

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN DEL HONOR Y LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS

*Carlos Peña González**

RESUMEN

Existe la necesidad de hacer transitar la protección de la privacidad y, en particular, la sanción a las infracciones a la esfera de la intimidad de las personas, desde el Derecho Penal hacia la reparación civil. La legislación nacional, a la luz del Derecho Comparado, presenta importantes vacíos que justifican una legislación especial. La propuesta legislativa en trámite hace hincapié en la reparación de la intromisión ilegítima a la esfera de la intimidad por sobre el daño. Por otra parte, debe tenerse presente una distinción fundamental entre las personas públicas y aquellos sujetos privados, cuestión que incide en la intensidad de la protección legal.

Se me ha solicitado un informe en Derecho acerca de la protección civil de la intimidad o la privacidad, con especial referencia al mecanismo del pago de daños morales o no pecuniarios. La consulta se origina en un proyecto de ley –en actual tramitación–¹ cuyo objetivo principal es desplazar la protección de la intimidad o la privacidad desde la técnica del Derecho Penal a la técnica del Derecho Civil. En vez de enfatizar la aplicación de penas, ese proyecto favorece la aplicación de indemnizaciones. En rigor, el proyecto no despenaliza los atentados a la privacidad o intimidad; pero crea incentivos para que quienes hayan sido objeto de intrusión prefieran la vía civil. Este informe intenta juzgar los aspectos técnicos de ese proyecto y sugerir –cuando ello es necesario– algunas mejoras.

En términos generales, el proyecto que he tenido a la vista –que sigue muy de cerca la legislación española– establece un derecho a la reparación en dinero para el caso de verificarse una “intromisión ilegítima” en la esfera

* Decano Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

¹ CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA DE CHILE, *Boletín* 2370/07.

de la privacidad. Esa reparación alcanza no sólo a los daños pecuniarios sino, también, a los *daños no pecuniarios*, también llamados “daños morales” Para el cálculo de estos últimos –dispone el proyecto– habrá de tenerse en cuenta, entre otras variables, el beneficio que haya reportado la invasión en la privacidad. Como se verá, son varios los problemas de interés que –desde el punto de vista civil– plantea un proyecto de esta índole. Desde luego, una regla general de “intromisión ilegítima” desplaza la responsabilidad civil desde la prueba del daño a la prueba de la ilicitud. A ello se agrega un reconocimiento explícito a la existencia de daños morales cuyo monto, como se verá más adelante, es difícil de calcular, aunque ineludible en una técnica de protección privada.

En la primera parte, se expone la evolución general que, en el Derecho Comparado, es posible observar respecto de la protección de la privacidad o intimidad. Se pondrá especial acento en las conductas que se estiman violatorias de la intimidad y la privacidad y el modo en que se desincentivan o castigan. El propósito, como es obvio, es el de comparar, luego, esas soluciones con las que sugiere el proyecto en análisis (I). En la segunda parte, se analiza el mismo problema en el Derecho hoy día vigente en Chile (II). En fin, haciendo pie en esos antecedentes, se analiza el proyecto en actual tramitación (III).

I. LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

En general, desde el punto de vista comparado, es necesario distinguir entre el *derecho a la privacidad* en sentido estricto, por una parte, y la *protección de la intimidad, la privacidad y la propia imagen*, por otra. El primero es una técnica propia del Derecho estadounidense; el segundo, una técnica propia del derecho de la Europa continental, que sigue el proyecto que se analiza.

Los precedentes bienes jurídicos han de ser diferenciados del honor y de la honra, es decir, del daño que supone afectar la imagen que de sí mismo tiene un individuo o el crédito o imagen que ese mismo individuo tiene ante terceros.

1 *El derecho estadounidense*

El *derecho a la privacidad* (*right to privacy*) existe, en sentido propio, en el Derecho anglosajón y, más precisamente, en el Derecho angloamericano. El *derecho a la protección de la intimidad, la privacidad y la propia imagen*, es más propio de la tradición europea continental, según se acaba de decir. En el

Derecho angloamericano –o, más precisamente, en el Derecho de los Estados Unidos de América– el derecho a la privacidad se concibe, desde el punto de vista conceptual, como un derecho provisto de *dos dimensiones*; de una parte, un derecho al secreto y, por otra parte, como un derecho general de autonomía o de autogobierno individual. En otras palabras, la jurisprudencia y la literatura estadounidenses incluyen dentro del derecho a la privacidad tanto el derecho a decidir qué aspectos de la propia vida han de negarse al conocimiento de los otros (derecho al secreto), como el derecho a adoptar decisiones respecto de la propia vida sin la injerencia de terceros (derecho general de autonomía). En ambos casos se trata, a fin de cuentas, de un derecho “a ser dejado sólo”²

Mientras la primera dimensión de la *privacy* –derecho al secreto– inmuniza al individuo contra la posibilidad que terceros divulguen aspectos de su propia vida; la segunda dimensión –*privacy* como autonomía– asegura a los individuos que podrán adoptar las decisiones que prefieran si no hay afectación de terceros. Esto explica que esta dimensión de la *privacy* haya sido esgrimida en algunos casos a favor de derechos reproductivos o a favor de la posesión o consumo de estupefacientes. Si bien la privacidad como autonomía puede ser reconstruida a partir de un conjunto de derechos fundamentales, puede afirmarse que ella no es reconocida en el Derecho Constitucional chileno, al menos de manera explícita por la doctrina.

En su primera dimensión en cambio –la privacidad como secreto– la *privacy* da origen a una reparación equivalente a lo que, en nuestro Derecho, denominaríamos, responsabilidad por daños: *torts*. Bajo el Derecho angloamericano, hay cuatro situaciones típicas que se consideran infringen o violan la *privacy* concebida como secreto, de acuerdo con el *Restatement on Torts*: intrusión en la soledad o en el espacio privado de alguien³; revelación pública de hechos embarazosos o incómodos⁴; apropiación del nombre o la ima-

² Algunos autores –pero éste no es un antecedente relevante para lo que se considerará luego– distinguen entre la privacidad *territorial o espacial* (el derecho a que su espacio privado no sea invadido); la privacidad *informativa* (propiamente el derecho al secreto); la privacidad *decisoria* (propiamente la autonomía).

³ Unreasonable intrusion upon the seclusion of another, as stated in 652B (652B: One who intentionally intrudes, physically or otherwise, upon the solitude or seclusion of another or his private affairs or concerns, is subject to liability to the other for invasion of his privacy, if the intrusion would be highly offensive to a reasonable person)

⁴ Unreasonable publicity given to the other's private life, as stated in 652D (652D: One who gives publicity to a matter concerning the private life of another is subject to liability to the other for invasion of his privacy, if the matter publicized is of a kind that (a) would be highly offensive to a reasonable person, and (b) is not of legitimate concern to the public)

gen de otro⁵; publicidad de una imagen falsa⁶. Así, infringen el derecho al secreto presenciar un acto íntimo, como un parto; revelar las actividades sexuales del pasado de una persona; usar el rostro de alguien para ejemplificar una situación convencionalmente inmoral o reprobable; usar la imagen de alguien para promocionar un producto y obtener provecho⁷. Debe destacarse que en todos estos casos se trata de hechos verdaderos. Lo que el ordenamiento reprocha es la divulgación no consentida de esos hechos.

Esta dimensión de la privacidad, por supuesto, posee relevancia en el ordenamiento jurídico chileno. El artículo 19 de la Constitución en sus numerandos cuatro y cinco, establece el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia. De esos preceptos, como veremos, se ha derivado en Chile el derecho a la intimidad concebida como un derecho al secreto y como un derecho a la autodeterminación informativa.

Conforme a las reglas del Derecho estadounidense de *torts*, las situaciones antes descritas como violatorias del *right to privacy*, dan origen a una indemnización a favor de la víctima. La indemnización presenta, sin embargo, algunas especiales características que conviene tener especialmente en cuenta. Desde luego –y a diferencia en esto del Derecho europeo continental y latinoamericano– la fijación de indemnizaciones por daño en el Derecho angloamericano no tiene funciones puramente reparatorias, es decir, no tiene por objetivo simplemente compensar a la víctima el perjuicio causado, sino que, al mismo tiempo, tiene por finalidad desalentar futuras violaciones del derecho (*deterrence*). La técnica del Derecho estadounidense consiste, en otras palabras, en aumentar el costo económico de las transgresiones, para desalentar, así, la propensión a ejecutarlas. El Derecho angloamericano reconoce, entonces, la posibilidad de fijar indemnizaciones punitivas (*punitives damages*), esto es, pagos de indemnización que exceden el daño

⁵ Appropriation of the other's name or likeness, as stated in 652C (652C: One who appropriates to his own use or benefit the name or likeness of another is subject to liability to the other for invasion of his privacy).

⁶ Publicity that unreasonably places the other in a false light before the public, as stated in 652E (652E: One who gives publicity to a matter concerning another that places the other before the public in a false light is subject to liability to the other for invasion of his privacy, if (a) the false light in which the other was placed would be highly offensive to a reasonable person, and (b) the actor had knowledge of or acted in reckless disregard as to the falsity of the publicized matter and the false light in which the other would be placed).

