



Santiago, veintitrés de agosto de dos mil dieciocho.

### **VISTOS:**

Con fecha 20 de enero de 2017, Juan Marcelo Ibáñez Campos, periodista, domiciliado en Andrés de Fuenzalida N° 17, oficina N° 41, Providencia, Santiago, deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 161-A, incisos primero y segundo, del Código Penal, en el marco del proceso penal RUC 1501089400-7, RIT 10999-2015, que se sustancia ante el Juzgado de Garantía de Valparaíso.

### **Precepto legal cuya aplicación se impugna**

El texto del precepto impugnado dispone:

#### ***“Código Penal.***

***(...)***

#### ***Artículo 161-A.***

*Se castigará 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.”.*

### **Síntesis de la gestión pendiente**

El actor expone que se sigue en su contra ante el Juzgado de Garantía de Valparaíso, causa penal en que se encuentra pendiente audiencia de preparación de juicio oral, dada la acusación presentada por el Ministerio Público y la parte



querellante por su eventual responsabilidad como autor del presunto delito comprendido en el artículo 161-A del Código Penal. Lo anterior, en el contexto de una indagatoria llevada por el persecutor penal público luego de una denuncia presentada por el señor Presidente de la Cámara de Diputados por hechos que podrían haber afectado la privacidad del H. Diputado señor Ceroni Fuentes en el ejercicio de sus funciones legislativas en el interior del Hemiciclo de dicho cuerpo legislativo.

En términos generales, los hechos darían cuenta de la captación de imágenes con textos de mensajes que dicho legislador intercambiaba con terceros a través de su teléfono celular, las que fueron divulgadas por Agencia Uno Chile y por el medio electrónico El Dínamo, del que el actor de estos autos era su director.

Por lo expuesto fueron formalizados los camarógrafos, periodistas y el requirente, quien comenta que ello ocurrió de forma apresurada, sin contar con elementos probatorios suficientes para acreditar su participación en los ya narrados hechos. Su defensa solicitó el sobreseimiento definitivo, dado que no se acreditarían los presupuestos del tipo penal materia de la formalización, en particular, que su injusto no sólo busca proteger la privacidad e intimidad en el contenido de las conversaciones, sino que, también, que éstas se produzcan en recintos particulares o que no sean de libre acceso al público, cuestión que no se cumple con el Hemiciclo de la Cámara de Diputados, espacio de deliberación republicana y por ello de naturaleza pública en una democracia representativa. Dichas alegaciones fueron desestimadas por el Juzgado de Garantía de Valparaíso, decisión luego confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, no obstante no existir antecedente alguno en la investigación fiscal que dé cuenta de la participación del señor Ibáñez Campos como autor en las diversas hipótesis del artículo 15 del Código Penal, en los hechos materia de la acusación, agrega el libelo.

Añade que la imputación del Ministerio Público obedece a una arbitrariedad, posibilitada por la falta de determinación, vaguedad y déficit constitucional de los preceptos reprochados, que permiten presumir, en el caso concreto, la culpabilidad bajo un estatuto de responsabilidad penal objetiva, infringiéndose la



presunción de inocencia, el mandato de tipicidad y la proporcionalidad en la aplicación de la norma.

### **Conflicto constitucional**

El actor enuncia diversas vulneraciones a la Carta Fundamental.

En primer término, refiere infracción al principio de legalidad penal, como mandato de determinación y taxatividad del Derecho Penal, de conformidad con el artículo 19, numeral 3°, incisos octavo y noveno, en relación con el artículo 5°, todos de la Constitución Política. Expone que la garantía de que no hay delito ni pena sin una ley que así lo establezca, se materializa en la exigencia de una ley estricta, previa, escrita y cierta, precisando de manera clara el hecho punible, dado el mandato de determinación, a efecto de que los ciudadanos, a quienes se dirige la norma, puedan ser motivados por ella para asegurar los valores de certeza y seguridad jurídica en la aplicación de la ley como garantía de libertad, que constituyen el sustento del sistema penal vigente.

En el caso concreto, dado el déficit en la técnica legislativa utilizada en la redacción del artículo 161-A del Código Penal, por la falta de tipicidad y descripción clara de la conducta, se genera una indeterminación arbitraria del sujeto activo del delito de difusión, ya que cualquier individuo que haya difundido las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso primero, no indicándose el modo, tiempo ni forma, podría ser sujeto a una imputación penal con absoluta arbitrariedad del órgano judicial o del persecutor.

De esta forma el destinatario de la norma jurídica, dada la falta de taxatividad en la descripción de la conducta punible con infracción al principio de legalidad, carece de certeza jurídica y precisión para determinar su actuar dentro o fuera del tipo. En definitiva, desconoce si obra o no ajustado a la norma.

En segundo término, denuncia vulneración al principio de culpabilidad penal, consagrado en el artículo 19, numeral 3°, inciso séptimo de la Constitución, en relación con su artículo 1°. Expone que éste surge como presupuesto ineludible de la



legitimidad de la pena estatal, como resultado de una imputación reprobatoria, dado que la defraudación producida es motivada por una conducta dolosa o culposa. Así, la pena no puede regirse sólo por utilidad pública, sino que debe mantenerse en el marco de la culpabilidad del autor.

En el caso concreto, la preceptiva impugnada vulnera dicho principio, toda vez que es permitida la aplicación de un estatuto de responsabilidad penal objetiva, presumiéndose de derecho la conducta del imputado y, en necesaria consecuencia, imponiendo una pena aflictiva a un acto o conducta ausente de dolo o culpa, lo que vulnera su dignidad humana, dado que es sujeto de una acusación penal arbitraria. Ha sido acusado por la sola circunstancia de ser director del medio que publicó en su sitio web la nota e imágenes a que hacen referencia los hechos de la denuncia, lo que supone reconocer en nuestro ordenamiento jurídico un estatuto de responsabilidad penal objetiva por el acto ajeno, sin mención alguna a un reproche subjetivo individual como lo exige el principio constitucional.

En tercer lugar, el actor reclama infracción al principio de presunción de inocencia, que enlaza en el debido proceso legal y la proscripción de la presunción de responsabilidad penal, configurados de acuerdo a su exposición, en el artículo 19, numeral 3°, incisos sexto y noveno, en relación con el artículo 5°, inciso segundo, todos de la Constitución Política. Refiere que, conforme las características del caso concreto, cuando se aplica un tipo penal debe exigirse al imputado demostrar que no obró con dolo o conocimiento de los elementos del tipo en el marco de un proceso penal, se altera la carga de prueba de responsabilidad constitucional del Estado en ejercicio de su poder punitivo, por lo que es transgredido el principio de presunción de inocencia como garantía fundamental del debido proceso: la aplicación del tipo penal que contiene como verbo rector “difundir”, implica presuponer desde la ley o bien, habilitar para presumir que quién pudiera haber participado en la difusión actuara con dolo, esto es, conociendo el origen ilegítimo de una nota previamente publicada.

