

¿IMPUNIDAD JUDICIAL?

(Comentario al fallo de 31 de Mayo de 1993, recaído sobre el caso Martorell)

Fernando Atria Lemaitre*

Con fecha 31 de Mayo de 1993 la sexta sala de la Corte de Apelaciones dictó sentencia** en el bullado caso originado por el libro *Impunidad Diplomática*, de Francisco Martorell. Dicho caso, como se sabe, había llegado a su conocimiento a través de un recurso de protección interpuesto por Andrónico Luksic Craig en contra del autor y de la Editorial Planeta.

El fallo atañe a una de las más interesantes tensiones del moderno derecho constitucional, lo que justifica ampliamente su comentario: la que se presenta entre la libertad de información y el derecho a la honra y la privacidad.

Los problemas de los cuales debía hacerse cargo el fallo eran dos, vinculados pero distintos: uno es el de la jerarquía de los dos derechos en conflicto y otro es el de los tipos de ataques que puede recibir un derecho. Así, alguien podría concluir que el derecho a la vida privada tiene mayor importancia y jerarquía que el de emitir opinión, pero que pese a ello el tipo de ataque contenidos en *Impunidad Diplomática* no permite la protección judicial.

Además de los anteriores, y suponiendo que la Corte los solucionara de modo tal de aceptar el recurso, ello implicaba pronunciarse sobre un tercer tema: el de los mecanismo a través de los cuales puede defenderse la honra de las personas de actos previamente calificados de ataques ilícitos, cuando la vía procesal utilizada es el recurso de protección.

Estos tres temas pueden ser vistos como tres problemas que deben ser todos solucionados para resolver el conflicto o como estrategias alternativas de lograrlo. En el caso de acoger el recurso, sin embargo, debería haber un pronunciamiento sobre los tres conjuntamente.

I. LA JERARQUIA DE LOS DERECHOS

El fallo asume que basta con solucionar este tema para resolver el asunto. Y, por consiguiente, sentado que deja el hecho de que la protección del honor y de la

* Ayudante de Introducción al Derecho, Fac. Derecho, U. de Chile; Editor de Revista Derecho y Humanidades.

** Con posterioridad, el 15 de junio de 1993, sin modificaciones por la Corte Suprema.

intimidad es más importante que la de la libertad de emitir opinión e informar sin censura previa, la conclusión cae por su propio peso: el recurso debe ser acogido.

La estrategia de la Corte, sin embargo, deja dos cuestiones: en primer lugar, las razones que da para afirmar la jerarquía de un derecho sobre otro son muy insuficientes; por otro, del hecho de que la jerarquía entre ellos sea la sostenida por la Corte, no se sigue que el recurso deba ser acogido: es preciso ver si *este ataque* atenta contra el honor de un modo (criterio cualitativo) y en una magnitud (cuantitativa) que haga ilícito el ataque.

Esto es independiente del hecho de establecer la jerarquía entre ambos derechos. En efecto, aun siendo uno más importante que el otro, ello no quiere decir que el primero estará protegido contra el más insignificante ataque justificado por el otro. Es necesario evaluar la magnitud de la agresión y la importancia relativa del título atendido el cual se hace el ataque. En efecto, un ataque mínimo en contra del honor puede fundarse en cuestiones esenciales de la libertad de expresión, de modo, de aceptarse esta situación, la honra sufriría mínimamente, mientras que la libertad se vería seriamente dañada. En un ejemplo como el anterior, es evidente que debería preferirse (supuestos los hechos descritos) la libertad. Ello demuestra que no basta con pronunciarse sobre la importancia relativa de cada uno de los dos derechos, sino también debe aclararse el tipo de ataques contra los cuales protege.

Nuestro sistema conoce situaciones en las cuales un derecho de mayor importancia debe ceder ante uno de menor peso, atendido el tipo de ataque realizado. Así, por ejemplo, en la legítima defensa, se oponen vida y propiedad. No cabe duda que, considerado en abstracto, la vida es un derecho más importante que la propiedad. Sin embargo, la ilicitud del ataque contra la propiedad hace que sea lícito defenderla atentando contra la vida. En este caso, es claro que no basta declarar la superioridad jerárquica de un derecho sobre otro para solucionar el problema: es necesario calificar también el tipo de ataque que sufre cada uno de los derechos en cuestión.

En el fallo comentado, la razón fundamental esgrimida para declarar la superioridad jerárquica de la honra frente a la libertad de expresión está contenida en el inciso segundo del 8° considerando:

Nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y en seguida, en el N° 4 la honra en circunstancias que la libertad de información está contemplada en el N° 12 (la cursiva es agregada).

Este insólito considerando está diseñado para resolver, por sí sólo, la cuestión. Siguiendo una estrategia tradicional de nuestros tribunales, el fallo oculta la debilidad evidente del argumento detrás de una categórica afirmación de que lo dicho "nadie discute".¹

No hay ninguna razón dada en apoyo de esta extraña tesis. En efecto, según el fallo se prueba lo sostenido al verificar "la sucesión descendente de su importancia" (de los derechos). Si es posible apreciar la *sucesión descendente* de la importancia de los derechos con independencia del orden numérico de los mismos, es porque la mayoría usó algún criterio de ponderación que la llevó a sostener que orden descendente existe. Este criterio es el verdadero motivo por el cual fue acogido el recurso, pero permanece oculto.