⁷ Un buen registro en Hernán CORRAI TALCIANI, "Configuración Jurídica del Derecho a la Intimidad II: Concepto y delimitación", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 2, 2000, pp. 331-355

causado y que se fijan con el objeto de prevenir futuras violaciones del derecho que se protege. El Derecho continental, en cambio, entiende que las indemnizaciones –como se verá luego– tienen nada más por objetivo *reparar* el daño: el monto de la indemnización, entonces, *debe ser equivalente al daño causado*⁸. En el Derecho continental –y desde el punto de vista económico– los individuos son indiferentes ante el pago de la indemnización o la ejecución del hecho lesivo. Ello no ocurre bajo el régimen de *punitive damages*: siempre es más cara la ejecución del hecho ilícito. Bajo el régimen de *punitive damages*, se trata de que el costo de ejecutar el ilícito esté por sobre el costo de abstenerse de hacerlo. Ello exige tener en cuenta, al tiempo de fijar la indemnización punitiva, los probables beneficios –la ganancia esperada– por el ejecutor del ilícito. Así, si el intruso esperaba una ganancia de cien, con prescindencia de los daños causados habrá de fijarse una indemnización por sobre esa cifra. De otra manera igualmente la infracción será rentable y la sentencia indemnizatoria no producirá el efecto de inhibir futuras transgresiones⁹.

Especial mención –por las consecuencias que de ello se siguen para la libertad de opinar e informar y para los alcances del proyecto que este informe analiza–, requiere el particular tratamiento que recibe la *privacy*, en el Derecho estadounidense, tratándose de funcionarios públicos. En el *common law* la regla general era la que establecía que quien publicaba algo acerca de otro lo hacía a su riesgo. Esto significaba que respondía por la verdad de sus enunciados y tomaba sobre sí la carga de probar –si era necesario– esa verdad. Esa tradicional concepción cambió en el, hoy día, famoso caso *New York Times v. Sullivan*. En ese caso, la Corte declaró que los enunciados erróneos –cuando se trata de un asunto de interés público– son una parte inevitable del debate; y que la carga de la prueba recae sobre el demandante, a quien le corresponde probar con claridad una malicia actual, esto es, que el medio actuó a sabiendas de que la información era falsa o no se preocupó en absoluto acerca de su verdad o falsedad¹⁰. Las reglas del deba-

⁸ Con todo, y como se verá luego, la existencia del daño moral en el Derecho continental ha variado, hasta cierto punto, ese principio.

⁹ La regla continental, en cambio, fija la indemnización sólo atendiendo a la extensión del daño. Así, si el daño es cuarenta, pero la ganancia esperada es cien, igual será rentable invadir la privacidad. Habrá una ganancia de sesenta (el beneficio esperado –la tasa de ganancia multiplicada por la probabilidad de su ocurrencia– menos la tasa de indemnización).

¹⁰ *New York Times v. Sullivan*, 376, US 254, 1964. "A state cannot, under the first and fourteenth, 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".

te público exigen, entonces, una línea menos exigente –respecto de la *privacy*– cuando se trata de funcionarios públicos. En *New York Times v. Sullivan*, la Corte conoció de un reclamo contra un caso juzgado bajo las leyes de Alabama. Bajo las leyes de Alabama –tal como habían sido aplicadas en este caso– una publicación es *libelous per se* si las palabras que emplea “tenden a difamar a una persona en su reputación” o “traerle un descrédito público”. Una vez que el *libel per se* ha sido establecido –tal era el criterio de Alabama contra el que se recurrió en la Corte– el demandado no tiene excepción a menos que persuade al jurado que los hechos fueron verdad en todas sus circunstancias. Bajo esta interpretación de las reglas, a menos que se pruebe la verdad de lo afirmado, los daños generales eran presumidos sin necesidad de probar daños pecuniarios. Los buenos motivos de la prensa podrían ser relevantes sólo para paliar los daños punitivos. En contra de esa práctica, la Suprema Corte dijo que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y deben ser protegidas si la libertad de expresión merece un aire para respirar. Los casos –dijo la Corte– en los que se impone responsabilidad por informes erróneos acerca de la conducta de quienes ejercen cargos públicos, refleja la obsoleta doctrina que sostiene que el gobierno no tiene que ser criticado por los gobernados. A fin de cuentas, dijo, lo que desmedra la reputación de algunos es tomado del debate libre. La reputación de la naturaleza republicana del gobierno, exige el poder de control del pueblo sobre el gobierno y no al revés. Una regla que compele a los críticos de la conducta oficial a garantizar la verdad de todas sus afirmaciones factuales o empíricas, conduce a una incomparable autocensura. La garantía constitucional de la libre información requiere –dijo la Suprema Corte– que el demandante pruebe que la afirmación fue hecha con malicia actual, esto es, con el conocimiento que fue falsa o con grave desconsideración a si era falsa o verdadera.

La opinión de este informante es que –haciendo pie en esa doctrina, aunque con las salvedades que luego se indicarán– debe considerarse con especial cuidado la diferente posición de quienes son individuos íntegramente privados, y quienes ejercen cargos públicos.

2. El Derecho continental

En el Derecho continental –con algunos matices que ya se analizarán respecto a Alemania– existe una regla general conforme a la cual todo daño causado con dolo o culpa debe ser reparado; aunque, en principio, la indemnización debe ser equivalente al monto del daño, rechazándose, entonces, en el ámbito de los principios, el pago de daños punitivos. Con base en esa regla, el Derecho francés acoge, hasta 1970, reparaciones indemnizatorias

por invasión a la vida privada. Hasta esa fecha se trataba, nada más, que de una aplicación de las reglas generales. En ese año, se modifica el *Code* y se establece una regla de tutela judicial –en el artículo 9 del *Code*¹¹– contra la indiscreción que afecta la vida privada. El juez puede, incluso, adoptar todas las medidas tendientes a evitar el hecho ilícito ex ante (incluso la prohibición de impresos, en ciertos casos)¹². Con todo, en el Derecho francés sigue siendo regla generalmente admitida que la indemnización es reparatoria y no punitiva. El Derecho francés parece ser especialmente cuidadoso a la hora de evitar que la indemnización sea motivo de enriquecimiento para la víctima. Eso explica su tendencia a establecer baremos o tablas de indemnización.

En el Derecho alemán –que se analiza aquí porque se cita como fuente del proyecto en el informe que he tenido a la vista– la protección de la vida privada se deriva de un derecho general de la personalidad y de un derecho a la inviolabilidad de la propia dignidad (un derecho que aparece en la segunda posguerra). En contra de la antigua regla del BGB¹³ –conforme a la cual se pueden reclamar daños no pecuniarios o no patrimoniales, sólo si hay regla expresa que lo permita– la Corte Federal esgrimió el derecho general a la protección de la personalidad para conceder daños no pecuniarios (daños no directamente patrimoniales); aunque restringió la indemnización a los casos de daños especialmente serios y allí donde no hay otro remedio que permita reparar¹⁴. La Corte –con miras a fijar la reparación de daños no directamente patrimoniales– ha establecido la necesidad de tomar en cuenta que a veces un tercero usa la personalidad o la imagen de otro para recoger, en su propio beneficio, ventajas o ganancias económicas. De ahí se ha derivado, entonces, la necesidad de fijar indemnizaciones por sobre la ganancia o la utilidad esperada a fin de que, efectivamente, se produzca el efecto inhibitorio sobre futuras conductas lesivas. En suma, la Corte, tratándose de daños no pecuniarios (en nuestro lenguaje, daños morales) ha

¹¹ “Cada persona tiene derecho al respeto de su vida privada. Los jueces pueden, sin perjuicio de la reparación del daño, prescribir todas las medidas tendientes a evitar o hacer cesar un atentado a la intimidad de la vida privada; estas medidas pueden, en caso de urgencia, ser ordenadas en procedimiento de urgencia”

¹² Se ha entendido que están cubiertas por la regla del artículo 9 que se acaba de citar, los aspectos de la vida sentimental de una persona; la decisión de divorciarse; el hecho de estar encinta una mujer; el estado de salud de un individuo; el domicilio personal; la imagen de una persona; el secreto de la correspondencia; su situación de fortuna. Véase *Code Civil*, París, Dalloz, 1997-1998, notas al artículo 9.

¹³ Sección 253 del BGB.

¹⁴ El caso fue el de un señor cuya imagen fue divulgada cabalgando para promocionar un remedio a la impotencia sexual.

fijado como criterios los que siguen: se requiere una infracción especialmente grosera al derecho de la personalidad; se necesita, además, que el propósito del infractor haya sido obtener un interés comercial propio (como especialmente ocurre con la prensa); en fin, se demanda que haya habido un desprecio de la voluntad contraria de la víctima¹⁵. Evidentemente, estos criterios han de aplicarse cuando se trata de la simple invasión. Si hay difamación -y es el honor o la honra la afectada- la reparación no requiere un estándar tan estricto.

