INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que delimita el ámbito de la vida privada frente a la libertad de expresión.

BOLETÍN N°2.671-07

_____

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informaros, en primer trámite constitucional, acerca del proyecto de ley de la referencia, que tuvo su origen en un Mensaje de S.E. el Presidente de la República.

A la sesión en que la Comisión trató el proyecto asistieron los HH. Senadores señores Fernández y Zurita.

La Comisión contó además con la colaboración del señor Ministro de Justicia, don José Antonio Gómez, del señor Ministro Secretario General de Gobierno, don Claudio Huepe, de la señora Subsecretaria, doña Carolina Tohá, del Jefe de la División Jurídica de esa Cartera, señor Ernesto Galaz, y del profesor de Derecho Penal señor Jorge Bofill.

- - -

ANTECEDENTES

A) Antecedentes legales.

1.- Ley Nº16.643, sobre Abusos de Publicidad.

a) **En su artículo 16** declara que, para los efectos de la presente ley, se consideran medios de difusión los diarios, revistas o escritos periódicos; los impresos, carteles, afiches, avisos, inscripciones murales, volantes o emblemas que se vendan, distribuyan o expongan en lugares o reuniones públicas; y la radio, la televisión, la cinematografía, los altoparlantes, la fonografía y en general cualquier artificio apto para

fijar, grabar, reproducir o transmitir la palabra, cualquiera que sea la forma de expresión que se utilice, sonidos o imágenes.

b) **El artículo 22** de la misma ley, agregado por la ley Nº 19.048, de 1.991, señala lo siguiente:

“Artículo 22.- La imputación de hechos determinados, relativos a la vida privada o familiar de una persona, difundida a través de alguno de los medios señalados en el artículo 16, efectuada sin autorización de ésta, y que provocare a su respecto daño o algunas formas de descrédito, tales como la hostilidad, el menosprecio o el ridículo, será sancionada con la pena de multa de diez a cincuenta ingresos mínimos. En caso de reiteración o de reincidencia en relación con una misma persona, se impondrá, además, la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.

En la mismas penas incurrirán quienes grabaren palabras o captaren imágenes de otra persona, no destinada a la publicidad y, sin consentimiento de ella, las difundieren por alguno de los medios señalados en el artículo 16, y provocaren las consecuencias señaladas en el inciso anterior.

Para los efectos de los incisos anteriores no se considerarán como hechos relativos a la vida privada o familiar de una persona los siguientes:

a) Los referentes al desempeño de funciones públicas;

b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento poseyere interés público real;

c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;

d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algunos de los medios señalados en el artículo 16;

e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y

f) Los consistentes en la ejecución de delitos de acción pública o participación culpable en los mismos.

Al inculpado de cometer el delito contemplado en el inciso primero de este artículo se le admitirá prueba de verdad de la imputación en los siguientes casos:

a) Si acreditare que el hecho verdadero imputado, aunque perteneciente a la vida privada, tiene real importancia respecto del desempeño correcto y eficaz de la función pública, o de la profesión u oficio del afectado, o de alguna actividad de significativa relevancia para la comunidad, o

b) Si el ofendido exigiere prueba de la verdad de la imputación contra él dirigida, y siempre que dicha prueba no afectare el honor o los legítimos secretos de terceros.

En los casos de las letras a) y b) del inciso anterior, probada la verdad de la imputación, el inculpado quedará exento de pena.

Se considerarán, en todo caso, pertenecientes a la vida privada los hechos relativos a la vida sexual, conyugal o doméstica de una persona, salvo que ellos fueren constitutivos de delitos.”.

2.- El Código Penal.

En el artículo 161-A –agregado por la ley Nº 19.423,de 1.995- castiga con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior.

En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas.

3.- Proyecto de ley sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (Boletín Nº 1035-07).

Este proyecto de ley se encuentra en la H. Cámara de Diputados, la que conoce en primer trámite constitucional las observaciones que formuló S.E. el Presidente de la República al texto aprobado por el Congreso Nacional.