Esta tesis de la prelación numeral de los derechos del art. 19 no resiste mayor análisis. Es claro que sólo está diseñada para solucionar este problema y para que nunca más se vuelva a recurrir a ella. En efecto, su generalización trae consecuencias que probablemente los ministros de la mayoría no estén dispuestos a suscribir. Para mencionar sólo una de ellas, recuérdese que la libertad está asegurada en el N° 7 del art. 19 y el dominio en el N° 24, mientras la igualdad lo está en el N° 2. En consecuencia, todos los conflictos entre estos derechos deberían ceder en beneficio de la igualdad.

Por último, el N° 26, que cierra el artículo, asegura que no se afectarán los derechos en su esencia. Conforme al razonamiento de la Corte, cualquier ataque a un derecho en su esencia justificado sobre la base de otro derecho debería ser lícito, por cuanto el N° 25, el último, es el menos importante.

II. LOS ATAQUES ILICITOS

Un tema del que no se hizo cargo la Corte fue el de determinar por qué la mayor jerarquía asignada al honor bastaba para considerar ilícito este ataque, supuestamente contenido en el libro de Martorell.

El tema no es irrelevante. Hay muchísimos casos en los cuales un derecho de mayor jerarquía debe soportar ser limitado en atención a un derecho de menor jerarquía, porque la importancia de la limitación es relativamente menor para el primero que para el segundo (como ocurre precisamente en el ejemplo de la legítima defensa: la naturaleza del ataque que sufre el derecho menos importante - la propiedad- justifica el ataque al derecho más importante - la vida). Alguien podría sostener, en este caso puntual, que, si bien el honor es más importante que la liber-

¹ Esto es estrictamente cierto: nadie lo discute porque así tan burdamente como lo hace la Corte, nadie lo sostiene.

tad de expresión, el daño que sufre esta garantía al permitir la censura judicial previa es tan grande, que se justifica pasar, en este caso, por sobre el derecho a la intimidad de algunas personas (al igual que el daño que sufre la propiedad y lo ilícito del ataque permite pasar, en ese caso, sobre la vida del agresor).

La cuestión es que no basta la simple superioridad jerárquica *abstracta* de un derecho sobre otro para que en su nombre y en concreto pueda éste ser afectado *en su esencia*. Para resolver este asunto, la Corte debió justificar una de dos soluciones: 1) que el derecho a la libertad de expresión no es afectado en su esencia por la censura judicial previa; o 2) que el daño *esencial* que sufre el derecho a la honra es al menos comparable en cuanto a magnitud con el que sufre la libertad al censurar previamente y que, en igualdad de circunstancias, la diferencia jerárquica desequilibra la balanza de la decisión judicial.

La corte no soluciona este problema. Simplemente impone una decisión, que implica pronunciarse sobre el tema, sin la adecuada fundamentación de ella.

III. LOS MEDIOS JUDICIALES DE PROTECCION

Aún aceptando la solución dada (implícita o expresamente) por la Corte a las dos cuestiones anteriores, queda un tema pendiente: el de determinar cuáles son los medios que la Corte, conociendo de un recurso de protección, puede emplear para "restablecer el imperio del derecho".

La cuestión se plantea por la redacción del N° 12 del artículo 19 de la Constitución. Esa disposición parece tener muy presente los abusos que puedan cometerse en contra del honor al usar o abusar de ese derecho, pero a pesar de eso no permite ni menciona la facultad judicial de impedir la circulación de un escrito.

En efecto, esa regla contiene dos protecciones en favor del afectado, que puede 1) exigir la responsabilidad penal del autor de los delitos y la civil del que comió los abusos (inciso 1, segunda parte), y 2) ejercer el derecho a réplica (inciso tercero). Al mismo tiempo, se excluye sin calificaciones la censura previa (inciso primero).

Igualmente el N° 4, que garantiza la honra, hace expresa referencia a la infracción de ese precepto a través de un medio de comunicación social, expresando que da lugar a la acción criminal que determine la ley. Nuevamente, puesta ante la posibilidad de que se abuse del derecho a la libertad de expresión, la Constitución omite la censura previa que ella misma ha proscrito (en el N° 12, inciso 1°).

Estas son razones para considerar que, aun cuando la libertad de expresión sea inferior al derecho a la honra (cuestión muy debatida y solucionada en general

por la doctrina de manera opuesta a la Corte, que sin embargo no justifica adecuadamente su fallo), y suponiendo que el ataque es lo suficientemente relevante en concreto para que deba ser declarado ilícito (cuestión que el fallo omite) la solución de la Corte es discutible en extremo. Como señala el voto de minoría, la ley contiene un mecanismo muy calificado para restringir la distribución de un libro o impreso.