En el Derecho alemán se ha discutido intensamente, sin embargo, el criterio para fijar daños no pecuniarios. Se ha criticado el abandono del principio reparatorio (el principio conforme al cual la indemnización debe equivaler estrictamente al daño causado) sosteniéndose que, al abandonarse ese principio, se confunden las funciones del Derecho penal con las del Derecho civil (la función de castigar, que es propio del primero, con la función de reparar, que sería propio del segundo). Se ha dicho, además, que la fijación de daños no pecuniarios conduce, inevitablemente, a comercializar el derecho general a la protección de la propia personalidad. En contra, se ha dicho que la indemnización del daño a la personalidad -como se insistirá luego- es inevitablemente vaga y que la alternativa contraria -dejar sin reparación- es institucionalmente peor.

En el caso alemán, en consonancia con lo que se acaba de decir, se declaró:

“Desde el punto de vista del Código Civil, lo que estaba en primer plano era la protección de los bienes materiales, mientras que el valor de la persona sólo se protegía sectorial e insuficientemente. Puesto que la doctrina reconocía en el hombre un derecho general de la personalidad y le concedía la protección del 823, párrafo 1, del BGB, extrajo para el Derecho Civil las consecuencias que, por su importancia, atribuye la ley fundamental a la dignidad de la persona humana y la protección de su libre desarrollo. Pero el desarrollo de la protección de la personalidad que tiene lugar por influjo de la GG sería defectuoso e insuficiente, si la violación de un derecho de este tipo no llevara aparejada como sanción adecuada una reparación ideal. De la misma forma que la limitación de la protección de determinados bienes jurídicos de la persona mediante el derecho de la responsabilidad por ilícito civil se revela demasiado estrecha para

¹⁵ Tilman Ulrich AMELUNG, “Damage Awards for Infringement of Privacy-The German Approach”, en *The Tulane European and Civil Law Forum*, volume 14, winter 1999, p. 25 y ss

garantizar la protección de la personalidad exigida por la GG también se produce un estrechamiento de la reparación ideal del daño de forma que ésta sólo se concede en el caso de violación de bienes jurídicos particularmente indicados, que no se ajustan al sistema de valores de la GG, puesto que esta declara en su artículo 2 como obligación de primera necesidad del poder estatal la protección de la inviolable dignidad de la persona. La exclusión del resarcimiento de los daños inmateriales en la protección de la personalidad significaría que las violaciones a la dignidad y al honor de la persona quedarían sin sanción por el ordenamiento jurídico civil, lo que expresaría, además, que los valores fundamentales son destruidos y que el violador debe al afectado una reparación por la injusticia causada.

El ordenamiento jurídico renunciaría, pues, al medio efectivo, y a menudo único, que resulta apropiado para asegurar el respeto a los valores personales del individuo¹⁶.

En el Derecho español -que el proyecto que se analizará luego sigue de cerca- se reconoce, luego de la Constitución de 1978, una protección general a la intimidad, la propia imagen y la honra. Hasta la dictación de la ley orgánica 1/82, existía en España una aplicación general del principio conforme al cual todo daño debe ser reparado. Probado el daño, se exigía un estándar nada más de culpa leve para proceder a fijar la reparación, incluso no pecuniaria. La ley citada innovó en el sentido de establecer que toda intromisión ilegítima da derecho a indemnización¹⁷. Ello equivale a decir que la ilegitimidad hace presumir el daño y la necesidad de fijar indemnización. La ley, en otras palabras, desplaza el daño por la idea de intromisión¹⁸. La regla mues-

¹⁶ BGHZ, 35, 363, citado por Hans Bernd SCHÄFER y Claus OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 195

¹⁷ Artículo primero Uno. El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente ley orgánica.

Dos. El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo noveno de esta ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito.

¹⁸ Así, conforme al inciso cuarto del artículo noveno de la ley orgánica 1/1982: La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

tra hasta qué punto la reparación de daños no pecuniarios en el caso de lesión a la personalidad, tiende a hacer coincidir la función de la indemnización por daño moral con la función de la pena¹⁹. Desde luego, la técnica empleada en esa ley –que el proyecto que se analiza va a seguir– es la de enumerar tipos, es decir, descripciones de intromisión para dar lugar a indemnización. Tratándose de personajes o figuras públicas, el Derecho español posee, sin embargo, estándares distintos a los que se acaban de señalar. En el Derecho español no toda información falsa –aunque lesione el prestigio o fama de un personaje o figura pública– da origen a responsabilidad. Siguiendo de cerca la doctrina de la Suprema Corte en el caso *New York Times v. Sullivan*, sólo da origen a responsabilidad la información que se obtuvo de manera negligente, sin contrastarla de manera suficiente. El criterio, no obstante, parece más exigente que la real malicia del Derecho estadounidense. A ello se suma que en el Derecho español el demandado –v.gr. un periodista– debe probar que la información es verdadera o que, siendo falsa, fue obtenida de manera diligente. Como se recordará, bajo la regla del derecho norteamericano la malicia debe ser probada por quien pretende la reparación²⁰.

II. DERECHO CHILENO VIGENTE

En el caso de Chile, existe una consagración de un derecho general a la privacidad, para el cual se ha previsto un remedio también general: el recurso de protección. El recurso de protección –así lo muestra la práctica jurisprudencial– puede ser interpuesto *ex ante* el atentado, de manera que cumple funciones semejantes a las que autoriza el artículo 9 del *Code*. Se ha entendido, en general, que el artículo 19, números cuatro y cinco de la carta constitucional, cubre el derecho a la intimidad corporal frente a indagaciones por parte de terceros²¹; el derecho a la propia imagen²², que faculta a

¹⁹ F. HERRERO TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Colex, 1990

²⁰ V. FERRERES, “Privacidad y libertad de expresión en el Derecho Constitucional español: algunos apuntes”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1999, p. 181 y ss

²¹ Así se ha establecido que una clínica u hospital no puede grabar actividades terapéuticas sin consentimiento del paciente (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2563-92).

²² En la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, pueden consultarse Rischmaui Grinblatt, tomo xciv, 1997, sec v^a, pp 239-241; también Alvarado Solari, tomo lxxxvi, 1989, v^a, pp. 126-129; sobre derecho a la propia imagen, Orellana Barrera, tomo 94, cit. 245-251 y nota de p. 246; sobre prohibición de utilizar fotos con fines científicos sin haber obtenido autorización previa de la persona afectada, véase Böhme Bascuñán, tomo lxxxix, 1992, v^a, pp 345-347.

una persona a impedir que otro capture esa imagen o la use²³; el derecho al secreto o a la autodeterminación informativa²⁴. A todo ello se suma la protección constitucional de la honra (la reputación que un individuo tiene frente a terceros).

Desde el punto de vista constitucional –y como lo muestra una revisión, incluso somera, de los casos que se acaban de citar– no se requiere probar perjuicio para alcanzar la protección: una intromisión sin consentimiento en la esfera protegida merece el amparo de la Corte.

Desde el punto de vista *civil* no existe, sin embargo, una regla general que proteja ese derecho. De ahí, entonces, que se ha sostenido –de manera también general– que pueden ser esgrimidas las reglas de los artículos 2.314 y siguientes del *Código Civil* sobre responsabilidad extracontractual, aunque esas reglas no se esgrimirían directamente, sino por analogía²⁵. Esgrimir directamente esas reglas plantearía problemas porque existe una proscripción, a primera vista, de los daños no pecuniarios (el artículo 2.331 del *Código Civil* exige, para el caso de imputaciones *injuriosas* probar daño emergente o lucro cesante). Es obvio que si la imputación no es injuriosa –como ocurre con el uso de la imagen ajena o la divulgación de hechos verdaderos– la regla es la misma o todavía más estricta. La ley 19.733 corrigió parcialmente la precedente situación al permitir demandar daños morales en los casos de injuria y calumnia (artículo 29 en relación con el artículo 40 de la ley recién citada). Lo anterior permite sostener que la dictación de una ley de protección de la intimidad es tan necesaria como posible en Chile. Necesaria porque las reglas hasta hoy existente no moderan de manera eficiente la propensión a usar la imagen ajena; posible porque, como se ha visto, el derecho comparado y la doctrina proporcionan una técnica suficiente para lograrlo.

III. ANÁLISIS PROPUESTA LEGISLATIVA

Siguiendo de cerca el Derecho español posterior a la carta constitucional de 1978, el proyecto de ley que se comenta, establece como principio básico la protección civil enfrente de las intromisiones ilegítimas. Por protección civil, entiende el proyecto, el uso de la técnica indemnizatoria. Junto con un

²³ Así en el caso Díaz con diario *La Cuarta*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 604-93

²⁴ Véase Corte Suprema, rol N° 22.175 de 1993

²⁵ Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, “Consideraciones sobre el derecho a la privacidad o al secreto de la vida privada”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo lxxxix, 1982, p. 65.

enunciado general (se protege al individuo contra todo género de intromisiones ilegítimas), el proyecto enumera situaciones típicas en las que habrá de considerarse que existe una intromisión semejante; aunque, desde luego, esa enumeración no es exhaustiva. Agrega el proyecto que habrá de repararse el daño emergente y el lucro cesante (esto es, el daño pecuniario o patrimonial), además del daño moral (en principio, daño no pecuniario). Para la evaluación del daño moral, el proyecto establece algunos criterios: las circunstancias del caso; la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tomará en cuenta el medio empleado o la difusión alcanzada; el beneficio que haya obtenido el causante de la intromisión. En lo que sigue –y haciendo pie en la información de que se ha dado cuenta, se analizan preliminarmente algunos de los aspectos más relevantes del proyecto.

