 39 y 40 de la ley N° 19.733, es que las acciones civiles, aunque deriven de un hecho que revista caracteres de delito, pueden ejercerse por separado en un juicio civil, bajo las reglas del *Código de Procedimiento Civil*<sup>45</sup>, ello permitiría ampliar la acción a otros sujetos que no hayan sido las víctimas directas del hecho punible, además de generar la posibilidad de discutir sobre hechos nuevos que no se hayan previamente establecidos en el proceso penal.

De dicho precepto –el artículo 40– no puede desprenderse que eso excluya la facultad de reclamar una indemnización de perjuicios por expresiones descalificatorias o imágenes atentatorias a la honra o la privacidad. La víctima de un ilícito civil es libre de desprenderse de la persecución penal intentando nada más obtener una indemnización de perjuicios. Así lo ha entendido, incluso, el nuevo *Código Procesal Penal* al facultar al juez para otorgar una indemnización de perjuicios, aunque haya absuelto al imputado. Esta reflexión se funda, además, en la necesaria autonomía de la responsabilidad civil de la persecución penal<sup>46</sup>.

La inexactitud de la Ley pareciera no ser una situación problemática en este caso, en cuanto existen buenas razones, según lo hemos expuesto, para sostener una procedencia limitada de la vía penal y una procedencia, en cambio, autónoma de la acción de responsabilidad civil por los perjuicios irrogados con la actividad periodística.

El problema pareciera estar solucionado. Sin embargo, la Ley no sólo peca de inexactitud sino que confunde reglas básicas de atribución de responsabilidad, las que interpretadas literalmente pueden conducir a una restricción en el trabajo de periodistas y de medios de comunicación.

<sup>45</sup> Puede deducirse dicha regla, aunque de la redacción del artículo 59 del *Código Procesal Penal* pudiese inferirse el principio contrario. El artículo citado estipula como principio general: “La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre durante el respectivo procedimiento penal...”. El inciso 2°, por su parte, expresa: “Asimismo, durante la tramitación del procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado, (...) todas las restantes acciones que tuvieran por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible”. Sin embargo, a continuación se colige el verdadero principio general, al expresar: “La víctima podrá también ejercer esas acciones civiles ante el tribunal civil correspondiente”. Además necesariamente deben deducirse ante los tribunales civiles, las acciones de dicha naturaleza derivadas del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado.

<sup>46</sup> Para mayor detalle sobre el ejercicio de las acciones civiles en el nuevo proceso penal, vide Carlos PIZARRO, “Mirada de un civilista a la reparación en el nuevo proceso penal”, en *Gaceta Jurídica*, N° 296, Santiago, 2005.

## b) Confusiones introducidas por la Ley

Un primer problema que presenta la Ley se refiere a la presunción de dolo establecida en contra de los directores de medios de comunicación social y al sistema de solidaridad que consagra.

La ley N° 19.733 en el caso de que el acto se cometa a través de un medio de comunicación social, amplía el concepto de autoría a los directores de los medios o a quien legalmente lo reemplace<sup>47</sup>. Se trata de una presunción de culpabilidad, que puede ser desvirtuada por el director o su reemplazante, en caso que "acredite que no hubo negligencia de su parte".

Como se ha advertido se considera coautores al director del medio de comunicación social o a quien lo reemplace. La presunción, por lo tanto, no alcanzará a los propietarios, editores y administradores de dicho medio, a menos que se desempeñen como directores o reemplacen legalmente al director. Lo anterior no obsta, sin embargo, a que una vez declarada la responsabilidad civil por delitos y abusos contra el medio de comunicación social los propietarios, editores y administradores sean solidariamente responsables, por la responsabilidad directa que les pueda caber en el ilícito.

Esta presunción de culpa podría entenderse como un caso común de responsabilidad por el hecho del dependiente, sólo que en este caso el director del medio de comunicación responde por una conducta dolosa, cuando no ha logrado acreditar la negligencia en su actuar. Si lo que se exige es demostrar un cuidado ordinario, en la práctica, el director responde como autor del hecho ilícito.