Entre dichas observaciones se cuenta la que propone restablecer el **artículo 2º** previsto con anterioridad al rechazo del informe de la Comisión Mixta por la H. Cámara de Diputados. Tal artículo, en su inciso primero, define los medios de comunicación social, señalando que "Para todos los efectos legales son medios de comunicación social aquéllos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualquiera sea el soporte o instrumento utilizado.".

Por otra parte, se consulta también la incorporación del **artículo 50**, que deroga la ley N° 16.643, sobre abusos de publicidad, con la sola excepción de su artículo 49. En consecuencia, al entrar en vigencia el proyecto de ley, quedará abrogado el actual artículo 22 de la ley sobre abusos de publicidad.

B) Antecedentes de hecho.

En el Mensaje con que acompaña esta iniciativa, S.E. el Presidente de la República explica que, mediante el proyecto de ley sobre el ejercicio de las libertades de opinión e información, se incorporarán en nuestro ordenamiento jurídico nuevas instituciones -tales como el secreto profesional periodístico, una modalidad de la cláusula de conciencia y el derecho al acceso a las fuentes informativas-, y se subsanarán graves defectos de la legislación en vigor, sea por la vía de su supresión, como la prohibición judicial de informar sobre causas pendientes ante los tribunales de justicia, sea por la vía de su razonable morigeración, como la responsabilidad penal objetiva -la denominada responsabilidad en cascadas- respecto del ejercicio abusivo de las libertades de opinión e información.

Recuerda que la ley Nº 19.048, de 1991, incorporó a la actual ley sobre abusos de publicidad una compleja norma, su artículo 22. En sus dos primeros incisos, contiene preceptos destinados a la

protección penal de los derechos de las personas a la intimidad y a la propia imagen. En sus incisos tercero y sexto, además, establece conceptos que definen el ámbito perteneciente a la esfera privada de las personas. Finalmente, en su inciso cuarto, consagra una circunstanciada ponderación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, para los casos en que tales intereses jurídicamente protegidos entran en conflicto.

Observa que dicho precepto no fue incluido entre las observaciones que el Ejecutivo formuló al proyecto de ley sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, pues, por razones de técnica legislativa, se estimó conveniente reservarlo para la normativa en la que, de manera especial, se habrá de reformular la protección civil y penal de la esfera privada y la vida íntima de las personas y su familia, toda vez que entre el precepto legal mencionado y el tipo penal prescrito en el artículo 161-A del Código Penal se produce un concurso de leyes.

Añade el Mensaje que, en el debate realizado en el Congreso Nacional se ha manifestado preocupación en el sentido de que la derogación del citado artículo 22 podría producir un desbalance entre bienes jurídicos necesarios a proteger, como lo son el derecho a la intimidad de las personas y el derecho a la libertad de información. En otras palabras, que la entrada en vigencia de dicho proyecto, con la derogación de la ley de abusos de publicidad que contiene, dejaría entregadas ciertas conductas al Código Penal, lo que dejaría a ciertos sujetos en una posición desmejorada respecto de la que tienen en la actualidad.

En este sentido, el Ejecutivo estima necesario mantener transitoriamente, por nueve meses, los contenidos del actual artículo 22 de la Ley Nº 16.643, periodo durante el cual se compromete a estudiar y proponer una nueva normativa sobre el tema de la protección de la intimidad y privacidad de las personas en el marco de la libertad de opinión e información.

Apunta que el proyecto en informe está concebido como una ley independiente, aunque de igual contenido sustancial, que el actual artículo 22 de la Ley Nº 16.643. Ello obedece a la anotada transitoriedad de su vigencia y a que mientras, no se publique la ley sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, tal normativa se encuentra vigente. Por lo mismo, no se podría en este momento, con dicho proyecto aún en trámite, reponer una norma vigente.

- - -

DISCUSIÓN GENERAL

El Ministro Secretario General de Gobierno señor Huepe indicó a la Comisión que, durante la discusión de las observaciones que presentó el Ejecutivo al proyecto sobre ley sobre las libertades de opinión e información en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados, surgió la posibilidad de extender transitoriamente la vigencia de las disposiciones contenidas en el artículo 22 de la actual ley sobre abusos de publicidad.