En efecto, la ley N° 16.643 (art. 41) no permite ni siquiera la confiscación (en conformidad al art. 114 del CPP) de todos los ejemplares de una edición, salvo en las calificadas circunstancias del inciso primero. En todo caso, la propia ley rodea la medida de protección y de restricción por cuanto está siempre presente el fantasma totalitario de la censura previa.

Es extraño, por tanto, que pese a todos los argumentos en contrario, y *sin hacerse cargo de ellos*, la Corte declarara la prohibición de circulación de la obra. Este asunto parece haber merecido más atención de la que recibió. Este recurso enfatiza la necesidad de encontrar una teoría general del recurso de protección, que establezca los límites de esa acción que la jurisprudencia ha sido incapaz de fijar.

**FALLO RECAIDO EN RECURSO DE PROTECCION
INTERPUESTO POR ANDRONICO LUKSIC EN CONTRA DE
FRANCISCO MARTORELL**

Corte de Apelaciones

Santiago, treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que a fojas 5 recurre de protección al empresario Andrónico Luksic Craig, contra don Francisco Martorell y don Jorge García Arenas representante de la Editorial Planeta por el atropello de la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 4 de la carta Fundamental.

Expresa que por razones propias de su actividad, en el mes de octubre de 1989 invitó a la localidad de Hornitos (Antofagasta) al embajador de Argentina en Chile, Oscar Spinosa Melo y a su señora; posteriormente lo vio en la sede de dicha representación diplomática, en recepciones de carácter estrictamente protocolar. Aproximadamente en el mes de Mayo de 1991, el embajador le solicitó su ayuda para hospedar a sus dos hijos, por lo que le prestó un departamento que la familia tiene en el sector Parque Forestal y una vez que ellos se fueron, como el embajador no le devolvió las llaves se las pidió; siete a ocho semanas más tarde se enteró que éste seguía ocupando el inmueble en reuniones ya que se había quedado con un juego de llaves, ante lo cual optaron por cambiar las chapas y no volvieron a tener contacto alguno con él.

Posteriormente se enteraron que el señor Spinosa Melo había intentado extorsionar a un dirigente político chileno, bajo la amenaza de dar a conocer parte del "diario de vida de su cónyuge". Hace presente que él ni su familia fueron extorsionados, ni amenazados a propósito de este hecho, ni de otro semejante, no obstante al saber que aparecían entre los presuntos extorsionados, estimaron que era preferible dejar las cosas en manos del Ministerio de Relaciones Exteriores ya que fue informado que todo embajador goza de inmunidad diplomática, lo cual impide que pueda ser perseguido judicialmente en el país. Después tuvo conocimiento que los efectos del supuesto delito mencionado habían sido entregados a la Cancillería Argentina por cuanto un personero de alto rango diplomático inició una investigación funcionaria.

Hace presente que le hicieron saber que el periodista Francisco Martorell preparaba un libro que se editaría en Buenos Aires por la Editorial Planeta, en el que se reproducirían las cartas de que se había valido Spinosa Melo para su extorsión y en las que aparecían mencionadas la mayor parte de su familia y él, supo que se había ofrecido a diversas revistas chilenas, como anticipo, un capítulo (N° 18) de dicho libro, en el cual se contenía una relación ajena a toda calificación ética posible.

El recurrente destaca dos circunstancias que estima deberán ser evaluadas en la

consideración de estos hechos: a) el autor y al parecer la Editorial, explican su actitud bajo el prisma de castigar al extorsionador y revelar sus andanzas en Chile, de paso cubre el libro de la mayor espectacularidad para atraer la atención pública e incrementar su negocio a costa de su honor, el de su familia y la de otras personas, incluso altas autoridades del gobierno, funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, en actividad o retirados, incluso a los ya fallecidos; b) el documento que se forjó para extorsionar a otros, en sí mismo y por el sólo hecho de aparecer formando parte de un libro entregado a la venta al público, los deshonra, menoscaba y denigra en forma tal, que se atreve a sostener que nunca, a lo menos en Chile, nadie ha sido objeto de un atentado de esa naturaleza.

Agrega que el autor del libro ha dado entrevistas en la prensa y televisión, y en la mayoría de estas, para provocar escándalo, ha reconocido que en el libro se contienen gravísimas imputaciones morales respecto a un amplio núcleo social que según él rodeó al Embajador en su gestión en Chile; llega al extremo de descalificar dichas acusaciones, no obstante las publica, sin reparar el efecto que tendrá en el presente y futuro de su persona y su medio familiar, lo cual evidencia una máquina publicitaria para atraer público a base de hacer escarnio de la honra ajena. Califica al libro como una recopilación de basura moral que nadie puede aceptar sin lesionar los valores fundamentales en que descansa la sociedad cristiana occidental.

Por último manifiesta que la Constitución Política asegura a todas las personas "El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia"; con ello confía su resguardo a los tribunales, así el artículo 20 del texto citado autoriza al afectado a recurrir de protección, cuando por medio de un acto ilegal o arbitrario, se priva, perturba o amenaza la garantía consagrada en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental. Indica que la publicación de los instrumentos que habían servido para fraguar el delito de extorsión, constituye un acto ilícito tipificado en el Código Penal y en la Ley 16.643 sobre Abuso de Publicidad, y arbitrario por obrar sin razón, caprichosamente, lesionando irreparablemente la honra ajena, por ello se solicita se adopte de inmediato las providencias tendientes a restablecer el imperio del derecho y a asegurar la debida protección del afectado, para cuyo efecto, como medida preventiva pide que se prohíba el ingreso del libro al país, sin perjuicio de que en definitiva se adopten las providencias que se juzguen necesarias. Acompaña al recurso el libro "Impunidad Diplomática" y otros documentos.