Una segunda confusión que introduce la Ley se refiere a la solidaridad que se le atribuye a los directores de los medios de comunicación en que se haya transmitido, emitido o publicado la información que menoscabe o afecta la honra u honor de un particular. La autoría de los directores, a juicio de Hernán Corral Talciani, es coincidente con la solidaridad que consagra el artículo 2317 del *Código Civil*<sup>48</sup>.

En el Derecho Civil la responsabilidad es de carácter personal, atendiendo a quien ha cometido el ilícito y en el evento de que los autores sean más que dos, dicha responsabilidad es solidaria. Ahora bien, en el caso de los direc-

<sup>47</sup> Uno de los requisitos que debe satisfacerse para operar un medio de comunicación social, es la existencia de un director responsable, y a lo menos de una persona que lo reemplace. Artículo 10, inciso 1°, ley N° 19.733.

<sup>48</sup> El *Código Civil*, en su artículo 2317, establece la obligación de responder solidariamente de los perjuicios causados en los casos en que un hecho ilícito haya sido cometido por dos o más personas. Hernán CORRAL TALCIANI, "Sobre la responsabilidad civil de los periodistas y de los medios de comunicación social por atentados a la honra, intimidad e imagen", en *Revista Información Pública*, vol. IV, N° 2, Santiago, Universidad Santo Tomás, Escuela de Periodismo, noviembre 2006, pp. 278-279.

tores, lo que la ley está haciendo es hacerlos responsable por la conducta de los periodistas a su cargo.

Esto es grave si se consideran las características de la actividad periodística y la posibilidad real que tiene el director de controlar efectivamente a todos sus dependientes. El ejercicio contemporáneo del periodismo exige que se pruebe por parte del sujeto afectado la existencia de una real malicia, no que, por el contrario, se establezca la responsabilidad del medio (director) por una conducta que no le es directamente imputable. Esta norma y esta interpretación son restricciones ilegítimas a la luz de los estándares de derechos humanos analizados, ya que constituyen medidas muy gravosas, que alteran el sistema de atribución de responsabilidad y modifican las reglas de la prueba. En otras palabras, si el director del medio no logra demostrar la excepción a la regla, es decir, acreditar que no hubo negligencia, deberá responder como autor del delito que se le imputa.

Finalmente, la ley N° 19.733 en relación con los daños que se deben indemnizar introduce dos cambios respecto de la regulación supletoria que realiza el *Código Civil*.

Un punto que hoy parece más claro a la luz de los avances de la doctrina y jurisprudencia, se refiere a la interpretación de la parte final del art. 40, el que indica: "la comisión de los delitos de injuria y calumnia darán derecho a la indemnización por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral". El *Código Civil*, por el contrario, en su artículo 2331, indica:

"las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse el daño emergente o el lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero..."

En conformidad al *Código Civil*, la procedencia de la indemnización de perjuicios por la afectación al derecho a la honra, quedaba entregada al cumplimiento de dos condiciones, primero que se probara el daño emergente o, bien, el lucro cesante y, en segundo lugar, que estos perjuicios sean valuables en dinero. Esta interpretación ha quedado sobrepasada, estableciendo por parte del TC la inaplicabilidad de esa norma, toda vez que a juicio del tribunal esta interpretación del legislador:

"que pudo regular sus efectos hasta extremos que, en la práctica, imposibiliten la plenitud de (la vigencia del derecho al honor), o comprimen su contenido a términos inconciliables con su fisonomía (no deben prosperar)"<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> TC, sentencia 10 de junio de 2008, considerando trigésimo segundo. "Que el efecto natural de la aplicación del precepto legal impugnado en estos autos, el artículo 2331 del Código

Ello sin perjuicio que en el evento de que el demandado pudiese acreditar la verdad de sus expresiones, no deberá probar ningún tipo de daño concreto y procederá la indemnización.