Conforme la redacción del tipo penal impugnado, se modifica la carga probatoria, exigiendo al actor demostrar que éste desconocía el origen ilícito o la infracción a los elementos de la



tipicidad contenidos en el inciso primero, con la consecuente vulneración constitucional.

Finalmente alega vulneración al principio de proporcionalidad de delitos y penas, así como el contenido esencial de los derechos de que trata el artículo 19, numeral 2°, en relación con los numerales 12° y 26°, en correlación con el artículo 5°, inciso segundo, todos de la Constitución Política. Hace presente que en la elaboración de normas penales, a efectos de incorporar la proporcionalidad, el legislador debe distinguir dos etapas: una, en la descripción del tipo y otra, en la pena asignada como su consecuencia. Así, deben evaluarse los bienes jurídicos relevantes y como resultado de su vulneración, aplicar una pena en armonía con su naturaleza y carácter.

En los hechos materia de la acusación se está criminalizando una actividad de difusión de un medio de prensa informativo, existiendo otras vías más idóneas, necesarias y proporcionales para sancionar eventuales responsabilidades de corte objetivo. Refiere que pueden presentarse otras formas más proporcionales que acudir a la ley penal para resguardar el derecho a la honra y privacidad de las personas.

Por estas argumentaciones, solicita se acoja el requerimiento deducido a fojas 1, y se declare la inaplicabilidad de la normas reprochada, previamente enunciada.

### **Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento**

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 24 de enero de 2017, a fojas 62, oportunidad procesal en que fue decretada la suspensión del procedimiento en la gestión pendiente en que incide. Posteriormente, el libelo fue declarado admisible el día 2 de marzo de 2017, resolución rolante a fojas 212.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, fueron evacuadas las presentaciones que a continuación se exponen.



## **Observaciones del H. Diputado señor Guillermo Ceroni Fuentes**

A fojas 230, con fecha 29 de marzo de 2017, dicho interviniente en la gestión penal se hace parte en estos autos, instando por el rechazo del requerimiento deducido a fojas 1.

Expone que el tipo penal contemplado en el artículo 161-A configura un delito común, que puede ser cometido por cualquiera, por lo que la amplitud de potenciales autores del delito es un problema de interpretación y no de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Determinar quién puede cometer el delito de difusión o establecer hasta cuándo una difusión es típica en el sentido del ilícito, tiene respuesta en el propio tenor literal de la disposición, dado que el legislador fue en extremo preciso para describir el alcance necesario: en el contexto de una cadena de difusiones, el objeto difundido puede dejar de tener carácter de información privada, por lo que, para estar en presencia de la figura típica del artículo 161-A, la difusión debe tener por objeto, precisamente, información privada. Así, no hay imprecisión o arbitrariedad en la redacción del ilícito en cuestión.

Añade que debe desvirtuarse el alegato en torno a la infracción al principio de culpabilidad. El reclamo del actor en torno a la supuesta falta de antecedentes y la vulneración al conocimiento exigido por el delito es un problema que debe ser resuelto por el juez del fondo conforme a la prueba rendida. Los acusadores deberán acreditar los elementos del tipo objetivo y subjetivo bajo el estándar propio del Derecho Penal, que es la prueba más allá de toda duda razonable conforme el artículo 340 del Código Procesal Penal. Más que alegaciones de inconstitucionalidad, el libelo adelanta la estrategia de la defensa en el juicio penal.

Lo mismo sucede, argumenta, en torno a la infracción que argumenta el requirente en torno al principio de presunción de inocencia. Conforme las disposiciones que requiere de inaplicabilidad, no se exime de la necesidad de probar los hechos y menos, se establece una alteración de la carga de la prueba. La aplicabilidad del tipo será objeto de discusión en el juicio oral.

Finalmente, debe ser desechada la denuncia en torno a la vulneración al principio de proporcionalidad. La norma punitiva



del artículo 161-A se orienta a la protección de derechos constitucionales como la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. El legislador que introdujo este tipo penal lo hizo en la constatación de diversas formas de vulnerabilidad de la vida privada frente a las nuevas tecnologías. El actor, así, cuestiona en abstracto la norma, pretendiendo anticipar una tesis absolutoria del juicio de fondo, debiendo alegar allí, a vía ejemplar, la causal de actuar en cumplimiento de un deber contemplada en el artículo 10 N° 10 del Código Penal.

Por lo anterior solicita el rechazo del libelo deducido a fojas 1.

### **Observaciones del Ministerio Público**

A fojas 250, con fecha 4 de abril de 2017, el Ministerio Público realizó observaciones a la presentación de fojas 1, instando para que ésta sea rechazada en todas sus partes.

En cuanto al primer capítulo de impugnación, refiere que no es vulnerado el mandato de taxatividad consagrado en el artículo 19, numeral 3°, inciso octavo, de la Constitución Política. De acuerdo a la descripción de los hechos de la acusación atribuidos al señor Ibáñez, éste habría autorizado la difusión de fotografías en un medio digital, las que habrían sido obtenidas momentos antes por otros acusados, correspondiendo a comunicaciones privadas realizadas por la víctima, las que fueron captadas, fotografías y luego difundidas. Así, la precisión de la imputación, en el marco del control concreto de constitucional, es determinante para desvirtuar la alegada indeterminación.

La alegación en torno a la preceptiva constitucional alegada enmarca la discusión en las determinadas leyes penales en blanco, que sólo en caso de ser abiertas y propias podrían tener problemas de constitucionalidad; en cambio, las leyes penales en blanco impropias sólo presentarían, según el caso, problemas de técnica legislativa. A este respecto, la parte requirente refiere sin dificultad las conductas descritas en el artículo 161-A del Código Penal, no produciendo el verbo rector “difundir” mayores controversias ni la determinación de cuál es la conducta punible.



La calificación del hecho de la acusación y los precisos contornos del tipo son cuestiones que, en definitiva, caen en el ámbito propio de la función exegética del juez penal.

En segundo término solicita el rechazo de la alegación en torno a la infracción al principio de culpabilidad. Las críticas del actor no apuntan contra la preceptiva que viene a cuestionar a esta Magistratura, sino, más bien, a diversas actuaciones del Ministerio Público, poniendo en evidencia la falta de argumentaciones para apoyar la inaplicabilidad en este apartado. Sus argumentaciones guardan relación con la teoría del caso de la defensa, que debe juzgarse en sede penal.

No es infrecuente que los tipos penales carezcan de referencias a la tipicidad subjetiva, esto es, la actuación con dolo o culpa, pero ello no significa que se trate de descripciones que prescindan de dichos elementos, dado lo dispuesto en el artículo 1° del Código Penal.