1. Desde luego, y como se ha dicho ya, el proyecto de ley confiere protección contra todo género de intromisiones ilegítimas, sin que deba entenderse que la enumeración posterior de la propia ley sea exhaustiva. Tampoco debe entenderse que el proyecto exige tipicidad (una técnica originaria del derecho de *torts*) para que exista protección. En rigor, el enunciado general del proyecto de ley que se contiene en el artículo 1, cumple la función que en la esfera tradicional de la responsabilidad extracontractual cumple el principio que enuncia el artículo 2.314 del *Código Civil*: todo daño debe ser reparado, si bien en este caso –y ya se observarán las consecuencias de eso– no es el daño en sentido técnico, sino la intromisión ilegítima la que origina la protección.

Desde el punto de vista técnico, interesa destacar que el proyecto de ley produce un desplazamiento –en la esfera de la protección civil– desde la exigencia de un daño a la constatación de una intromisión ilegítima. En el derecho de la responsabilidad civil, el daño (causado mediando culpa o dolo) es uno de los elementos centrales en la reparación. Si no hay daño no existe responsabilidad civil y, por otra parte, el daño fija o determina la extensión de la indemnización. Hay casos, incluso (como ocurre con los casos de responsabilidad estricta u objetiva), en los que la sola existencia del daño da origen a la responsabilidad, concurriendo el necesario vínculo causal. Es lo que ocurre, por ejemplo, en la responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho Comparado. El proyecto de ley desplaza ese principio y pone en el centro de la responsabilidad a la “intromisión ilegítima”. Ya no es, aparentemente, el daño el que origina la reparación, sino la ilicitud o antijuridicidad del acto. La versión original del proyecto –en su artículo 13– estimaba que la intromisión ilegítima hacía presumir la existencia de perjuicios. La regla se omitió en la versión contenida en el informe; pero debe estimarse que el resultado es el mismo, es decir, debe estimarse que la intromisión ilegítima hace presumir perjuicio. De otra manera, la protección

no sería muy distinta a la que puede ser alcanzada mediante las reglas generales. Se comprende fácilmente porqué esto es así. Es ésta la única manera de ofrecer una técnica de protección, de carácter civil, superior a las reglas generales de responsabilidad extracontractual.

De este modo, el concepto de intromisión ilegítima cumpliría, en el proyecto, dos funciones distintas: libera al demandante de la necesidad de probar culpa o dolo y, en la esfera del daño moral, libera al demandante de la necesidad de probar perjuicios (así debe concluirse si se atiende no sólo a la regla de intromisión ilegítima, sino, también, al concepto de daño moral que excede en mucho el *pretium doloris*)²⁶. De esta manera, se ha entendido en general, en la práctica española, de donde deriva el precepto. Esas conclusiones no deben estimarse extrañas al Derecho Civil chileno. Existe un amplio consenso en la doctrina del Derecho Civil en Chile en punto a que debe aligerarse a la víctima de la carga de la prueba; y la jurisprudencia –como se insistirá luego– admite la presunción del daño moral.

En rigor no puede estimarse que el proyecto abandona la *responsabilidad aquiliana* –la responsabilidad que reposa sobre la culpa o el dolo del infractor–, aunque la morigera por la vía de describir situaciones invasivas que merecen protección (y que hacen presumir la falta de diligencia o cuidado que la responsabilidad subjetiva o por culpa exige). No puede estimarse, en mi opinión, que el proyecto establezca una regla de *responsabilidad estricta*, esto es, una regla que obligue a reparar daños sobre la base de la simple causalidad y prescindiendo de la culpa o negligencia²⁷.

2. La enumeración de situaciones equivalentes a intromisión ilegítima (artículo 6 del proyecto), tiene la función de orientar al intérprete en la interpretación de la cláusula general (“todo género de intromisiones ilegítimas”); pero, además, cumple una función muy similar a la técnica de la tipicidad del Derecho Penal. La tipicidad hace presumir ilegitimidad de la acción y ésta, por su parte, culpa y daño. Así, la responsabilidad queda fijada por la ejecución de la conducta descrita. Como es obvio –se ha dicho muchas veces– esta técnica acerca la protección de la intimidad a los casos de responsabilidad estricta, si bien mantiene sus diferencias con ella (en la responsabilidad estricta hay que probar daño).

²⁶ El daño moral en su versión más clásica se concibe como “el precio del dolor”; pero también puede concebirse como una lesión a la esfera de la personalidad o, mejor todavía, a los derechos de la personalidad, caso este último en que la mera antijuridicidad viene a coincidir con el daño.

²⁷ Si bien ese tipo de responsabilidad es frecuente en la responsabilidad por productos, no es rara en los *Códigos* más clásicos a propósito, por ejemplo, del dueño de animales.

3. El proyecto –siguiendo siempre la ley española– entiende que la protección de los derechos se

“entenderá delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo a lo que cada persona considera que está reservado para sí misma y para su familia, según sus propios actos o pautas de comportamiento”²⁸.

Como es fácil observar, la regla entrega la configuración del derecho a los “usos sociales”. Esto plantea el problema de si es posible –bajo las reglas constitucionales chilenas– entregar un derecho fundamental a la facticidad de los usos. La regla equivale a sostener que la ilegitimidad de la intromisión puede ser cancelada por referencia a los “usos sociales”. La regla puede estimarse, en principio problemática, establecido que una de las funciones de los derechos fundamentales es, justamente, la de establecer inmunidades a favor de los individuos y contra las prácticas sociales mayoritarias. La regla puede, además, plantear problemas en lo que respecta al consentimiento (que cancela la ilegitimidad de la intromisión). La regla permite, también, que no haya ilegitimidad si la persona, mediante sus propios actos, toleraba la intromisión. El caso de interés no queda resuelto: qué ocurre si una persona mediante sus propios actos, se esmera en no aceptar aquello que los usos sociales admiten ampliamente. Éste es un caso de probable ocurrencia que muestra el defecto del precepto. No es claro, además, si esta situación alcanza al consentimiento a que se refiere el artículo cuarto.

4. La regla del artículo cuarto permite la disposición, de manera onerosa o gratuita, de los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Debe mejorarse esta regla respecto de la del artículo tercero. Mientras la regla de este último establece casos en que no hay protección (uno de los cuales es cuando la ilegitimidad queda cancelada por actos propios), la del artículo cuarto requiere consentimiento para levantar esa protección; pero, ¿no es eso lo que ya se había previsto en el artículo anterior?

La regla del artículo cuarto no exige –como sí lo hace la regla española– el consentimiento expreso. Una regla que admita el consentimiento tácito pone los costos de protección iniciales sobre la probable víctima (que deberá alegar cuando sus actos hayan sido estimados como consentimiento);

²⁸ La regla de la ley orgánica –en la parte pertinente– es la que sigue: Artículo segundo Uno. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

una regla de consentimiento expreso los pone sobre quien está en condiciones mejores de evitar la intromisión.

5. El artículo quinto declara que la acción de perjuicios es personalísima. Desde el punto de vista técnico los derechos son personalísimos (el derecho es, como sugiere la legislación comparada, irrenunciable, inalienable e imprescriptible) y la acción es sólo inalienable, es decir, no es posible transferir su titularidad por acto entre vivos. Es ésta una regla difícil de compatibilizar con la del artículo cuarto. Si es posible disponer de manera onerosa de la propia imagen –y si la propia imagen, como no cabe duda, es un objeto comercial–, ¿por qué no es posible disponer de la acción de perjuicios por acto entre vivos, cuando se la daña?

Una mejora del precepto obligaría a declarar el derecho inalienable, irrenunciable e imprescriptible y reservar sólo la primera característica para la acción civil que lo protege. Es la técnica empleada en la legislación española que el proyecto sigue²⁹.

6. El artículo séptimo extiende la protección civil a la honra, esto es, a la imagen que los demás tienen de nosotros. Protege la “cara que hemos decidido mostrar al mundo”³⁰. No se trata aquí de impedir invasiones no consentidas, sino que se trata de proteger la imagen que los demás tienen de nosotros. Es este un caso de difamación.

En general, ha de estimarse que la protección en este caso debe ser menos estricta o, si se prefiere, más laxa por las relaciones muy directas que existen entre la libertad de emitir opinión e información y la protección de la honra.

Existe un amplio acuerdo acerca del valor que posee someter a escrutinio público los actos que comprometan intereses comunes. Esto es especialmente cierto tratándose de figuras públicas o políticas a las que, sin embargo, el artículo séptimo concede una protección demasiado amplia, equivalente a la protección que se concede a un sujeto ordinario. La regla se traduce en gravar –por ejemplo, a los medios de comunicación social– excesivamente. En efecto, el medio de comunicación social –bajo esa regla– deberá adoptar precauciones que están más allá del óptimo en la búsqueda de información. Como la información es un bien público del que todos se aprovechan,

²⁹ Así el artículo primero de la ley orgánica 1/82 establece que “El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley”.