A fs. 13 se accede a la orden de no innovar solicitada por el recurrente en el segundo otrosí de su escrito de fojas 5.

2º) Que a fojas 32 informa don Jorge García Arenas en representación de Editorial Planeta Chilena Sociedad Anónima, haciendo presente que ésta es una sociedad sometida a la ley chilena, completamente distinta de otras sociedades del mismo nombre, todas del rubro editorial constituidas en otros países y que conforman el grupo Planeta, por lo que no les ha cabido participación alguna en los hechos que se relatan en el recurso toda vez que no ha editado el libro, no lo ha distribuido, no lo ha comercializado en Chile, por lo que solicita se rechace la Protección pedida en contra de su representada por referirse a circunstancias, hechos y antecedentes que le son absolutamente ajenos.

3º) Que a fs. 34, informa el recurrido Francisco Martorell, afirmando que, no sólo no vulnera ningún precepto constitucionalmente protegido, sino que, por el contrario, la futura prohibición de la introducción al país del libro "Impunidad Diplomática", importará grave lesión al derecho consagrado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política, pues con ello se establecerá censura judicial previa a la libertad de información y de opinión, lo que se encuentra prohibido en la disposición citada.

Manifiesta que en su calidad de Editor General de la revista Análisis, investigó periodísticamente las informaciones que circulan desde fines de 1991, referidas a las motivaciones para el retiro del Embajador de Argentina, Oscar Spinosa Melo, relacionado con chantaje sexual, como lo titula la revista española Tiempo. Así llegó a la conclusión de que en Chile se había cometido el delito de extorsión por parte del ex-Embajador, que ni las víctimas, ni las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores habían denunciado a la Justicia del Crimen, por lo que denunció el hecho a través del relato de los hechos conocidos, de documentos, de entrevistas, y de una serie de antecedentes que logró recopilar en un año y medio, lo cual vertió en el libro que motiva el recurso a través del estilo de novelar, cuyo fundamento es no alterar la esencia de los hechos que constituyen a su vez el meollo del relato. Hace presente que no podía dejar de transcribir las cartas extorsivas, por ser las piezas fundamentales del delito.

Rechaza lo aseverado por el recurrente respecto a que haya rodeado el libro de la mayor espectacularidad, para atraer la atención del público e incrementar su supuesto negocio. Hace presente que al prohibirse el ingreso del libro al país, no sólo se estaría vulnerando el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental, sino que además, se dictaría sentencia en materia de injurias, sin previo juicio legalmente tramitado, infringiendo el número 3, inciso 5 del artículo 19 de la Constitución.

Agrega que la presunta infracción a la garantía invocada no es posible de cometer a través de un libro, ya que la tipicidad del ilícito constitucional, consiste en la imputación de un hecho o acto falso o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia a través de un medio de comunicación social, los que están expresamente establecidos en el artículo 19 N° 14, incisos 4, 5, 7 y 8, concluyendo que, no habiéndose mencionado el libro, no es posible poner en marcha el mecanismo de la protección constitucional.

Afirma que el bien protegido en la norma del N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política, es de carácter absoluto, consubstancial al régimen de libertad política, económica, social, cultural y de todo orden que proclama en su texto la Constitución. El ejercicio de estas libertades no puede estar sometido a censura previa, no existiendo excepción que permita sostener lo contrario; agrega que no hay ley que respecto a esta materia haya establecido a priori la facultad para algún tribunal de poder decretar la prohibición del ingreso al país de un libro y su posterior circulación, so pretexto de resguardar algún derecho supuestamente afectado. Añade que el medio idóneo para reclamar de la existencia de abusos o delitos en el ejercicio de esta garantía constitucional, es la presentación de la denuncia o querrela ante la justicia del crimen y no la prohibición o censura del libro por la vía del recurso de protección. Sostiene que concuerdan con ello prestigiosos constitucionalistas.

Agrega que la contravención a estas normas constitucionales pondrán a quienes decreten la censura previa, en conflicto con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 7 de la Constitución, que se encuentra en el capítulo sobre Bases de la Institucionalidad.

Concluye que el recurso debe ser rechazado, por cuanto en ningún caso es materia de protección constitucional el conflicto planteado, toda vez que no está en juego el derecho consagrado en el artículo 19 Nº 4 de la Constitución Política, al no haber sido vulnerado en modo alguno y menos a través de un medio de comunicación social, y por el contrario, acogerle importaría una contravención a los derechos garantidos y protegidos por el número 12 del mencionado artículo, derecho de orden absoluto, personal y social.