En tercer capítulo alegado, en torno al principio de inocencia, refiere que éste también debe ser desvirtuado. El Ministerio Público reitera sus argumentaciones en torno a la pretendida vulneración a la presunción de derecho de la responsabilidad penal que refiere el actor, dado que queda de manifiesto que se critica la actuación del Ministerio Público y no del tipo penal de cara a la Constitución.

Finalmente, en lo que se refiere al principio de proporcionalidad, hace presente que derechos constitucionales como la honra y la privacidad deben conjugarse en diversos escenarios con la libertad de opinión e información, poniendo en juego garantías y derechos asegurados por la Constitución.

En el caso concreto indica que nos encontramos ante un tipo penal que persigue un fin lícito a través de un mecanismo legítimo y conforme a la Carta Fundamental, como ha sucedido en largo tiempo en nuestro orden jurídico penal, como los delitos que castigan la violación de domicilio o correspondencia, así como las injurias y calumnias. Incluso, en el ejercicio del periodismo, están previstas conductas consideradas como delitos, de manera que la utilización del Derecho Penal en resguardo de bienes jurídicos como la vida privada o la honra no deben extrañarnos.



Por estas consideraciones solicita el rechazo del requerimiento de fojas 1.

### **Vista de la causa y acuerdo**

Con fecha 6 de julio de 2017 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y concurriendo a alegar los abogados Cristián de Feudis Wilson por el requirente; Hernán Ferrera Leiva por el Ministerio Público; y César Ramos Pérez por el H. Diputado Guillermo Ceroni Fuentes. A su turno, en Sesión de Pleno de igual fecha, se adoptó acuerdo de rigor.

### **CONSIDERANDO:**

#### **I) GESTIÓN JUDICIAL PENDIENTE**

**PRIMERO:** Que se encuentra pendiente de realización la audiencia de preparación del juicio oral fijada en la causa penal en curso ante el Juzgado de Garantía de Valparaíso para el 6 de febrero de 2017 y cuya ejecución quedó suspendida con motivo de así decretarlo esta Magistratura, en etapa de admisión del requerimiento.

El requirente, quien se encuentra acusado por el delito configurado en el artículo 161 del Código Penal - cuyo texto se ha transcrito en la parte expositiva - entiende que la aplicación del precepto al caso concreto, infringiría los artículos 1º, inciso segundo; 19º N° 3º, en sus incisos sexto, séptimo, octavo y noveno; 19º N° 12º y 19º N° 26º, todos de la Carta Fundamental;

#### **II) DELIMITACIÓN DEL ASUNTO**

**SEGUNDO:** Que la norma legal concernida se inserta en el Título III del Libro II del Código Penal: "De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución" y particularmente en su párrafo 5, que trata "De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia". Este párrafo fue incorporado por el artículo único de



la Ley N° 19.423, de 20 de noviembre de 1995, de manera que su vigencia se prolonga por poco más de dos décadas.

A fin de deslindar adecuadamente el ámbito de competencia de este órgano de justicia constitucional, se hace necesario determinar, en el carácter de previo, aquellos aspectos asociados al mérito de la norma punitiva - que escapan de la órbita de atribuciones de este Tribunal - así como los que sí se conectan con los “derechos garantidos en la Constitución”. De modo que esta disposición viene a desarrollar dentro de nuestro Código Penal, las garantías consagradas en el artículo 19.4° de la Constitución en vigor, como apunta ETCHEBERRY (Etcheberry O., Alfredo: *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, 3ª. Edición revisada y actualizada EJCH., 2005, p. 274).

El propio legislador en este punto ha captado con agudeza la sensibilidad del tema tocado en el precepto legal cuestionado, al enfatizar en el encabezamiento del Título correspondiente, citado, la imperativa necesidad de acotar los tipos penales protectores de la vida privada y pública de la persona y su familia, a las garantías determinadas en la Constitución sobre el particular;

**TERCERO:** Que el mentado artículo 161-A, en su segundo inciso, reprime la conducta consistente en “difundir las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos” obtenidos bajo alguna de las formas pormenorizadas en el inciso primero.

Común denominador de todas estas figuras es el que *“las conversaciones, comunicaciones, documentos, imágenes, hechos y otros que se indican deben necesariamente obtenerse en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, razón por la cual es necesario concluir que cualquiera de los actos que se castigan, cometidos en lugares públicos y de libre acceso, no dan lugar a los delitos que se pueden sancionar en conformidad a otras disposiciones”* (Autor y *op. cit.*, p. 275).

En efecto, la conducta básica reprochada en el inciso segundo de este artículo 161 es la de “difundir” y específicamente por medios distintos a los medios de comunicación regulados en el artículo 16 de la Ley N° 16.643, sobre Abusos de Publicidad, puesto que la difusión por estos últimos estaba prevista y sancionada en el artículo 22, inciso 2° de ese cuerpo legal. De ello da cuenta la



historia legislativa de esta norma (Diario de Sesiones del Senado, 326. Legislatura Ordinaria, sesión 6ª, p. 707). Observan POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ que, derogadas las disposiciones de la citada ley, sin que el nuevo texto de la Ley N° 19.733 contemple un régimen semejante al de aquélla, parece que las disposiciones de este artículo 161-A adquieren aplicación frente a cualquier medio de comunicación (Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre y Ramírez G., María Cecilia, *Derecho Penal. Parte Especial*, EJCH, 2ª edición, 2004, p.237);

**CUARTO:** Que la argumentación del objetor constitucional mezcla consideraciones de constitucionalidad y de simple legalidad. En este punto - cabe enfatizar - la jurisprudencia es abundante y uniforme, en el sentido que la solución de las cuestiones de mera legalidad es de la competencia de los jueces del fondo, careciendo la magistratura constitucional de competencia y jurisdicción para resolverlas (STC Roles 796, c. 27°; 896, c. 31°; 2364, cc. 8° y 9° y 2597, cc. 6°, 34 y 39 a 41, entre muchas otras). Así se reafirmará al pasar revista a los vicios de constitucionalidad denunciados, cuando corresponda.

### **III) INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 161-A DEL CÓDIGO PENAL: SU HISTORIA FIDEDIGNA Y CONTEXTO**

**QUINTO:** Que el precepto legal opugnado en estos autos tuvo su origen en una moción del Senador Miguel OTERO LATHROP en Sesión Ordinaria N° 2, Boletín 818-07, la que culminó en definitiva en la reforma al Código Penal introducida por el **artículo único de la Ley N° 19.423** (20.11.1995), que incorporó a su texto el nuevo párrafo 5 **“De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia”**, del que forma parte el artículo 161-A.