³⁰ R. POSNER, “The legal protection of the face we present to the world”, en *Overcoming Law*, Harvard, 1995.

no resulta del todo justo que se grave a quien la obtiene o la divulga si ella, por ejemplo, resulta no ser cierta. Es natural que la sociedad –que se beneficia con la entrega de información– distribuya o difumine entre sus miembros, sobretudo los miembros que son figuras públicas, los costos de errores de la información.

Como se ha dicho muchas veces, tratándose de figuras públicas, hay una divergencia entre los beneficios del medio que divulga la información, y los beneficios sociales. Es verdad que el medio obtiene ventajas económicas al llevar a cabo esa actividad; pero no logra internalizar todas esas ventajas (parte importante de ellas se las apropia la sociedad en su conjunto). Si se lo grava excesivamente con errores, entonces se desincentiva la búsqueda de información. El proyecto requiere entonces, tratar la honra como cuestión distinta del resto de los derechos protegidos, y dentro de la honra tratar diferenciadamente la protección de figuras públicas. Ello puede hacerse, por ejemplo, mediante una mención explícita a la regla de actos propios del artículo tercero del proyecto.

7. El proyecto establece el pago de daños pecuniarios (daño emergente y lucro cesante) y daños no pecuniarios (daño moral en la tradición del Derecho Civil chileno). Es la regla general en el Derecho Comparado. Con frecuencia, la invasión a la intimidad (la revelación de hechos, incluso inocuos, que el titular prefiere mantener en secreto, el uso sin consentimiento de su imagen, etcétera) no supone un daño patrimonial, esto es, un daño en la esfera directamente avaluable en dinero del sujeto: el titular en buena parte de los casos ni sufre un desmedro en su patrimonio actual ni, tampoco, sufre la pérdida de una expectativa cierta de ganancia. En razón de ello, la protección civil de la intimidad exige la indemnización por daños no pecuniarios.

En general, en la esfera del Derecho Civil se distingue entre daños pecuniarios y daños no pecuniarios. Los primeros –que afectan directamente a la esfera patrimonial del sujeto– pueden ser resultado de un daño material a cosas que estaban bajo el dominio o posesión del sujeto, de un daño a su integridad o capacidad física o de un daño a intangibles como la honra. Los segundos –daños no pecuniarios o morales– no afectan el patrimonio del sujeto, aunque pueden ir asociados a un daño material (es el caso del daño moral que resulta de atentados a la integridad) o puede tratarse de daños morales puros. Los daños morales puros son daños que no están vinculados a la esfera patrimonial del sujeto. En general, puede afirmarse que el Derecho Comparado –y como se verá de inmediato, la jurisprudencia chilena– ha tendido a ampliar esta categoría desde su vinculación con el sufrimiento emocional, hasta la lesión a la esfera de la personalidad, que sería el caso que –en concordancia con esta evolución– contempla el proyecto que se

viene analizando. Ya se ha dicho que esta evolución no ha alcanzado en plenitud a la reparación por atentados a la privacidad.

La siguiente explicación puede ayudar a entender en qué consiste, desde el punto de vista técnico, el daño moral³¹.

En sus inicios, el daño moral equivalió –así, v.gr., en la doctrina francesa decimonónica y lo mismo en la nacional– a la lesión en la esfera síquica, al desmedro de la estabilidad emocional y afectiva que provocaba el sufrimiento. Ésa es la posición que sostuvo Alessandri en Chile y la que siguió luego la jurisprudencia. Es el daño moral concebido como *pretium doloris*: el precio del dolor.

Las siguientes son algunas de las nociones que se han dado por la jurisprudencia:

“El daño moral no definido por nuestro Código, es indudablemente el que se causa al espíritu del individuo ya sea por dolores físicos o morales, por herir sentimientos de afección o de familia, por malas condiciones de salud a consecuencia de pesadumbres que le han sido ocasionadas, por la privación de un apoyo, dirección, etc.”³².

Es daño moral

“aquél que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o condiciones sociales o morales inherentes a la persona humana. Todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre un daño”³³.

“... y el otro, el moral, afecta a su psiquis, que se exterioriza en una depresión, en un complejo, en una angustia constante y permanente.”³⁴

“... se les ha ocasionado un daño moral, representado por el dolor, el pesar, la angustia y las molestias de orden psíquico que ellas sufren

³¹ Sigo aquí estrictamente a Carlos PEÑA GONZÁLEZ y Andrés, JANA L., *La responsabilidad civil por daño moral*, Santiago, Editorial Jurídica (en prensa).

³² RDJ, tomo XXXI, 1934, sec. 1ª, p. 462. En un sentido similar, RDJ, tomo LXXXVIII, 1951, sec. 4ª, p. 186 (cons. 20).

³³ RDJ, tomo XXXIX, 1942, sec. 1ª, p. 203.

³⁴ RDJ, tomo XLVIII, 1951, sec. 1ª, p. 252 (cons. 14); RDJ, tomo LXXVIII, 1981, sec. 5ª, p. 317 (cons. 7); RDJ, tomo LXXIX, 1982, sec. 4ª, p. 123.

en su sensibilidad o en sus sentimientos, en su probidad, en sus creencias o en sus afectos”³⁵.

Esa visión del daño moral ha sido seguida, luego, por un punto de vista más comprensivo que procura identificar cuáles son los bienes cuyo desmedro equivale a aquello que denominamos daño moral. No se trata, en verdad, de abandonar la noción de *pretium doloris*, sino que se trata de integrarla con otras esferas de protección, ampliando, así, a fin de cuentas, el significado del concepto. Hay, por ejemplo, algunas sentencias que independizan el daño moral propiamente tal de las consecuencias que de ese daño se pueden derivar como, por ejemplo, el dolor físico o el sufrimiento emocional experimentado por la víctima de ese daño. Se comienza, con estos fallos, a reconocer a la persona como titular de derechos subjetivos y, a partir de ellos, se estructura el concepto de daño moral. En el año 1983 encontramos la primera de estas sentencias³⁶, que define el daño moral como “aquél que se causa con motivo de un hecho ilícito, siempre que se afecte o vulnere un derecho extrapatrimonial de la persona...”

Posteriormente, otras sentencias³⁷ han complementado ese concepto de daño moral empleando la noción —de antigua relevancia dogmática— de derecho subjetivo:

“Se entiende el daño moral como la lesión o agravio, efectuado culpable o dolosamente, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona y que es imputable a otro hombre”.

Es fácil advertir cómo en ese conjunto de decisiones se formula una distinción entre aquellos derechos subjetivos de contenido patrimonial y aquellos que no lo son, tales como los derechos: a la vida, integridad personal, honor, privacidad, al descanso, etc. La lesión, mediante un ilícito, de estos últimos configura la reparación bajo la fórmula técnica del daño moral. El daño moral, concebido de esta manera, exige distinguir entre el daño y las consecuencias que puede producir ese daño. En efecto, se dispone:

³⁵ RDJ, tomo LX, 1963, sec. 4ª, p. 4. Otros fallos que han concebido el daño moral como dolor y sufrimiento en RDJ, tomo LXV, 1968, sec. 4ª, p. 187 (cons. 5); RDJ, tomo LXX, 1973, sec. 4ª, p. 65; RDJ, tomo LXXIV, 1977, sec. 4ª, p. 281 (cons. 16); RDJ, tomo LXXX, 1983, sec. 4ª, p. 90; RDJ, tomo LXXXI, 1984, sec. 4ª, p. 35 y p. 140.

³⁶ *Gaceta Jurídica*, N° 46, 1984, p. 93.

³⁷ RDJ, tomo LXXXII, 1986, sec. 4ª, p. 36; RDJ, tomo LXXXVII, 1990, sec. 3ª, p. 167; *Gaceta Jurídica*, N° 143, 1992, p. 103.

“Por consiguiente, con independencia del resultado, basta la sola lesión por el hecho ilícito, del derecho subjetivo que corresponde al ofendido, para que deba satisfacerse el daño moral”.

De esta manera, algunas sentencias empiezan a definir el daño moral a partir del derecho inherente a la persona que ha sido lesionado. Una sentencia del año 1986 lo ilustra claramente al afirmar: “...precisa recordar que ese daño (el moral) se produce siempre que se afecte la integridad física o moral de una persona...”³⁸.

Finalmente, esta idea de daño moral es acogida por una sentencia³⁹ que, al fundamentar la reparación, esgrime la idea de derechos morales o básicos que subyace a las reglas constitucionales y al Derecho Internacional de los derechos humanos. Esta sentencia hace explícita la idea de persona que en las sentencias anteriores se empezaba a vislumbrar, acogiendo la dimensión moral de la personalidad y reconociendo a aquélla como titular de derechos fundamentales.

No es extraño entonces a la evolución jurisprudencial y doctrinal que se prevea la reparación del daño moral vinculándolo a los derechos de la personalidad y separándolo de la antigua noción de *pretium doloris*. En principio, entonces, la regla sugerida por el proyecto que se analiza, debe estimarse correcta.

Con todo, se ha prevenido acerca de algunos problemas sistemáticos y otros fácticos que produce un reconocimiento amplio del daño moral.