4º) Que a fojas 53, don Gonzalo Menéndez Duque y doña Carmen Ibáñez Soto, de conformidad con lo dispuesto en el numerando cuarto de Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, se hacen parte en el presente recurso, por haberse impuesto que son directamente afectados por el libelo en el cual se les difama e injuria por el recurrido con gravísimo daño a la honra personal, conyugal, familiar y social, garantía constitucional susceptible de protección por la vía de esta acción.

5º) Que a fojas 54, don Marco Antonio Enríquez Gumucio, cineasta, estudiante de la Universidad de Chile y otros individualizados en el mismo escrito, piden se les tenga como parte integrante en estos autos por considerarse directamente afectados en sus derechos fundamentales, en virtud de las consecuencias de la resolución que ha impedido el ingreso al País, así como la edición, publicación y circulación del libro Impunidad Diplomática. Manifiestan que con ello se transgreden sus derechos a recibir información sin censura previa, establecido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, la cual es ley de la República desde el 5 de enero de 1991, por cuyo mérito piden dejar sin efecto la orden de no innovar decretada en autos. Ratifican lo anterior basándose en lo dispuesto expresamente en el inciso final del artículo 5 de la Carta Fundamental.

6º) Que de lo expuesto en los considerandos precedentes se infiere que, para dilucidar el presente caso es necesario en primer término, tener presente que la Constitución Política es un ordenamiento institucional cuyos preceptos no pueden ser interpretados en forma aislada sino que de un modo sistemático, por cuanto forman un conjunto orgánico y coherente, debiendo existir la debida correspondencia entre las distintas normas del texto constitucional.

Que en este sentido, dentro del capítulo 1º de la Carta Fundamental que consagra las Bases de la Institucionalidad, el artículo 1º es la fuente de interpretación más relevante, pues refleja la filosofía que la inspira, marcando el sentido y alcance de sus normas; en su inciso 2º establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, señalando que es deber del Estado "promover el bien común", concepto que define como el "conjunto de las condiciones sociales que permiten a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional una mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"; en su inciso final, señala que es deber del

Estado resguardar la seguridad nacional, la protección a la población y a la familia y propender el fortalecimiento de ésta.

Por su parte, el artículo 5° en su inciso final indica que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, constituyendo un deber para los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En efecto, dentro de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, se encuentra el derecho a la vida privada y pública y el derecho a la honra de la persona y de su familia, garantía que los Tribunales de Justicia por mandato de la propia Constitución deben respetar y promover en su calidad de Poder del Estado; que lo anterior es corroborado por el artículo 20 de la Carta Fundamental al establecer una acción constitucional destinada a proteger a toda persona o ente cuando por una conducta arbitraria o ilegal sea perturbado, amenazado en el legítimo ejercicio de un derecho garantizado por la misma, conducta ésta que es un ilícito constitucional y que no empece al ilícito penal pertinente, radicando el conocimiento de dicha acción en la Corte de Apelaciones respectiva, la cual tiene la obligación de adoptar de inmediato las providencias que juzgen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, todo por lo cual desvirtúa lo aseverado por la recurrida en orden a que, esta magistratura estaría vulnerando el principio rector del derecho público chileno consagrado en el inciso 2° del artículo 7 de la Constitución.

7°) Que entre los derechos reconocidos por la Constitución en su artículo 19, como aquellos que emanan de la naturaleza humana, se encuentra el derecho a la intimidad (número 4), el cual involucra los derechos propios de la personalidad o del patrimonio moral de la persona: respeto y protección a la vida pública y privada por un lado, y a la honra de la persona y su familia por otro. Al respecto es menester precisar, que por vida privada se entiende aquella acción que el titular del derecho no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento; mientras que por vida pública se comprende aquella que llevan los hombres públicos y de las que conocen los terceros, aún sin su consentimiento, siempre que sean de real trascendencia. Por su parte, el término honra tiene dos acepciones: a) subjetivo: es el aprecio que cada uno siente por si mismo y b) objetivo: que es la reputación o buena fama que los terceros tienen de uno, amparando la Constitución este segundo aspecto, pues el primero queda en el fuero interno del sujeto, en cambio, el objetivo forma parte de la convivencia social y esta es la que regula el derecho, toda vez que constituye la dignidad del ser humano.

En contraposición, la Carta Fundamental asegura, asimismo, en su artículo 19 número 12 la libertad de opinión e información, entendiéndose por opinión el juicio pronunciado sobre un asunto determinado, respecto del cual se tiene un conocimiento entre la ciencia y la ignorancia, mientras que por información, se concibe el caudal de diversos conocimientos que incluyen tanto la narración objetiva de los hechos, como las imágenes, descripciones, signos, símbolos y comentarios subjetivos.

Esta libertad la consagra el constituyente "sin censura previa", la cual en su sentido técnico y estricto consiste en el procedimiento impeditivo que forma parte de una política de

estado no democrático, practicado por agentes administrativos que operan como vigilantes, respecto de ideas -no sobre conductas- religiosas, políticas y morales, que se reputan peligrosas, impidiendo que lleguen al público por estimarse contrarias a los intereses de los gobernantes, o para el control que estos ejercen sobre la sociedad.