En la discusión en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, se señaló que el proyecto “no pretende afectar el derecho a informar sin censura previa, sino a los particulares que cometan estos hechos y que no están considerados por la Ley de Abusos de Publicidad”, para luego puntualizar que **“el bien jurídico protegido en ambos casos es diferente: en el primero es la libertad de prensa y en el segundo, la privacidad de las personas”**. Respecto de



la forma de difusión prohibida por la norma en gestación, se apuntó que **“la difusión de las conversaciones, comunicaciones, documentos y otros hechos de carácter privado, ella debe hacerse por medios distintos a los regulados en el artículo 16 de la Ley N° 16.643... puesto que la difusión por estos últimos está prevista y sancionada en ese cuerpo legal”** (Informe de la Comisión citada en sesión de la Legislatura 331 (17.05.1995, relativo al Boletín 817-07). Recuérdese que a la sazón se encontraba vigente la última ley citada, posteriormente derogada por el artículo 48 de la Ley N° 19.733 (4.06.2001), sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, con excepción de su artículo 49, que no viene al caso;

**SEXTO:** Que, como se encargó de puntualizar la propia Comisión de Constitución de la Cámara, ésta ya había tenido ocasión de informar con antelación sobre temas íntimamente relacionados con la materia que interesa con motivo de la discusión de la antes mencionada Ley N° 19.733. Consta en el Mensaje correspondiente que **“...con el propósito de regular las eventuales colisiones que pudieren producirse entre las libertades de opinión e información, por una parte, y el derecho a la privacidad y a la honra de la persona y su familia, por otra, he impartido un claro mandato al legislador de sancionar la difamación a través de un medio de comunicación social, sin que ello obste a decisiones legislativas y vigentes atinentes a la protección de la honra de las personas”** (Mensaje N° 118-326 de 18.07.1993, en Sesión 15, Legislatura 327);

**SÉPTIMO:** Que el derecho a difundir las ideas y opiniones se encuentra estrechamente vinculado **“con ‘el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de las personas y su familia’ que garantiza el artículo 19 de la Constitución en su número 4°, cuya infracción, cometida a través de un medio de comunicación social, es constitutiva de delito y conlleva la sanción que determine la ley”,** como lo precisa el Primer Informe de la Comisión Legislativa de la Cámara de Diputados, de 16 de mayo de 1.995(en Sesión 2, Legislatura 331, relacionado con el Boletín N° 1035-07-01).

Empero y a diferencia de lo legislado en el proyecto de ley aludido en el párrafo anterior, el proyecto que culminó con la



introducción al Código Penal del artículo 161 del Código Penal **no pretendió “afectar el derecho a informar sin censura previa, sino a los particulares que cometan estos hechos y, que no están considerados por la Ley de Abusos de Publicidad”**. Por lo mismo, **el bien jurídico protegido en ambos casos es diferente: en el primero es la libertad de prensa y en el segundo, la privacidad de las personas”** (Boletín 817-07 (S)-L de la Cámara de Diputados);

**OCTAVO:** Que son por lo demás varios los tipos penales cuyo objeto es cautelar la intimidad y vida privada de las personas, contruidos tanto en el Código Penal como en leyes especiales. En ellos se identifica como ilícitas conductas que importen afectación o atentado contra la honra de las personas o sus familias, como asimismo la difusión maliciosa o no autorizada de tales hechos. Por vía ejemplar, podemos citar:

- a) El artículo **417 del Código Penal**, que en su ordinal 3° castiga como delito de **“injurias graves”** la imputación de “un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del afectado”. Cometido por escrito y con publicidad, este delito conlleva la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio (art. 418);
- b) El **artículo 296** del mismo cuerpo punitivo, que tipifica como delito la amenaza seria de causar a otro o a su familia “en su persona, **honra** o propiedad” un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho. La pena oscila entre presidio menor en su grado mínimo a máximo, según las circunstancias del caso;
- c) La **Ley General de Telecomunicaciones** N° 18.168 (2.10.1982), cuyo **artículo 36 B)** dispone que configura delito de acción pública la **difusión pública o privada de cualquier tipo de señal** que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, obtenida mediante la interceptación o captación maliciosa o grave, sin la debida autorización, de cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones. La



pena aplicable es presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 5000 UTM;

- d) La **Ley sobre delitos informáticos N° 19.223** (7.06.1993), que en su artículo 4° impone la pena de presidio menor en su grado medio a quien **“maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información”**, pena que se aumenta en un grado si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información;

**NOVENO:** Que según es dable comprobar, nuestro legislador presta relevante atención al bien jurídico constituido por la honra y el buen nombre de la persona y su familia. Para la consecución de este objetivo, impone limitaciones al derecho de informar y de ser informado, optando por reprimir todo exceso ya no solo asociado a la revelación o difusión indebida de datos o antecedentes que puedan comprometer la reputación o la fama de las personas, sino incluso la amenaza verosímil de daño a dicho prestigio.

Volveremos sobre la legitimidad de esta opción por la represión penal como *última ratio*, más adelante;

**DÉCIMO:** Que la normativa aludida desarrolla o complementa la garantía constitucional plasmada en el artículo 19, N° 12° de nuestra Ley Fundamental, de manera que su entramado representa un interesante elemento hermenéutico para cotejar su contenido con el del artículo 161 A del Código Penal, tildado de inaplicable en la especie. Ello porque los preceptos legales benefician de una presunción de constitucionalidad en tanto esta Magistratura Constitucional no diga lo contrario, como se ha fallado (*Vid.* Roles 681, c. 7°; 1863, c. 3° y 2703, c. 6°), sin que ninguna de estas disposiciones mencionadas haya sido apreciada como inaplicable o inconstitucional.

El cotejo entre la libertad asegurada en el artículo 19°.2° y el resguardo a la vida privada y a la honra, en el artículo 19°.4°, ambos de la Carta Fundamental, se ha resuelto entonces en vía legislativa en la perspectiva de que los hechos relativos a la sexualidad de las personas integra el ámbito de su vida privada, por lo que carece de interés público, incluso en el evento - que es el del caso concreto en la gestión pendiente - de incidir la



conducta invasiva incriminada, en aspectos vinculados al ejercicio de funciones públicas.