Desde el punto de vista sistemático, se ha dicho que el reconocimiento del daño moral puro (como ocurriría en buena parte de los casos en la esfera de la intimidad) supone abandonar el principio de reparación íntegra del daño que es tan propio de la tradición europeo continental. En conformidad a este principio, la indemnización tiene por objetivo reparar el daño causado y no puede extenderse más allá o más acá de la extensión del perjuicio. Si hubiera indemnización más allá del daño, habría enriquecimiento injusto para la víctima; si hubiera indemnización más acá del daño, habría enriquecimiento para quien ejecuta el ilícito. Así, entonces, la indemnización debe equivaler estrictamente al perjuicio causado. El problema que este principio plantea al daño moral es que este es difícilmente avaluable en dinero. Los bienes de la personalidad no admiten sustitución perfecta⁴⁰ en

³⁸ *Gaceta Jurídica*, N° 46, 1984, p. 93; *Gaceta Jurídica*, N° 106, 1989, p. 67.

³⁹ RDJ, tomo XCI, 1994, sec. 1ª, p. 100.

⁴⁰ Hay sustitución perfecta desde el punto de vista económico, cuando una persona es indiferente frente de las situaciones de tener el bien “a” (un auto, por ejemplo) o recibir la indemnización por su pérdida (la indemnización del seguro).

dinero (carecen de precios de mercado) y ello hace –se afirma– que los jueces posean aquí un amplio campo de arbitrio incompatible con las reglas del sistema legal. Los jueces no tienen cómo establecer una función de utilidad en el campo de los daños morales que les permita evaluarlos.

En contra –y con razón– se afirma que efectivamente el daño moral posee problemas de evaluación; pero ello no es propio del daño moral en la esfera de la intimidad (que es lo que importa de cara al proyecto que se viene analizando) sino que pertenece a la índole misma del concepto. El Derecho occidental lo ha admitido ampliamente porque la alternativa –dejar sin reparación esa esfera– induce a la ejecución de actividades socialmente nocivas. De ahí que deba tenerse por principio generalmente admitido, tanto en el Derecho angloamericano como en el Derecho continental, que, a pesar de sus peculiaridades, este tipo de daño debe ser tenido en consideración al tiempo de indemnizar.

Lo que ocurre es que una correcta evaluación del daño moral debe tener en cuenta las funciones que, de modo general, se asignan a un sistema de responsabilidad. En términos básicos –y sin perjuicio de análisis posteriores más finos– los sistemas de responsabilidad poseen la función de distribuir los costos asociados a la ejecución de las actividades humanas. Dentro de los costos asociados a la libertad de opinión y de información que es propia de una sociedad democrática, se encuentra el daño a la reputación de ciertas personas, la revelación de hechos incómodos, el atentado a la sensibilidad estética y otros. Una regla de responsabilidad civil debe decidir quién hace suyos –sobre quién recaen– esos costos. En un sistema legal que carezca de una regla amplia de protección de la intimidad (como hasta ahora ocurre en Chile) los costos de esas actividades recaen sobre todos los miembros de la sociedad y, en especial, sobre aquellos cuya intimidad es quebrantada o vulnerada. La solución sería económicamente eficiente si los bienes eventualmente afectados pudieran ser cubiertos por un sistema de seguro; pero no es el caso. El resultado de esta situación es que las actividades de difusión de información relativa a la vida privada y la imagen de las personas, está subsidiada –los ejecutores de la actividad no soportan la totalidad de sus costos– y la actividad misma tiene incentivos para alcanzar un nivel de actividad que está, seguramente, más allá de lo que sería socialmente necesario (desde un punto de vista económico, la actividad al no internalizar todos sus costos –por ausencia de una regla de responsabilidad– resulta artificialmente más barata).

Una regla de responsabilidad, como la que contiene el proyecto, traslada los costos de esa actividad (o, más bien, de los errores que esa actividad supone) a sus ejecutores. Los medios, en consecuencia, tendrán incentivos suficientes para evitar incurrir en intromisiones ilegítimas por las que debe-

rán pagar. Es probable, entonces, que el nivel de la actividad se dirija a un nivel eficiente.

Con todo, se hace necesario cuidar que la regla de responsabilidad no sea demasiado exigente, esto es, que no establezca estándares de conductas demasiado severos a los medios (es necesario, en otras palabras, atender al criterio del caso *New York Times v. Sullivan*, que ya se analizó en *supra* II). En este caso, una regla semejante induciría a que la actividad se desarrollara por debajo de sus niveles socialmente óptimos.

PROYECTO DE LEY SOBRE PROTECCIÓN CIVIL DE LA PRIVACIDAD

La privacidad, la estimación que cada uno tiene acerca de sí mismo y la imagen que ha logrado generalizar en la percepción de los demás, son derechos fundamentales que se vinculan muy de cerca con la dignidad humana. Cada hombre o mujer, en la esfera de la sociabilidad, tiene derecho, en principio, a decidir qué aspectos de su vida deben ser conocidos de los otros o sometidos a su juicio crítico. Es este un derecho que merece ser protegido. Lo mismo ocurre con el honor y con la honra. El honor, en una sociedad democrática, se encuentra igualmente distribuido entre los seres humanos y el desmedro que se le causa debe, en principio, repararse. La honra, por su parte, el crédito o la confianza que cada uno ha logrado generalizar ante los demás, debe también ser protegido cuando se le lesiona de manera ilegítima.

Con todo, y como suele ocurrir, no se trata de derechos que puedan ser esgrimidos sin consideración a ningún otro principio. Un respecto irrestricto y absoluto a la privacidad, hace opacas las relaciones sociales, impide el control de las funciones públicas y del poder y acaba deteriorando la búsqueda y la transmisión de información sobre que reposa el debate libre y crítico que es base de una democracia vigorosa y parte insustituible de una sociedad abierta.

Por eso, junto al respeto de la privacidad, una sociedad democrática se esmera también en cuidar escrupulosamente el respeto a la libertad de expresión y de información. Así lo dispone, por lo demás, la propia carta fundamental y los instrumentos internacionales vigentes.

Nuestro ordenamiento jurídico es, sin embargo, deficiente en la regulación de esos dos bienes, a veces, inconsistentes. La privacidad carece, en rigor, de protección mediante la vía civil; existe una regulación penal de las hipótesis de intromisión, particularmente física; subsisten, todavía, el desacato y la sedición impropia; y, en fin, nuestra práctica jurisprudencial tiende a dar primacía, a veces absoluta, a la privacidad, arriesgando así, el peligro de gravar en exceso a la libertad para buscar y divulgar la información.

Es urgente, entonces, regular las relaciones entre la protección civil de la privacidad y el ejercicio de la actividad de buscar y difundir información. A ese objetivo tiende la indicación sustitutiva que ahora se presenta. Hasta dónde resulta prudente y legítima la protección de la privacidad es una cuestión que, según lo muestra la experiencia, exige ponderar los diversos bienes que, en cada caso, se comprometen. No es posible resolver un problema como éste sobre la base de una jerarquía abstracta de derechos o de principios. La precedencia entre los derechos fundamentales –como lo sugiere la práctica y la literatura– es una precedencia condicionada a las características que revisten los casos que reclaman solución.

Sobre eso hay un amplio consenso en la doctrina y la práctica constitucional comparada.

La indicación sustitutiva que aquí se presenta hace suya esa directriz conforme a la cual los problemas que plantea la protección de la privacidad requieren, inevitablemente, un juicio de ponderación de parte de los jueces a la luz de las particularidades del caso que ante ellos comparecen.

Siendo inevitable en estas materias el juicio jurisdiccional, el proyecto pretende, sin embargo, orientar, hasta donde ello es posible, el discernimiento jurisdiccional. Los jueces deben obediencia a la ley y de ahí, entonces, que la ley deba proveer a los jueces de pautas conforme a las cuales puedan juzgar los casos que ante ellos comparecen.

Los criterios en los que se inspira el proyecto que, por vía sustitutiva, aquí se presenta, son, en términos generales, los que siguen:

1. En sus rasgos más básicos el proyecto pretende brindar protección –conceder acciones reparatorias– a quienes sean objeto de intromisiones ilegítimas. Una intromisión es ilegítima cuando la búsqueda o la divulgación de la información no está provista de un interés público que la justifique o de un interés privado relevante. El proyecto elude el uso de fórmulas puramente generales o abstractas para caracterizar la intromisión ilegítima. En vez de eso, prefiere una definición general seguida de un conjunto de casos típicos que la configuran. Esa técnica, habitual en el Derecho Comparado, permite morigerar la carga excesiva que para el demandante supone, a veces, el sistema aquiliano o subjetivo de responsabilidad que la indicación sigue.

Como es sabido, en el sistema subjetivo de responsabilidad sólo hay reparación si, en la ejecución del hecho lesivo, medió culpa o dolo. El proyecto mantiene ese principio y evita un sistema objetivo de responsabilidad que gravaría de manera intolerable la circulación y producción de informaciones. Con todo, y a fin de morigerar una carga de la prueba excesiva, describe situaciones típicas en las que se configura una intromisión de manera que, acreditada la situación fáctica

del caso, habrá responsabilidad si no se prueba, por parte del demandado, que hubo la debida diligencia.