Así las cosas, la censura previa en los términos expuestos es inaceptable y contraria al régimen democrático, lo que no significa que en determinados casos, circunstancias, ciertamente excepcionales y amparando el bien común -al que se refiere el artículo 1° de la Constitución- esta sea permitida, como ocurre por ejemplo en el propio artículo 19 N° 12 inciso final al referirse al sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica, como tampoco tiene que ver con la intervención judicial que emana de la acción cautelar prevista en la Constitución y que tiene por objeto asegurar la debida protección del afectado en sus legítimos derechos privados, perturbados o amenazados por una conducta arbitraria o ilegal, o ambas, máxime si por el término protección, a que se refiere el inciso primero número 4 del artículo 19 de la Constitución Política, deben entenderse las medidas de cuidado que son encargadas al legislador y que pueden ser impuestas de ser necesario por la fuerza.

Ahora bien, es preciso destacar que los derechos referidos no son absolutos, éstos llevan implícito un deber, correspondiendo al ser humano usarlos para su propio desarrollo personal y para el progreso social, pero en caso alguno para atropellar los derechos y libertades de otras personas, lo que importa que el titular de cada derecho deba ejercer el suyo de una manera legítima, aceptando que su vigencia está limitada por la de otro u otros derechos. Es así como es posible, que hechos de la vida privada de un hombre público sean difundidos por los medios de comunicación social, pero sólo aquellos que puedan incidir en su vida pública, ya que la sociedad tiene derecho a conocerlos cuando puedan afectar el desempeño de su cargo, lo que no es compatible con que bajo ese pretexto, especialmente a través de los medios de comunicación, se pueda llegar a injuriar, calumniar o difamar, conductas éstas que no pueden ser amparadas por el derecho, por apartarse inequívocamente de lo legítimo, lícito y normal, limitaciones que el propio constituyente tomó en consideración al momento de discutirse en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución los derechos aquí analizados, en sus sesiones números 129 y 227 a 231 entre otras, en términos tales de dejar absolutamente claro que la vida privada constituía un límite al derecho de la información, dado el perjuicio que podía producirse a la honra y a la intimidad de la persona y de su familia, sin que ello significara perjudicar el derecho de información en su esencia, ni tampoco imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio en los términos que previene el ya mencionado artículo en su número 26.

8°) Que en la especie, el libro "Impunidad Diplomática" se refiere en su mayor parte a los hechos que caen en el ámbito de la vida privada e íntima de las personas, y por ende no es lícito a su autor divulgarlos a terceros, por encontrarse el ejercicio de su libertad de expresión restringido por un derecho de mayor jerarquía, como es el consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental; que a mayor abundamiento, no puede hablarse en este caso de una libertad de informar y a ser informado, toda vez que lo íntimo no es susceptible de ser expuesto a la sociedad sin el consentimiento del afectado; hacerlos así, además de ser ilícito, constituye un simple afán de morbosidad contrario al bien común, ya que ésta

lesiona en su esencia la dignidad e integridad psíquica de la persona, valores ambos asegurados por nuestra Constitución (artículo 19 N° 1 y 26), conducta que por consiguiente no puede ser amparada ni protegida por la Ley Fundamental.

Nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendiente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego, la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley, en el número 4 la honra, en circunstancia que la libertad de información está contemplada en el número 12.

En términos generales, la doctrina coincide que en la especie hay un lícito grave, con matices que van desde decir que existe un abuso de un derecho contemplado en la Constitución, hasta la atribución de un derecho que en realidad no existe.

Por otra parte, es necesario aclarar que contrariamente a lo afirmado por el recurrido en cuanto a que el libro no constituye un medio de comunicación social, por no estar contemplado en el artículo 19 N° 12, en primer lugar ello no es efectivo porque dicha enumeración no es taxativa sino que a modo de ejemplo, lo que corrobora el artículo 16 de la ley 16.643 sobre Abusos de Publicidad que menciona entre los medios de comunicación social los "impresos", es decir, los libros. En el artículo 43 de dicha ley, al hablar sobre la prescripción se indica expresamente que los delitos cometidos a través de un libro prescriben en un año.

9º) Que lo concluido en los considerandos anteriores es plenamente coherente con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, siendo suficiente para esta magistratura citar al efecto los artículos 17 y 19 números 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales al tratar estos derechos confieren manifiestamente mayor jerarquía a la privacidad y a la honra y a la libertad de expresión e información. Desde luego permite la restricción previa, siempre que esté expresamente fijada en la ley y sea necesaria para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y también la moral pública, lo que es plenamente aplicable al caso de autos.

Todavía más, el artículo 4º de este Pacto permite en circunstancias excepcionales que el mismo contempla, suspender o restringir el derecho a la libertad de expresión e información, pero no ocurre lo mismo con la privacidad y la honra, los que deben ser respetadas en toda situación.

También cabe mencionar los artículos 11 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que aún cuando contempla el derecho a la libertad de expresión en forma amplísima, pues no permite ninguna forma de censura previa, esta debe interpretarse en los términos señalados en el considerando 7º, teniendo presente que en la especie no se trata de medidas restrictivas dispuestas por el Poder Ejecutivo, que podrían calificarse de políticas, sino de medidas judiciales contempladas en la

ley y que corresponden al rol tutelar que es inherente a los Tribunales de Justicia.