#### **IV) LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS COMO PÁRÁMETRO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

**UNDECIMO:** Que la confrontación propuesta por el requirente para demostrar la ilicitud constitucional del precepto reprochado contrapone su texto con las diversas disposiciones constitucionales que se dan por infringidas, pero la extiende también a los tratados internacionales en virtud de la remisión que se hace al artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental. Pero esta vía se complementa con la mención de solo tres instrumentos internacionales de derechos humanos, a propósito de la presunción de inocencia, cuales son los artículos 9° de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (artículo 9°); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (sin indicación de artículo) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8°), sobre los cuales no se profundiza mayormente;

**DECIMOSEGUNDO:** Que los tratados internacionales, en general, están llamados a constituirse, por la remisión que de ellos hace el artículo 5°, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental, en una ***norma limitante de la soberanía nacional, cuyo ejercicio debe respetar siempre “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”***. De allí la obligación impuesta a los órganos del Estado, en el mismo inciso, de ***“respetar y promover tales derechos”*** y no solo los garantizados por la Constitución, sino también por los ***“tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”***;

**DECIMOTERCERO:** Que esta Magistratura Constitucional no ha reconocido comúnmente rango constitucional, pero sí supralegal, a las normas de los tratados internacionales, lo que impide contrastar directamente sus prescripciones con las del precepto legal atacado como inaplicable (*Vid.*, por todas, STC Roles N°s 2.387 y 2388 acumulados, c. 12°). Si bien los derechos de fuente internacional no han sido reconocidos como parámetros



autónomos de control de constitucionalidad, sí pueden operar como “referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política” (STC Rol 2493-13, de 6.05.2.014, c. 7°).

En ese sentido se razonará en las consideraciones siguientes de este pronunciamiento, utilizando estas fuentes como antecedente hermenéutico y de integración normativa en aquellos casos en que la norma constitucional contrastada sea susceptible de ser mejor interpretada en su sentido y alcance con el auxilio de la complementación proporcionada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Este exordio representa un primer enfoque de conjunto, que servirá de marco referencial para el desarrollo siguiente.

#### **V) SOBRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD PENAL, TIPICIDAD Y MANDATO DE DETERMINACIÓN**

**DECIMOCUARTO:** Que “[A]corde con el auténtico espíritu del precepto, **lo que en éste se reprocha o reprueba no es el hecho de la obtención de la información de que da cuenta la conversación o el de su difusión posterior, sino la forma como fue obtenida esa información, esto es, mediante acciones y maniobras subrepticias y ocultas que han importado efectivamente una intromisión a la intimidad y esfera personal y privada del afectado** (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5604/2003, de 22.12.2003).

La esencia del reproche en este caso reside en la captación de un contenido informativo a través de maniobras no consentidas que dañen la intimidad o la vida privada de la víctima;

**DECIMOQUINTO:** Que el primero de los vicios en que habría incurrido el legislador consistiría en la insuficiencia de la descripción típica contenida en el acápite final del inciso primero del artículo 161 A) del código punitivo. Allí se sanciona “a quien difunda” las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere la parte inicial del mismo artículo. La formulación carecería de la precisión, taxatividad y determinación exigibles respecto de la conducta punible del sujeto activo, con transgresión de las garantías



constitucionales de legalidad penal, tipicidad y mandato de determinación consagrados en el artículo 19 N° 3°, incisos octavo y noveno de la Ley Fundamental;

**DECIMOSEXTO:** Que imputa el requirente a la norma legal pertinente un vicio en orden a la “falta de tipicidad y descripción clara de la conducta”, la que generaría una “indeterminación arbitraria del sujeto activo del delito de difusión”, en cuanto no se indica “el modo, tiempo ni forma” en que el presunto autor podría ser sujeto a imputación penal, “con absoluta arbitrariedad del órgano judicial o del persecutor”;

**DECIMOSÉPTIMO:** Que El **principio de legalidad penal** - cuyos orígenes se remontan a BECCARIA, pero que fuera desarrollado por VON FEUERBACH, en la Constitución Bávara de 1813,-(Anselm Von Feuerbach, “*Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*”, traducc. 14ª edición por Zaffaroni, Eugenio y Hagemeyer, Irma, Bs. As., Hammurabi, 2007, p. 55), se expresa en el célebre apotegma latino “*nullum crimen nulla poena sine lege*”. Se encuentra recogido en nuestra Constitución en el artículo 19, N° 3°, incisos séptimo y octavo, como así también, en el derecho internacional convencional de los derechos humanos, en los artículos 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es susceptible de descomponerse en tres elementos:

- **Lex praevia:** implica que la ley que describe y sanciona la conducta ilícita, debe ser anterior a su comisión;
- **Lex scripta:** en el sentido que la norma punitiva, amén de escrita, debe tener jerarquía de ley y no tratarse de una norma de inferior rango, como un reglamento;
- **Lex certa:** lo que significa que la norma debe tener una redacción precisa y no excesivamente amplia o indeterminada.

Algunos autores agregan un cuarto elemento, en orden a que la ley debe ser, además, **stricta**, quedando prohibida su integración por la vía de la analogía. Es el punto de vista de la doctrina alemana;

**DECIMOCTAVO:** Que el déficit de constitucionalidad invocado se sitúa en el ámbito de la *lex certa*, entendida en el alcance amplio, comprensivo de la subgarantía de la *lex stricta*. Lo que el actor controvierte en esta instancia constitucional, es la indeterminación de que adolecería el tipo penal del artículo 161 A) de la recopilación penal, en su inciso segundo, que sanciona “*a quien difunda*” las conversaciones, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el primer inciso. La descripción del comportamiento delictivo carecería de la necesaria claridad, generando una indeterminación arbitraria del sujeto activo del delito de difusión. Al no determinar circunstancias como el modo, tiempo ni forma de la actuación, sería pasible de imputación penal cualquier persona, quedando entregado a la absoluta arbitrariedad del órgano judicial o persecutor;

**DECIMONOVENO:** Que el **principio de tipicidad, taxatividad o mandato de determinación** - terminología esta última introducida en la dogmática alemana (desde WELZEL, pasando por JAKOBS y ROXIN) - constituye el **contenido material** del principio de legalidad penal.

Ha sido definido jurisprudencialmente diciéndose que “*exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en la norma (de rango legal), de manera que los sujetos imperados por ella tenga una suficiente noticia (previa) acerca de la conducta que les resultará exigible*” (STC Rol 479, c. 25°).

Se recoge positivamente en el inciso noveno del ordinal 3° del artículo 19 de la Ley Suprema, en cuanto dispone que “[N]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.”.