Agregó que, a juicio de algunos, la sola supresión de esta norma como consecuencia de la derogación de la ley sobre abusos de publicidad podría significar un obstáculo para el adecuado desarrollo de las libertades de opinión e información, especialmente para el llamado periodismo de investigación, porque ella permite excepcionarse frente a lo dispuesto en el artículo 161-A del Código Penal.

Esa posición no es unánime, porque algunos especialistas en derecho constitucional y derecho penal que también escuchó la mencionada Comisión de la H. Cámara de Diputados discreparon acerca de los alcances que se atribuyen al artículo 22. Incluso hay un estudio elaborado por la Universidad de Chile sobre 160 casos en los que se habrían realizado algunas de las conductas descritas en ese precepto, sin que en ninguno de ellos haya sido invocado.

A juicio del Ministro señor Huepe, es necesario modificar el artículo 161-A del Código Penal, pero la solución de fondo debe darse en un proyecto de ley especial, cuya preparación y debate legislativo tomará un lapso mayor que el despacho por el Congreso Nacional de las observaciones del Presidente de la República, porque las normas sobre protección a la vida privada deben ser examinadas en un contexto general, que permita armonizar las otras reglas concernientes a la materia, como las relativas a interceptación de comunicaciones, violación de domicilio o violación de correspondencia.

Por ese motivo, se ha optado por esta solución intermedia, que únicamente persigue impedir que, al derogarse el artículo 22, quede vigente como regla general en materia de protección a la vida privada sólo el artículo 161-A del Código Penal. No se trata de desincriminar las conductas, sino de morigerar la aplicación de esta norma del Código Penal, por ser el artículo 22 una norma privilegiada respecto de aquélla.

Los HH. señores miembros de la Comisión estuvieron de acuerdo en la conveniencia de revisar sistemáticamente la legislación penal concerniente a la protección de la vida privada. En esa

medida, respaldaron la idea del Ejecutivo de elaborar un proyecto de ley sobre esta materia, anunciada por el Ministro señor Huepe.

Tampoco les mereció mayores reparos la sugerencia de dejar subsistente, por un periodo breve, las disposiciones hoy contenidas en el artículo 22 de la ley sobre abusos de publicidad, mientras se dilucida el régimen punitivo permanente que será aplicable en lo sucesivo. Es dable consignar que el H. Senador señor Viera-Gallo dejó constancia de su inquietud por el hecho de que el referido artículo 22 aparece como más represivo que el marco punitivo que contempla el artículo 19, Nº4, de la Constitución Política, que exige que se impute un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, lo que configura un criterio que el legislador debería tener presente. El H. Senador señor Díez, por el contrario, estimó que, si bien el constituyente obliga al legislador a establecer como delito las conductas que señala, ello no obsta a que tipifique además otras figuras punibles.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión coincidió con lo expresado al término del Mensaje Presidencial, en el sentido de que, encontrándose todavía vigente el artículo 22 de la ley sobre abusos de publicidad, no es procedente reponer su contenido normativo.

Sobre el particular, los señores representantes del Ejecutivo hicieron presente que, si bien no es una situación habitual reponer una norma cuando aún se encuentra vigente, el único efecto que podría producir en la especie es el de generar un concurso de leyes penales, que los tribunales deberían zanjar en cada caso de acuerdo a las reglas generales. Frente a ello, la gran ventaja es que se evitaría que surgiera un interregno sobre la materia con la derogación del artículo 22. El señor Ministro Secretario General de Gobierno añadió que se ha previsto resguardar la congruencia temporal del cese de la vigencia del artículo 22 y el inicio de la vigencia del proyecto de ley en informe haciendo coincidir la publicación de esta iniciativa con la del proyecto sobre las libertades de opinión e información.

La Comisión, aunque entendió esas consideraciones, razonó que, en el estado en que se encuentra el proyecto de ley sobre las libertades de opinión e información, sólo se tendrá certeza de la aprobación de las observaciones planteadas por el Presidente de la República – y, por ende, de la derogación del artículo 22 de la ley sobre abusos de publicidad- una vez que se haya pronunciado favorablemente sobre ellas la Sala de la H. Cámara de Diputados, por lo cual no es apropiado que el Senado apruebe en particular el proyecto de ley en informe.