En consecuencia, no sólo la Constitución Política asigna indiscutiblemente mayor valor a la honra, sino que un instrumento internacional, de carácter universal como es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos coincide con ella.

10º) Que en las condiciones anotadas cabe concluir que don Francisco Martorell Cammarella, en su calidad de autor del libro ya citado ha incurrido en un acto arbitrario e ilegal que ha significado una privación, perturbación y amenaza, que en el legítimo ejercicio del derecho consagrado en el artículo 19 número 4 de la Constitución Política invocado por la recurrente en su escrito de fojas 5 y por las personas que se adhieren a fojas 53.

11º) Que todo lo razonado conduce necesariamente a la aceptación del recurso planteado por éstos, solo en lo pertinente al autor del libro "Impunidad Diplomática", ya individualizado, rechazándose en lo tocante a la Editorial Planeta Chilena Sociedad Anónima, por no caberle responsabilidad en los actos arbitrarios e ilegales ya mencionados, por ser independiente de su similar argentina, país en que se publicó el libro a que se refieren los recurrentes y teniendo presente que el libro aludido no fue distribuido por aquella en Chile.

Que asimismo se desestima la acción interpuesta a fojas 54 por don Marco Antonio Enríquez Gumucio y otros, en mérito a lo discernido en los considerandos séptimo a noveno.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y de acuerdo con lo establecido en el artículo veinte de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema, de 24 de junio de 1992, se acoge el recurso deducido en lo principal del escrito de fojas 5 por don Andrónico Luksic Craig, y adhesión en lo principal de la presentación de fojas 53 de don Gonzalo Menéndez Duque y doña Carmen Ibáñez Soto, en contra de don Francisco Martorell Cammarella. En consecuencia, se prohíbe la internación y comercialización en Chile del libro "Impunidad Diplomática" por constituir un ilícito constitucional al atentar no sólo contra los recurrentes sino que además al bien común amparado en el artículo 1º de la Constitución Política, a cuya realización esta magistratura se haya obligada por mandato de la Carta Fundamental, sin perjuicio de las acciones que los afectados puedan impetrar ante la justicia ordinaria para perseguir el eventual ilícito penal.

Acordada contra el voto del ministro señor Paillás, quien no acepta los considerandos 8º, 9º, 10º y 11º y estuvo por rechazar el recurso de protección de f.5 y adhesión de f.53 en mérito de las siguientes consideraciones:

1º. Que el artículo 19 n° 4 de la Constitución Política asegura el respeto a la honra de las personas y de su familia. Y agrega que "la infracción de este precepto cometida a través de un medio de comunicación social y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso o que cauce injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito", y tendrá la sanción que determine la norma penal.

La Ley sobre Abusos de publicidad, n° 16.643, trata en su título III de los delitos cometidos por medio de la imprenta u otra forma de difusión y dice que son medios de esa clase los diarios, revistas, etc. y, en general, cualquier artificio apto para fijar la palabra. De modo que el libro está comprendido también entre esos medios.

El artículo 19 indica que "la imputación maliciosa de hechos substancialmente falsos o la difusión maliciosa de noticias substancialmente falsas" tendrá una sanción de multa; y obliga a la rectificación completa y oportuna.

Si se cometiese por alguno de esos medios un delito contra las buenas costumbres procede a la aplicación de la pena corporal que expresa el artículo 20. Y la norma siguiente fija el castigo aplicable en caso de calumnia o injuria.

El artículo 22 establece que "la imputación de hechos determinados relativos a la vida privada o familiar de una persona, difundida a través de algún medio de comunicación, será castigada con una multa y, en caso de reincidencia, con una pena corporal.

Estas sanciones son sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de los preceptos del Código Penal y de la Ley sobre Seguridad del Estado.

Al fijar el procedimiento, se dice en el artículo 31 que "las imputaciones injuriosas, calumniosas o maliciosas de un hecho o de un acto falso"... o las que afectasen la vida privada de una persona o de su familia, darán derecho a una indemnización pecuniaria conforme a las reglas del título XXXV del libro IV del Código Civil.

El artículo 34 agrega que la indemnización de perjuicios -por daño emergente, lucro cesante o daño moral- provenientes de los delitos ya indicados, podrá hacerse extensiva al daño pecuniario que fuese consecuencia de la depresión anímica o psicológica sufrida por la víctima o su familia con motivo del delito, y a la reparación del daño moral que esas personas hayan sufrido.

2°. Que, como se ve de esas disposiciones, en nuestro derecho todo abuso o todo delito cometido mediante el empleo de un medio de comunicación social, como es un libro, entre otros, da origen a una acción penal y también a una acción civil para obtener el resarcimiento del daño, pero no está permitido ordenar la destrucción de los ejemplares editados. El artículo 41 expresa que, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, el juez podrá ordenar que se recojan no más de cuatro ejemplares de los escritos o impresos que hayan servido para cometer el delito. Sólo puede hacerse extensiva esa medida a todos los ejemplares de la obra abusiva si se tratase de delitos contra las buenas costumbres, contra la seguridad exterior del Estado, de la provocación de los delitos de homicidio, robo, incendio o alguno de los previstos en el artículo 480 del Código Penal.