Lo que el legislador es obligado a hacer, en cumplimiento de esta garantía, es pues describir el comportamiento penalmente ilícito, lo que ha de efectuar con claridad y precisión, pero no en forma completa o exhaustiva. Así se infiere prístinamente de la historia fidedigna de la norma, que en su versión original, contenida tanto en los anteproyectos de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución como del Consejo de Estado, manifestaba que la conducta reprochable de debía estar “*expresa y completamente*” descrita en ella (en la ley). La exclusión de la voz

“completamente”, en el texto definitivo, es ampliamente ilustrativa del criterio menos restrictivo que en definitiva impuso el constituyente (Cfr. el completo estudio de Sergio Yáñez Pérez sobre “*Las leyes penales en blanco*”, con referencia a la historia de esta norma constitucional, en “Gaceta Jurídica N° 58, pp. 2 y ss.);

**VIGÉSIMO:** Que, entonces, resulta suficiente para adaptar la norma legal al mandato constitucional de tipicidad, con que el legislador trace o dibuje el núcleo esencial del comportamiento punible. No se exige una precisión matemática, sino “suficientemente clara como para que un hombre corriente pueda conocer aquello que le está mandado o prohibido, a fin de no exponerse a un castigo” (Cury, Enrique, “*La ley penal en blanco*”, Bogotá, 1988, p. 91);

**VIGESIMOPRIMERO:** Que el artículo 161 A) de la legislación penal codificada adolecería de dos vicios de constitucionalidad por infracción de los principios de legalidad penal y tipicidad. De una parte, por la indeterminación arbitraria del sujeto activo de la conducta y, en íntima conexión, por la imprecisión del verbo rector “difundir”, utilizado en el inciso 2° del precepto;

**VIGESIMOSEGUNDO:** Que la disposición analizada no puede ser interpretada a cabalidad sino en el contexto de sus dos incisos. El verbo rector o elemento objetivo del tipo - en el párrafo segundo - describe la conducta de quien “*difunda*” conversaciones, comunicaciones o hechos a que se refiere el inciso anterior. Este, por su parte, castiga al que en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, grabe o reproduzca “*conversaciones o comunicaciones de carácter privado*” o capte, grabe, filme o fotografíe “*imágenes o hechos de carácter privado*” que se produzcan u ocurran “*en recintos particulares que no sean de libre acceso al público*”.

La designación del agente, como se advierte, está singularizado por la locución “*quien*”, seguido del verbo “*difunda*” - técnica que es la usual en la descripción de los tipos punibles - e incorpora además la referencia al sujeto pasivo - el “*afectado*” - que lo es en su privacidad, erigida en el bien jurídico cautelado. Adicionalmente, para que la difusión de esta especie de



intercambios sea condenable, es necesario que concurren tres condiciones copulativas adicionales, cuales son: a) que la captación de las conversaciones, imágenes o hechos ya referidos, se realice en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público; b) que la difusión de esa situación se efectúe sin autorización del afectado y por cualquier medio, y c) por último, que el hechor no esté o sea autorizado en virtud de la ley o de resolución judicial para ejecutar las acciones descritas (esto último en virtud de lo señalado en el acápite final del inciso tercero del artículo que interesa);

**VIGESIMOTERCERO:** Que, en último término, el mandato de determinación se dirige directamente al legislador, tocando al juez solo la misión de interpretar razonadamente el tipo penal, a fin de precaver su aplicación arbitraria. La disfunción más común del principio de legalidad se produce en los casos de los tipos legales abiertos, en que la ley solo describe parte del injusto y deja el resto al arbitrio judicial, desplazando al juez poderes que son propios e inherentes al legislador. Se dice que en estos casos el mandato de determinación deja de ser expresión de la *lex certa*, transformándose en una ley penal en blanco propia;

**VIGESIMOCUARTO:** Que solo las llamadas **leyes penales en blanco propias**, “esto es, aquéllas en que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal, sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella, y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez” (STC Roles 1011, c. 4; 2154, c. 20 y 2758, c. 12), **han sido calificadas como contrarias a la Constitución por esta magistratura constitucional**. En cambio, tratándose de **leyes penales en blanco impropias** o de *reenvío*, siendo tales “aquéllas cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley... y de aquellas leyes que indiquen expresamente la norma destino de remisión, aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo central de la conducta que se sanciona”, su existencia ha sido “tolerada” por la Constitución (STC Rol 1011, c. 4°);

El caso judicial pertinente incide, indudablemente - siguiendo la argumentación del requirente - en la primera de las reseñadas categorías, lo que obliga a profundizar en la interrogante respecto



de la determinación o vaguedad de la conducta penalmente proscrita;

**VIGESIMOQUINTO:** Que el mandato penal en la disposición observada no solo designa el comportamiento censurable, conforme con los verbos rectores alternativos aludidos precedentemente, sino que además especifica las circunstancias concurrentes para que aquél pueda ser imputable al sujeto activo comprometido. Esto último, a través de una serie de elementos descriptivos complementarios del tipo: designación de lugares en que las conductas reseñadas están prohibidas, circunstancias en que las acciones no serían punibles, etcétera. Todo ello contribuye a descartar la vaguedad e indeterminación en la configuración del núcleo esencial de la conducta que se achaca al legislador.

En consecuencia, este primer capítulo de inaplicabilidad será desestimado.

## **VI) SOBRE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y PRESUNCIÓN DE DERECHO DE RESPONSABILIDAD PENAL**

**VIGESIMOSEXTO:** Que el precepto impugnado - se objeta - permitiría la aplicación de un estatuto de responsabilidad objetivo, presumiendo de derecho la responsabilidad penal e impondría una pena aflictiva a una conducta ausente de dolo o culpa, por la sola circunstancia de haber ejercido el requirente el cargo de director de un medio electrónico a la época de los hechos, con la consiguiente afectación de su dignidad como persona. De esta forma se vulneraría el artículo 19.3°, inciso séptimo de la Constitución, en relación con su artículo 1°;

**VIGESIMOSÉPTIMO:** Que la incorporación en los tipos penales de elementos subjetivos, no constituye un requisito de constitucionalidad de la norma tipificante. En efecto, *“la conciencia de que el hecho es ilícito no es un elemento integrante del dolo, para cuya existencia **basta con que el autor conozca que en el caso concurren los presupuestos objetivos del hecho descrito por el tipo respectivo y que quiera realizarlo**”* (SCS 27.10.2005, citada en “Código Penal”, Códigos Profesionales 2012, Thomson Reuters, 2012, p. 3).



Respecto de la voluntariedad de la acción penada en el artículo 161-A de nuestra recopilación penal, baste apuntar que “[L]as acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”, como lo explicita el artículo 1º, inciso segundo, del mismo texto. Incumbe por tanto al imputado por la conducta sancionada desvirtuar esta presunción, que es simplemente legal. Ello no obsta a que la existencia del dolo, como elemento subjetivo del tipo penal, deba ser acreditada, sobre lo cual volveremos.