Aceptó el punto de vista del señor Ministro Secretario General de Gobierno en el sentido de estimar que, a su turno, la aprobación de esta iniciativa de ley por el Senado influiría favorablemente en la aprobación por la H. Cámara de Diputados de las aludidas observaciones del Ejecutivo, pero consideró que, para ese efecto, la aprobación en general será suficiente muestra de la voluntad de esta Corporación. La aprobación en particular de sus preceptos sólo se justificaría una vez que exista certidumbre de la derogación del artículo que, salvo ligeros cambios de forma, se limita a reproducir.

La Comisión, finalmente, aplicó las normas reglamentarias que la obligan a pronunciarse sobre la iniciativa en general, y decidió hacerlo favorablemente para poder conocer las opiniones que le merezca a los demás HH. señores Senadores en la Sala y recibir las indicaciones que pudieren presentarse dentro del plazo que se abra al efecto. Todo ello, con vistas a reanudar su tramitación y despacharla en particular con la celeridad que el caso aconseje, si fueren aprobadas en definitiva por el Congreso Nacional las observaciones que formuló S.E. el Presidente de la República al proyecto de ley sobre las libertades de opinión e información y el ejercicio del periodismo.

- Sometido a votación el proyecto de ley, la Comisión lo aprobó en general por unanimidad, con los votos de los HH. Senadores señores Aburto, Chadwick, Díez, Silva y Viera-Gallo.

- - -

En concordancia con el acuerdo anteriormente expresado, vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, os recomienda que aprobéis el proyecto de ley contemplado en el Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que es del siguiente tenor:

PROYECTO DE LEY:

"**Artículo 1º.-** La imputación de hechos determinados, relativos a la vida privada o familiar de una persona, difundida a través de algún medio de comunicación social, o sea aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado, efectuada sin autorización de ésta, y que provocare a su respecto daño o algunas formas de descrédito, tales como la hostilidad, el menosprecio o el ridículo, será sancionada con la pena de multa de diez a cincuenta ingresos mínimos. En caso de reiteración o de reincidencia en

relación con una misma persona, se impondrá, además, la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.

En las mismas penas incurrirá el que grabare palabras o captare imágenes de otra persona, no destinadas a la publicidad y, sin consentimiento de ella, las difundieren por alguno de los medios de comunicación social, y provocaren las consecuencias señaladas en el inciso anterior.

Para los efectos de los incisos anteriores, no se considerarán como hechos relativos a la vida privada o familiar de una persona los siguientes:

a) Los referentes al desempeño de funciones públicas;

b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento poseyere interés público real;

c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;

d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación;

e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y

f) Los consistentes en la ejecución de delitos de acción pública o participación culpable en los mismos.

Al inculpado de cometer el delito contemplado en el inciso primero de este artículo, se le admitirá prueba de verdad de la imputación en los siguientes casos:

a) Si acreditare que el hecho verdadero imputado, aunque perteneciente a la vida privada, tiene real importancia respecto del desempeño correcto y eficaz de la función pública, o de la profesión u oficio del afectado, o de alguna actividad de significativa relevancia para la comunidad, o

b) Si el ofendido exigiere prueba de verdad de la imputación contra él dirigida, y siempre que dicha prueba no afectare el honor o los legítimos secretos de terceros.

En los casos de las letras a) y b) del inciso anterior, probada la verdad de la imputación, el inculpado quedará exento de pena.

Se considerarán, en todo caso, pertenecientes a la vida privada, los hechos relativos a la vida sexual, conyugal o doméstica de una persona, salvo que ellos fueren constitutivos de delitos.

Artículo 2º.- La presente ley tendrá una vigencia de nueve meses desde el momento de su publicación en el Diario Oficial.".

- - -

Acordado en sesión de fecha 21 de marzo de 2.001, con asistencia de los HH. Senadores señores Sergio Díez Urzúa (Presidente), Marcos Aburto Ochoa, Andrés Chadwick Piñera, Enrique Silva Cimma y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

Sala de la Comisión, a 3 de abril de 2.001.

JOSÉ LUIS ALLIENDE LEIVA
Secretario