2. Una intromisión ilegítima –en la medida que viola la esfera de la privacidad– causa daño con prescindencia de si es falsa o verdadera. Habitualmente, y como lo enseña la experiencia comparada, se tratará de un daño no pecuniario, o daño moral, en cuya regulación el proyecto se esmera especialmente. Se trata, en especial, de evitar que a propósito del daño moral se fijen daños punitivos que alienen la industria de la litigación en esta área. Subyace al proyecto la convicción que la regulación ambigua de los daños morales –un defecto que el proyecto procura eludir– grava en exceso la libertad de expresión.
3. En términos generales, el proyecto de ley se inspira en el principio conforme al cual la protección de la privacidad debe ser tanto más intensa, cuanto menos se encuentre comprometido el interés público o los intereses de terceros. Parece razonable pensar que en aquellos actos o dimensiones de la vida que atingen solamente al sujeto que la vive, no hay motivos que legitimen ninguna intervención. En la esfera de los asuntos en los que el interés público no está comprometido, la protección de la privacidad debe ser más plena. Más plena; pero en caso alguno absoluta. No corresponde al Derecho la protección de sensibilidades excesivas o extremas. Hacerlo importaría gravar excesivamente la búsqueda y la divulgación de la información. El proyecto supone que la libertad de información y el libre intercambio de opiniones impone a todos gravámenes razonables. Todos los ciudadanos –en particular tratándose de los medios de comunicación masiva– nos beneficiamos de una información abierta y es natural, entonces, que debamos aceptar algunos mínimos costos para gozar de ese bien. El proyecto de ley dispone, por eso, una delimitación negativa –sobre la base de los actos propios y los usos sociales– de la esfera que ha de considerarse susceptible de ser protegida.
4. Las mismas razones anteriores conducen a sostener que tratándose, en particular, de personas de relevancia pública y, en especial, de quienes ejercen cargos públicos, la protección debe ser menos intensa. Comparecen aquí razones de interés público. El escrutinio ciudadano de las actividades de quienes ejercen cargos públicos –en aquellas esferas de la vida que se relacionan con los deberes o las expectativas que están indisolublemente ligados a las funciones del caso– resulta imprescindible en una democracia. En materias vinculadas al ejercicio del poder y del gobierno, sigue teniendo validez el principio que Kant puso a la base de una constitución republicana: toda máxima que no sea susceptible de publicidad es, en estas materias, en princi-

pio, injusta. No se trata, por supuesto, de sostener que quienes ejercen cargos públicos carezcan del derecho a la privacidad. Se trata de que en estos casos el interés público suele adquirir mayor intensidad; una intensidad que la ley debe reconocer para guiar la ponderación que los jueces, en ejercicio de su deber y en cumplimiento de su lealtad a la ley, deberán ejercitar. Se trata, en otras palabras –y como se ha dicho– de las “inevitables servidumbres a que obliga la grandeza”.

5. Conscientes de que la cultura jurídica de nuestro país y la práctica jurisprudencial deberá evolucionar con el tiempo, y a fin de guiarla, el proyecto de ley que aquí se presenta, luego de formular los principios generales que se acaban de recoger, se da a la tarea –como se dijo ya– de describir aquellas situaciones en las que deberá considerarse ilegítima la intromisión y aquellos otros casos en los que, en cambio, no debe estimarse que hay ilegitimidad. Una técnica semejante resulta imprescindible si se quiere reducir las inevitables zonas de incertidumbre que estas materias –como todo aquello que ha de someterse a los jueces– conllevan. Confiamos que la descripción de ambas situaciones que el proyecto propone se corresponda con los usos sociales de amplia aceptación y con las prácticas más relevantes de búsqueda de información.
6. En consonancia con lo que se viene diciendo, el proyecto asume, en el conjunto de sus preceptos, que la delimitación entre la esfera privada y aquélla que, en cambio, es susceptible de publicidad, no se relaciona estrictamente con el lugar. Los actos realizados en lugares públicos, si están acompañados de una razonable expectativa de privacidad, deben ser protegidos. Por la inversa, los actos acaecidos en la esfera de lo propio no pueden esgrimir en su favor la privacidad si comprometen derechos de terceros o el interés público.

En ello, el proyecto se encuentra en consonancia con la práctica legal y jurisprudencial de las sociedades abiertas.

7. El proyecto cuida especialmente evitar incentivos que alienten la litigación inmoderada en esta área. El surgimiento de una industria de la litigación en este tipo de materias, puede, a poco andar, transformarse en una gravamen intolerable; especialmente para la búsqueda y divulgación de la información.

De acuerdo con lo anterior, el proyecto cuida especialmente no apartarse del principio estrictamente reparador que, en nuestro sistema, ha de poseer la indemnización de perjuicios. Se intenta así evitar el surgimiento, a veces implícito, de la fijación de daños punitivos. En el mismo sentido se orienta la regulación de criterios para la fijación del daño moral y en ese mismo orden de cosas se propone una regla de costas que modere la litigación frívola en esta área de asuntos.

8. En la medida que el proyecto desincentiva –hasta donde ello es posible– la litigación frívola, no pareció correcto establecer mayores trabas desde el punto de vista procesal. De ahí entonces que el proyecto prevé el uso del juicio sumario; dispone que la prueba que se rinda en una sola audiencia sea apreciada conforme a las reglas de la sana crítica; y prescribe que, en caso de acogerse la demanda, ésta será susceptible de ser apelada sólo en el efecto devolutivo. Conceder la apelación en ambos efectos, importa gravar en demasía la acción del perjudicado. En nuestra opinión, las cautelas relativas a costas y el principio de reparación estricta, hacen probable que las demandas de perjuicios por intromisión ilegítima estén, en general, dotadas de plausibilidad. Siendo así, no parece correcto que el costo de espera –producto de la apelación– recaiga sobre aquél cuya pretensión ha resultado plausible.
9. La indicación sustitutiva se ocupa también de la protección del honor y de la honra. Es ésta una materia que posee, en Chile, un amplio tratamiento penal; pero un deficiente tratamiento civil. La indicación procura crear incentivos para, en cambio, utilizar la vía civil. Contempla, entonces, en uno de sus preceptos la posibilidad de perseguir reparación cuando se lesionen el honor –esto es, la igual dignidad a que los sujetos tienen derecho en una sociedad democrática– o la honra, si, al proferir las expresiones lesivas, media dolo o descuido grave.
10. Creemos que, en su conjunto, un proyecto como el que aquí se sugiere, permitirá construir una práctica de equilibrio razonable entre los derechos fundamentales comprometidos. Al disponer una protección civil, el proyecto tiende a impedir una excesiva penalización en esta área y al asumir explícitamente –como directriz que anima el conjunto de sus preceptos– una regla de ponderación, evitará, como a veces ha ocurrido en nuestra práctica constitucional, una preeminencia de principio y abstracta a favor de uno nada más de los derechos aquí en juego.

TÍTULO I NORMAS GENERALES

Artículo 1°. Los derechos a la honra, al honor, a la privacidad y a la propia imagen serán protegidos civilmente de todo género de intromisiones ilegítimas. El daño efectivo que de ello resultare será reparado.

Los derechos a la honra, al honor, a la privacidad y a la propia imagen son inherentes a la personalidad. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo siguiente.

Artículo 2°. La protección prevista en esta ley no alcanza a aquellos aspectos de la vida de una persona que, atendidos sus propios actos o los usos sociales, no deben entenderse reservados. Tampoco se extiende la referida protección a aquellas informaciones que posean interés histórico, científico, político o cultural relevante.

Cesa la protección cuando el titular del derecho consiente tácita o expresamente en la intromisión; cuando se trate de actuaciones autorizadas por el juez competente; y, en general, cuando se trate de actos que la ley autoriza expresamente.

El consentimiento será siempre revocable antes de llevarse a efecto los actos que autorizaba; pero habrá de indemnizarse el daño emergente.

Artículo 3°. El consentimiento de los menores e incapaces se sujetará a las reglas generales de la legislación civil. No obstante, la oposición de cualquiera de ellos prevalecerá siempre.

Artículo 4°. Ningún precepto de esta ley se interpretará de una manera que obstaculice el ejercicio del derecho a buscar, recibir y difundir informaciones y opiniones.

TÍTULO II DE LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS

Artículo 5°. Existe intromisión ilegítima en la esfera protegida por esta ley cuando se divulga o extiende entre el público, sin autorización, informaciones o alegaciones concernientes a hechos de la vida privada o familiar de otro, sin el propósito de servir un interés público o sin mediar un interés privado legítimo, dentro de límites razonables.

Así, se verifica una intromisión de esta índole si se divulga o extiende entre el público informaciones o alegaciones concernientes a la vida privada o familiar de otro que carecen de toda relevancia más allá de su círculo de relaciones o que no son atinentes a las funciones públicas que el sujeto realiza.

En general, no hay intromisión ilegítima si se divulgan informaciones que hieren la sensibilidad de una persona que un sujeto medio estimaría excesiva. Tampoco la hay tratándose de informaciones relativas a actos acaecidos o realizados en lugares que, a cualquier título, sean de libre acceso al público, salvo que, atendidas las circunstancias, estén acompañados de una razonable expectativa de privacidad.