Todo lo cual debe entenderse en el marco de la plena legitimidad constitucional que esta Magistratura ha acordado al principio de la presunción de inocencia, que el precepto últimamente reseñado no transgrede “por cuanto su aplicación no representa una inversión del peso de la prueba”, según se ha señalado en el Rol 739/2007, c. 10º;

**VIGESIMOCTAVO:** Que el principio de culpabilidad es, desde luego, elemento cardinal del Derecho Penal “que consolida el principio de “dignidad humana”, en la medida que en éste pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi*, en el sentido de exigir la concurrencia de todos aquellos presupuestos que permiten “culpar”, esto es, imputar a alguien el daño del delito, y tales presupuestos afectan a todas las categorías del concepto del delito”. (STC 2936 c. 9º). En un Derecho Penal democrático, por ende, no puede imponerse pena a un individuo sino cuando la conducta imputable le sea reprochable por haber sido perpetrada con dolo o culpa;

**VIGESIMONOVENO:** Que todo el desarrollo argumental del actor en este proceso constitucional discurre en torno a circunstancias del caso concreto: éste habría sido formalizado en la causa penal por la sola circunstancia de haber ejercido al tiempo de los hechos el cargo de Director de la publicación digital “El Dínamo”, pero sin que haya antecedentes de su intervención directa en el delito como autor directo ni como inductor. Se presume también que el sujeto activo conoció el carácter ilícito (contenido y lugar) de las conductas que se le imputan, pero no se fundamenta un “juicio de reprochabilidad concreto de la conducta personal”, toda vez que no tenía por qué saber que las imágenes fueron obtenidas ilícitamente, cual es la exigencia de culpabilidad en el caso del inciso primero del precepto tildado de inconstitucional, etcétera;



**TRIGÉSIMO:** Que, desde luego, es posición absolutamente dominante en las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina comparadas, que a nadie puede reprochársele haber ejecutado o no una conducta si no era consciente de que se encontraba jurídicamente prohibida (SCS Rol 461/03, de 27.10.2003). Por lo mismo, el juzgador deberá siempre “demostrar de manera fehaciente que el sujeto activo en el hecho ilícito ha actuado con claro dominio de la antijuridicidad de la conducta que se le reprocha” (SCS Rol 344/02, de 10.11.2003).

Viene a cuento en esta óptica lo explicitado por este mismo órgano constitucional en sentencia Rol 2535, de 30.10.2014, en relación con el requerimiento de inaplicabilidad promovido contra el director responsable de un medio de comunicación social que solicitó la inaplicabilidad del artículo 39, inciso segundo, de la Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Dicha norma considera también autor de los delitos cometidos a través de un medio de comunicación social, *“al director o a quien legalmente lo reemplace al efectuarse la publicación o difusión, salvo que se acredite que no hubo negligencia de su parte”*.

En relación con la alegación vertida en orden al presunto carácter objetivo de la responsabilidad configurada en esa disposición, el fallo estableció, citando a ETCHEBERRY, que *“se denomina así a la situación que se produce cuando se sanciona a una persona por un hecho sin atender en absoluto a su posición subjetiva respecto de éste y, a veces, hasta prescindiendo de la imputación física”* (c. 25°). Para concluir que *“el propio tenor del precepto descarta que se esté en presencia de un régimen objetivo de responsabilidad”* (mismo considerando citado);

**TRIGESIMOPRIMERO:** Que la disposición declarada conforme con la Constitución en esa oportunidad reprocha al director o quien haga sus veces por los delitos cometidos a través de un medio de comunicación social, sin perjuicio de justificar su conducta si su obrar no hubiere sido negligente. Por su parte, fundamento de la responsabilidad en el caso que nos ocupa es el control que, en su calidad de responsable del medio, le cabe al susodicho director, quien en virtud de su dominio de la acción, es el llamado a *“dar a conocer a una o más personas el contenido de la comunicación”*, que ha sido intervenida, en lo que radica la



esencia de la conducta prohibida en el inciso segundo del artículo 161 A, controvertido en la especie. Toda vez que **la naturaleza privada de la comunicación se erige como un elemento normativo del tipo**, si ésta se realiza en un lugar público no debería entenderse protegida por el mencionado precepto. Del mismo modo, siendo la privacidad y la intimidad de las personas el bien jurídico protegido por medio de esta figura, la conducta prohibida debe realizarse **sin la autorización del afectado**, la que para excluir la responsabilidad penal del sujeto activo, debe ser dada de manera expresa, como la ha interpretado la mayor parte de la doctrina;

**TRIGESIMOSEGUNDO:** Que no es aceptable lucubrar, por ende, que quien difunda comunicaciones de carácter privado captadas por cualquier medio en lugares que no sean de libre acceso al público, deba responder penalmente en todo caso y sin ninguna consideración de su posición subjetiva. Para que la conducta no devengue culpable, es necesario que quien difunda las conversaciones o imágenes se cerciore previamente que éstas no fueron obtenidas en recintos públicos o de libre acceso o que lo fueron en su caso, con el consentimiento del afectado. Solo en tal supuesto su obrar sería atípico. Y el tipo penal en análisis claramente contiene las claves exigidas dogmáticamente para que el director imputado pueda eximir su responsabilidad, desvirtuando la presunción de voluntariedad general inherente a su actuar delictivo, mediante la acreditación de inconcurrencia de los presupuestos de culpabilidad ya señalados;

**TRIGESIMOTERCERO:** La presunta responsabilidad objetiva inherente al tipo penal denunciado, entonces, no se produce en la especie, por lo que debe descartarse el reproche formulado a su respecto.

## **VII) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE DELITOS Y PENAS Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS**

**TRIGESIMOCUARTO:** Que, finalmente, el requirente reclama la presunta infracción del artículo 19.12°, en relación con los numerales 12° y 26° del mismo precepto, sin perjuicio de la contravención del inciso segundo del artículo 5°, todos de la Carta vigente. Este último, en la medida que la aplicación de la norma



constitucional reprochada importaría una transgresión de los artículos 11 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP);

**TRGESIMOQUINTO:** Que este es el argumento principal de la acción constitucional intentada. El legislador habría recurrido a un medio *“innecesario, inidóneo para dar respuesta penal a una conducta amparada por el artículo 19 N° 12° del texto constitucional”*, en circunstancias que habría otros medios - como los de carácter civil - *“para reparar el eventual daño o afectación del derecho de privacidad”* (fs. 45 del requerimiento);

**TRIGESIMOSEXTO:** Que la controversia constitucional se inserta alrededor del derecho a la libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa en cualquier forma y por cualquier medio, asegurado en el cardinal 21° del artículo 19° constitucional. La libertad de información se erige, por su parte, en una subespecie de la libertad de expresión, que a su turno *“es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual”*, como lo ha enfatizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso *“Lingens v. Austria”* (39, p.25, de 8.07.1986).