La ley N° 19.733 posee, por su lado, reglas propias respecto a la procedencia de la reparación civil derivado de expresiones injuriosas, las que se pueden resumir en los siguientes puntos:

- 1) declara expresamente la procedencia de la indemnización del daño emergente, lucro cesante y daño moral;
- 2) derivado de lo anterior es posible reclamar daños no susceptibles de ser evaluados en dinero;
- 3) el demandado civil por el delito de injurias y calumnias contemplado en la Ley 19.733 puede alegar como defensa la *exceptio veritatis*, es decir la posibilidad de demostrar o probar sus afirmaciones, de modo tal que si lo logra deberá ser absuelto.

Estos requisitos van en consonancia con lo que se ha planteado y sostenido por la doctrina y jurisprudencia en relación con la procedencia del daño moral.

En muchas ocasiones un atentado a los atributos de la personalidad de una persona generará un daño que se refiere más a la esfera personal del individuo que a su patrimonio. Sólo excepcionalmente será posible advertir daños patrimoniales.

Por último, respecto de los criterios para determinar el cuántum indemnizatorio, en la ley de prensa no se establecen formas de fijarlos, fuera de señalar la procedencia de las distintas especies de daño patrimonial y moral<sup>50</sup>. Éste vacío podría llevar a que los jueces puedan discrecionalmente fijar las sumas a indemnizar, pudiendo con ello quebrar los medios de comunicación. Pese a que esta materia excede los objetivos de este artículo, es necesario destacar los criterios señalados por Hernán Corral Talciani para fijar el quantum, en el siguiente sentido:

Civil, es precisamente, privar a los atentados contra el derecho a la honra que no constituyen delitos específicos, de la protección de la ley (...). Que de lo señalado en el considerando precedente (...), se concluirá que la aplicación del artículo 2331 del Código Civil en la gestión pendiente respecto de la cual se ha accionado, resulta contraria a la Constitución y así se declarará". Considerando trigésimo séptimo y trigésimo octavo, respectivamente.

<sup>50</sup> Los criterios orientadores no estuvieron incluidos en la redacción original de la ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad, los cuales se incorporan con la reforma contenida en la ley N° 19.048, artículo 2° letra T), 13 de febrero 1991. El proyecto de ley denominado Protección Civil del Honor y la Intimidad de las Personas, contenido en el boletín N° 2370-07, actualmente en tramitación contempla los siguientes criterios orientadores: (Artículo 9°) La indemnización comprenderá todo daño. El daño se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la gravedad de la lesión efectivamente producida, al grado o intensidad del descuido en que hubiere incurrido el ejecutor del daño, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y el beneficio obtenido por el causante de la intromisión. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, 3 de diciembre de 2003.

- 1° Efectividad y gravedad del daño.
- 2° Facultades económicas del ofensor.
- 3° Calidad de las personas.
- 4° Circunstancias del hecho.
- 5° Consecuencias de la imputación para el ofendido.

También la rectificación oportuna y completa por los delitos de difundir noticias falsas o no autorizadas extingüía la responsabilidad penal, no así la civil, aunque el juez debía tomarlo en consideración para resolver sobre el cuántum indemnizatorio<sup>51</sup>.

Pues bien, estos criterios no son más que la aplicación práctica de los estándares de regulación establecidos por los derechos humanos, en los casos en que dos derechos entran en conflicto. A lo que apuntan es a lograr que la restricción aplicada sea necesaria para satisfacer el daño ocasionado, proporcional a la misma y que, de no haber medios alternativos y menos gravosos para aplicar, sea determinada de manera tal que logre proteger ambos derechos en conflicto.

#### CONCLUSIÓN

Cualquier regulación de la responsabilidad de los medios de comunicación y del ejercicio del periodismo no puede realizarse en abstracto, debe considerarse los derechos que se encuentran en juego y lograr junto con determinar responsabilidades por su abuso, el mecanismo que permita de mejor modo, satisfacer los derechos a la libertad de informar y la honra o vida privada de los sujetos afectados por su actividad.