De los términos del recurso de protección aparece claramente que se reclama por los abusos cometidos en contra del honor de las personas. Pero, en todo caso, aún si se pretendiera que el libro de que se trata lesiona a las buenas costumbres, es el juez del crimen

quien podría ordenar la incineración del libro, pero no el tribunal que conoce el recurso de protección, que es un juicio especialísimo, de urgencia, que asegura por la vía civil ciertos derechos. No sería posible que se pretendiese que el tribunal de protección invada el campo penal para tomar decisiones que únicamente le corresponden al juez del crimen.

El juez de protección puede adoptar muchas medidas, como disponer del pago de una suma de dinero que le corresponde a quien ganó un premio en la Polla Gol, ordenar la apertura de un camino cerrado arbitrariamente, etc., pero no podría imponer una sanción penal o absolver a un procesado.

3°. Que en el recurso se ha pedido que se prohíba la internación del libro indicado, que se editó en Argentina, y se impida su comercialización. No se trata, por tanto, de que se destruya una edición. Pero la situación es similar pues, si no es posible destruir en Chile una edición, tampoco es factible impedir que circule un libro editado en el extranjero y se lo comercialice si es que esa importación puede hacerse de acuerdo con las normas aduaneras y demás que condicionan su ingreso al país. No podría ser el abuso cometido en la publicación lo que impidiese su circulación en Chile.

Impedir que un libro extranjero se venda en Chile es lo mismo que si se ordenase la destrucción del mismo libro en el caso señalado. En ambas situaciones se busca que una obra desaparezca o no exista en el territorio nacional.

4°. Que el propio texto constitucional refuerza estas ideas. El nº 12 del artículo 19 garantiza "la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometen en el ejercicio de estas libertades..."

Como se ve, no puede existir censura previa. Y los abusos que se cometan deben ser perseguidos por la vía penal o por la civil pero sólo para obtener una indemnización. Y el recurso de protección, que es una acción de carácter civil, comercial o laboral, no es apta para obtener el resultado que se busca por el recurso de f.5. ¿Cuál es el acto ilegal arbitrario que se reclama? ¿Es la publicación de un libro en el extranjero que lesiona el honor de las personas y su eventual ingreso a Chile y su comercialización? Se trataría de una especie de medida precautoria con el carácter de prejudicial pero en opinión del disidente existen las razones que ha dado para rechazar el recurso.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redactó el fallo de mayoría la señora Ministro remplaceante Aída Travezán, y el voto, su autor.

PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MINISTROS DON ENRIQUE PAILLAS P., DON SERGIO VALENZUELA P. y DOÑA AIDA TRAVEZAN L. AUTORIZA DOÑA IRENE GILABERT F. SECRETARIA TITULAR.

Corte Suprema

Nº 983-93. Santiago, quince de junio de mil novecientos noventa y tres.

Vistos:
y teniendo, además, presente:

- 1º) Que el recurso de protección se contempla no sólo para los casos de perturbación o privación, sino también de simple amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos amparados por él, de modo que para su procedencia no se requiere que se haya producido el atropello de tales garantías, sino que basta para acogerlo el temor razonable de que tal violación pueda ocurrir;
- 2º) Que la circunstancia de contener el ordenamiento jurídico medios encaminados a sancionar la vulneración de los derechos garantizados y reparar los daños que se causan por ello, no es óbice para que se interponga y acoja esta acción tutelar de rango constitucional;
- 3º) Que el respeto a la vida privada, a la dignidad y a la honra de la persona humana y de la familia constituyen valores de tal jerarquía y trascendencia que la sociedad política se organiza precisamente para preservarlos y defenderlos, de modo que no pueda admitirse concepción alguna del bien común que permita el sacrificio de ellos, ni convertir tal sacrificio en medio para que prevalezca otra garantía constitucional;
- 4º) Que la procedencia de la protección ante la sola amenaza, se afirma al considerar que los valores en cuestión son por su naturaleza de tal índole que el solo inicio de su vulneración genera daños imposibles de reparar en términos equivalentes al bien que significa su respeto para quien los posee y requiere conservarlos íntegros e inviolables.

Se confirma la sentencia apelada, de treinta y uno de Mayo pasado, escrita a fojas 129 y siguientes, con costas del recurso.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.
Nº 21053.

PRONUNCIADO POR LOS MINISTROS SEÑORES: LIONEL BERAUD P., HER-
NAN ALVAREZ G., GUILLERMO NAVAS B. y LOS ABOGADOS INTEGRANTES SE-
ÑORES: ALEJANDRO SILVA B. y JUAN E. INFANTE P.

Firmado: Juan Jaime Ferrer Puig, Secretario Subrogante.

CONFORME. Santiago, veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres.

LUKSIC GRAIG, ANDRONICO
APELACION DE PROTECCION
Nº 21.053.- SANTIAGO.