Así, no hay intromisión ilegítima si se divulgan informaciones que no lastimarían la sensibilidad ordinaria de las personas; si se divulga la perma-

nencia de alguien en un lugar de acceso público; si se extiende entre el público información obtenida en un lugar de acceso público sin usar medios subrepticios, ni traicionar la confianza de aquél a quien concierne directamente la información que se divulga; y, en general, si se divulgan informaciones en cuyo conocimiento hay un plausible interés público.

Artículo 6°. En especial se considerarán intromisiones ilegítimas:

- a. La utilización, en cualquier lugar, de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio destinado a captar, interceptar, grabar o reproducir conversaciones o comunicaciones de carácter privado; o a fotografiar, fotocopiar o reproducir documentos o instrumentos del mismo carácter; o a captar, grabar, filmar o fotografiar imágenes o hechos de carácter privado;
- b. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo;
- c. La revelación de datos privados de una persona o familia, conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Artículo 7°. En especial, no se considerará intromisión ilegítima:

- a. La divulgación de hechos pertenecientes, en principio, a la esfera de la privacidad de quienes ejerzan cargos públicos o desempeñen funciones de relevancia pública, cuando los hechos divulgados se relacionen con los deberes del cargo o de la función, con la competencia para llevarlos a cabo, o con las expectativas que, respecto del propio comportamiento, generó quien ejerce el cargo público o desempeña la función del caso;
- b. Las actividades tendientes a la búsqueda de información relativa a quienes ejercen cargos públicos o funciones de relevancia pública, cuando, a la luz de los antecedentes disponibles, existen motivos razonables para pensar que existe un claro interés público en su divulgación;
- c. La búsqueda o divulgación de informaciones que, aunque pertenecientes en principio a la esfera de privacidad de una persona, se relacionen con el ejercicio de alguna profesión, oficio o actividad relevante para la comunidad y cuyo conocimiento poseyere interés público real.
- d. La búsqueda o divulgación de informaciones que, aunque pertenecientes en principio a la esfera de la privacidad, no lesionarían a una persona de sensibilidad ordinaria;
- e. La divulgación de informaciones o imágenes, obtenidas por medios no subrepticios, en lugares de acceso público, cuando, de acuerdo

con las circunstancias, no exista una expectativa razonable de privacidad;

- f. La búsqueda y divulgación de hechos que presenten caracteres de delito o de la participación en ellos;
- g. En general, la divulgación de acontecimientos o manifestaciones que consten en registros o archivos públicos.

Artículo 8°. La ley protege el derecho de toda persona de disponer de la propia imagen y decidir en qué momento puede ser ella captada, reproducida o publicada para fines comerciales, publicitarios o de una índole semejante.

Con todo, el derecho a la propia imagen no impedirá:

- a) La captación, reproducción o publicación, por cualquier medio, de imágenes gráficas cuando la imagen se capte durante un acto o en lugares abiertos al público, y
- b) La utilización de la caricatura de personas que ejerzan un cargo público o una profesión o actividad de notoriedad o proyección públicas, de acuerdo con los usos sociales.

Artículo 9. Darán lugar a la responsabilidad civil establecida en esta ley toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, mediando el propósito de afectar moralmente al ofendido o con grave descuido de la verdad de lo que se le atribuye

TÍTULO III DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Artículo 10°. La acción indemnizatoria sólo corresponderá a los directamente afectados por la intromisión estimada ilegítima o a quienes les sucedan por causa de muerte.

La acción indemnizatoria es intransferible y prescribirá en el lapso de un año desde que el directamente afectado pudo ejercerla.

El ejercicio de la acción indemnizatoria prevista en esta ley no obsta al ejercicio de la acción penal, si procediere, ni tampoco al ejercicio de los demás derechos establecidos en las leyes.

Artículo 11. La indemnización comprenderá todo daño. Tratándose del daño moral, el juzgador, al tiempo de fijar la indemnización, atenderá a las circunstancias del caso; a la gravedad de la lesión efectivamente producida en la esfera de la personalidad; al grado o la intensidad del descuido en que

hubiere incurrido el ejecutor del daño y al beneficio obtenido por el causante de la intromisión ilegítima.

El juez procurará que la indemnización sea estrictamente reparadora y no se constituya en ocasión de enriquecimiento ni para el afectado ni para quien efectuó la intromisión. En consecuencia, y atendidas las circunstancias, el juez podrá fijar una indemnización puramente simbólica.

La sentencia que conceda o no a la indemnización deberá fijar las costas efectivamente producidas en el juicio. Quien pierda el juicio deberá pagar las costas efectivamente causadas, a menos que el tribunal justifique que la pretensión solicitada, y no concedida, o la defensa alegada y desechada, habrían sido solicitadas, o invocadas en su caso, por un sujeto razonable.

TÍTULO IV DEL PROCEDIMIENTO

Artículo final. Introdúcense las siguientes modificaciones al CÓDIGO PENAL:

1. Sustitúyase el artículo 144 del *Código Penal* por el siguiente:

Artículo 144. El que entrare o permaneciere en la morada, las dependencias o el vehículo de otro, sin su consentimiento, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de diez a cincuenta ingresos mínimos.

Será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de diez a cincuenta ingresos mínimos, el que, infringiendo la prohibición de ingreso que le hubiere sido previamente impuesta por tribunal competente, entrare o permaneciere en lugar abierto al público.

2. Sustituyese el artículo 161-A por el siguiente:

“El que sin el consentimiento del afectado utilizare instrumentos o artificios técnicos para ver hechos o escuchar conversaciones que se llevaren a cabo en los lugares indicados en el inciso primero del artículo 144, o para grabar las imágenes o registrar los sonidos de los mismos, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de cincuenta a quinientas Unidades Tributarias Mensuales”.

3. Sustituyese el artículo 161-B por el siguiente:

“El que sin el consentimiento del afectado grabare imágenes de hechos personales ocurridos en cualquier lugar, lesionando con ello considerablemente la intimidad del afectado, será castigado con la

pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de cincuenta a quinientas Unidades Tributarias Mensuales.

Con la misma pena será castigado el que utilizare instrumentos o artificios técnicos para escuchar o registrar las conversaciones privadas que se llevaren a cabo en lugares distintos del artículo anterior.

4. Incorpórese el siguiente artículo 161-C nuevo:

“El que sin el consentimiento del afectado registrare las palabras que le fueran dirigidas confidencialmente por aquél, o grabare las imágenes de acciones íntimas que aquél realizare privadamente en su presencia, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales.

La misma pena se impondrá al que, habiendo grabado con el consentimiento de otro imágenes a que hace referencia el inciso anterior, divulgare el contenido de la grabación sin su autorización.

Incorpórese el siguiente artículo 161-D nuevo:

“El que habiendo participado en la comisión de alguno de los hechos señalados en los artículos 161-A, 161-B y 161-C inciso primero, sin el consentimiento del afectado, revelare los secretos o divulgare las conversaciones o hechos de la intimidad que hubiere descubierto ilegítimamente o divulgare o transmitiere las imágenes o sonidos ilegítimamente grabados o registrados, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de diez a cincuenta ingresos mínimos.

La pena establecida en el inciso anterior, será impuesta como pena única, salvo que de ello, se siguiere una ventaja para el culpable, caso en el cual se estará a lo dispuesto en los artículos 74 o 75 del *Código Penal*.

El que, sin haber participado en la comisión de los hechos antes señalados, difundiere las grabaciones de imágenes o registros de sonido a que se refiere el inciso primero, sin el consentimiento del afectado, sabiendo de la ilegitimidad de su procedencia o no pudiendo menos que conocerla, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales”.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS SIN FINES DE LUCRO

Carlos Pizarro Wilson*

RESUMEN

La escasa doctrina relativa a la responsabilidad civil de las personas jurídicas sin fines de lucro justifica un análisis de este problema. No cabe duda que dichos sujetos de Derecho pueden contraer obligaciones según da cuenta el artículo 545 del *Código Civil*; sin embargo, con la creciente importancia de las fundaciones y corporaciones como sujetos activos de la economía nacional la normativa vigente aplicable muestra importantes vacíos. El anquilosamiento de las reglas aplicables requiere una propuesta doctrinal para regular los ilícitos que el órgano social cause ya sea durante la vigencia o con posterioridad al acuerdo de disolución de la corporación o fundación.

La responsabilidad civil de las personas jurídicas sin fines de lucro no ha recibido una atención particular de la civilística nacional¹; no obstante, estas instituciones se han transformado en importantes actores de la realidad jurídica y económica nacional. La relevancia que han ido adquiriendo las fundaciones y corporaciones justifica un estudio de las reglas de responsabilidad que le son aplicables.

En este trabajo nos centraremos en la legitimación pasiva de las fundaciones y corporaciones. Por otra parte, se realiza un análisis de la responsabilidad civil por contratos en ejecución luego de la disolución de la funda-

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil en las universidades de Chile y Diego Portales.

¹ Cf. Hernán CORRAL TALCIANI, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Jurídica, 2003, p. 116; Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica, 1999, p. 75; Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, N° 103, p. 148 y ss; Pedro ZELAYA ETCHEGARAY, “Sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en el Derecho Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, N° 3, 1986, pp. 525-539.