En este sentido, el sistema de responsabilidad que establece el *Código Civil* no se erige como un mecanismo a priori contrario a la defensa de la libertad de expresión en una sociedad democrática, más parece por el contrario, que la restricción se encuentra en la regulación que se efectúa a través de la ley de prensa y algunas interpretaciones muy exegéticas de su texto. Como fuere, los amplios conceptos que consagra el Derecho Civil, como el de negligencia, pueden llevar a restricciones ilegítimas que signifiquen una limitación a la actividad periodística, si no concurren de la mano con una integración amplia, realizada acorde a los derechos fundamentales y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La tendencia de mejorar el derecho por la vía de la interpretación, sobre la base de normas dinámicas (propio del Derecho Internacional de los

<sup>51</sup> Hernán CORRAL TALCIANI, "Derechos al honor, vida privada e imagen y responsabilidad civil por los daños provocados por las empresas periodísticas", en *Revista de Derecho*, vol. v, N° 5, Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, 1996, p. 93.

Derechos Humanos), no siempre, por no decir nunca, ha sido el impulso de nuestros juristas. Por esta razón recurren y han recurrido al establecimiento de reglas que recogen, de manera más o menos afortunada, lo que en este ámbito ya se encuentra asentado hace un buen tiempo. Así lo hizo España, con la ley N° 1 de 1982, que establece un sistema de responsabilidad civil de los medios de comunicación. Sin perjuicio de ello el objetivo de este artículo ha sido demostrarles que a través de las normas actualmente vigentes es posible hacer lecturas conforme a los derechos humanos, sin necesidad de pasar por una extensa discusión parlamentaria. Esto no escapa a la responsabilidad civil de los medios de comunicación, estatuto especial que podría dar el ejemplo a seguir.

## DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO DE USO FRAUDULENTO DE TARJETA DE CRÉDITO EN CASO DE SU EXTRAVÍO O SUSTRACCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y CHILENO

Andrés Mariño López\*

La tarjeta de crédito es un medio de pago de obligaciones de dar suma de dinero cuyo funcionamiento requiere de un sistema conformado por los contratos de emisión (celebrado entre el emisor y el usuario) y de aceptación de tarjetas de crédito (celebrado por el emisor y los proveedores o establecimientos adheridos).

La conexión de los efectos surgidos de los mencionados contratos hace posible el pago de obligaciones dinerarias surgidas de los contratos de cambio celebrados entre los usuarios y los proveedores o establecimientos adheridos. En la operativa del sistema confluyen las obligaciones y derechos emergentes de los tres contratos indicados, los cuales, de dicha forma, se interrelacionan funcionalmente<sup>1</sup>.

La confianza necesaria para el funcionamiento de los sistemas de tarjeta de crédito requiere que el riesgo de una posible utilización ilegítima de ésta sea distribuido entre los sujetos participantes (entidades emisoras, establecimientos adheridos, usuarios) de forma racional y equitativa, conforme a criterios sólidos y transparentes.

La situación de riesgo de uso indebido de la tarjeta de crédito que se da con más frecuencia es la derivada de su pérdida o sustracción, con la consecuente apropiación por un tercero que la utiliza en forma fraudulenta.

Las diferentes obligaciones, a cargo de cada uno de los sujetos que han conformado el sistema de tarjetas de crédito, dirigidas a prevenir el señalado empleo indebido, permiten asignar la responsabilidad por éste a aquéllos que hayan incumplido dichas obligaciones.

\* Docente de la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Doctor en Derecho, magister en Derecho y Diploma de DESED por la Universidad Autónoma de Barcelona, España.

<sup>1</sup> Sobre el sistema de tarjetas de crédito y su funcionamiento, *vid.* Andrés MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización indebida de tarjetas de crédito*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005; Andrés MARIÑO LÓPEZ, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados. Daños y responsabilidad civil*, Madrid, Marcial Pons, 2006; Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ, *El sistema de tarjeta de crédito*, Granada, Comares, 2006.