El derecho a la libertad de información incluye el derecho a ser informado que, si bien no está consagrado expresamente en la letra de nuestra Ley Fundamental, *“forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales”*, según ha manifestado este Tribunal en sentencia recaída en el Rol 226, c. 19° (30.10.1995);

**TRIGESIMOSÉPTIMO:** Que desde luego la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que puede y debe ser objeto de legítimas limitaciones en una sociedad democrática. Tal vez cabe una matización, como la contenida en el célebre fallo *“New York vs. Sullivan”*, donde se dijo: *“quien reproduce en forma fiel y exacta los actos y procedimientos públicos de todo tipo... atribuyendo la información a esa fuente, **está exento de todo tipo de consecuencias y tiene inmunidad absoluta**”* (376 US.254, de 9.03.1964).



Cabe en este sentido destacar el consenso en el Derecho Internacional acerca de que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión **“entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”** (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19.3). En similares términos se plantea la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 13.2;

**TRIGESIMOCTAVO:** Que tanto la libertad de expresión y de información cuanto el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia - resguardados constitucionalmente en los artículos 19.12° y 19.4°, respectivamente de nuestra Ley Fundamental - admiten limitaciones que puede imponer el legislador, si bien sujetándose a los términos que le impone el numeral 26° del artículo 19 constitucional;

Desde luego, el propio numeral 12° de al artículo 19 citado, junto con asegurar la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, introduce como límite a su ejercicio la obligación de **“responder de los delitos y abusos que se cometan”**, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quorum calificado”;

**TRIGESIMONOVENO:** Que las libertades públicas en general y la de expresión e información, en particular pueden, con su ejercicio abusivo, comprometer derechos de la personalidad, como el honor, la dignidad y la propia imagen de otras personas. En este eventual conflicto, muy común en la sociedad contemporánea, no cabe asignar preferencia integral a uno respecto del otro, sino que la situación debe resolverse mediante un ejercicio de ponderación entre los derechos en conflicto, en la medida que ambos confluyen a asegurar la existencia de una opinión pública libre, condición necesaria para garantizar adecuadamente los demás derechos, inherentes al régimen democrático;



**CUADRAGÉSIMO:** Que condición para la correcta práctica de este ejercicio de ponderación, es la delimitación previa del contenido y alcance de cada uno, tal como han sido concebidos en la Constitución y, complementariamente, en los tratados internacionales ratificados y vigentes, como lo ordena el artículo 5°, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental;

### **VIII) CONTENIDO Y DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

**CUADRAGÉSIMOPRIMERO:** Que el Texto Fundamental 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 cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley...”*. Ergo, el núcleo esencial del derecho en cuestión es que éste no puede ser objeto de censura previa. Tal prohibición se incorporó en mérito de la reforma constitucional introducida por el artículo único, letra a) de la Ley de Reforma Constitucional N° 19.742 (25.08.2001), que excluyó de la versión original del artículo la autorización conferida al legislador para regular, por ley, la exhibición de la producción cinematográfica y que había devenido en la creación de un Consejo de Calificación Cinematográfica, facultado para censurar filmes antes de su proyección. La modificación vino a compatibilizar nuestro sistema constitucional con el paradigma convencional determinado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tal y como lo había dispuesto la Corte Internacional de Derechos Humanos, al condenar a Chile en el célebre caso “La Última Tentación de Cristo” (5.02.2001, CIDH., Serie C N° 73;

**CUADRAGESIMOSEGUNDO:** Que el enunciado constitucional ha sido objeto de mayor desarrollo en el **artículo 19, N° 13 de la Convención Americana**, que explícitamente integra en su contenido la *“libertad de **buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...**”*, precisando, además, que el ejercicio de este derecho, amén de no estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, reseña que éstas *“**deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto de los derechos o***

**a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas**". Como ya anticipáramos, esta regulación se asemeja a la norma del artículo 13, numerales 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que por lo demás le sirvió de fuente inspiradora;

**CUADRAGESIMOTERCERO:** Que la libertad de opinión y la de informar no son equivalentes. En el caso de la primera, se busca resguardar la libre expresión de las ideas o juicios de valor. Carece por ello mismo del límite intrínseco que constitucionalmente es predicable del derecho de información, consistente en su veracidad, que puede ser objetivamente demostrable.

El criterio entonces para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas, en cuanto puede colisionar con el derecho a la libertad de información, no es el de la veracidad de la información, sino exclusivamente el de la **relevancia pública del hecho divulgado**, es decir que su comunicación, aun siendo verdadera, resulte necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa.

## **IX) CONTENIDO Y DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD**

**CUADRAGESIMOCUARTO:** Que, por su parte, el artículo 19 N° 4° de la Carta Fundamental asegura a todas las personas **"[E]l respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia"**. Correlativamente, su ordinal 5° garantiza tanto la inviolabilidad del hogar como de **"toda forma de comunicación privada"**. Agrega en lo pertinente que las comunicaciones y documentos privados solo pueden **"interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley"** Complementa este estándar el artículo 17 del PIDCP., en sus numerales 1 y 2, del siguiente tenor: **"1) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación 2) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques"**.

A su vez, el **artículo 11 de la CADH** prescribe, con mayor desarrollo: ***“1) Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”***;

**CUADRAGESIMOQUINTO:** Que el derecho a la intimidad ha sido objeto de interpretación amplia por los órganos que ejercen jurisdicción internacional, entre los cuales se encuentra la Corte IDH. En particular y en relación con la eventual afectación de la difusión de imágenes que pueda comprometer el ámbito de la vida personal y familiar, ésta - junto con puntualizar que el derecho a la propia imagen no se encuentra expresamente enunciado en el artículo 11 de la Convención - ha observado que: ***“las imágenes o fotografías personales, evidentemente, están incluidas dentro del ámbito de protección de la vida privada”***. En el caso de fotografías, éstas serían ***“una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 de la Convención”***, por lo cual ***“su protección cobra importancia en tiempos donde los medios de comunicación audiovisual predominan”***. Para concluir que ***“por esa misma razón y por el contenido de información personal e íntima que pueden tener las imágenes, su potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto”*** (Corte IDH Caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, 29.11.2011, Serie C, N° 238, pág. 67;

**CUADRAGESIMOSEXTO:** Que el tema propuesto en la acción constitucional de la especie suele abordarse con relativa frecuencia ante instancias jurisdiccionales. Si bien es generalmente aceptado que las personas que ostentan algún grado de notoriedad pública están expuestas a un escrutinio público más intenso, lo que conlleva un mayor riesgo para sus derechos subjetivos inherentes a la personalidad, es evidente que no puede marginarse a esas personas del derecho a la protección de la ley contra injerencias o ataques a su honra y dignidad.

Como nos lo recuerda el Tribunal Constitucional español, la captación de imágenes relativas a un personaje público en



momentos de su vida de carácter eminentemente particular o privado, conlleva la vulneración del derecho a la propia imagen, salvo que el acontecimiento revista interés público o la imagen se haya divulgado con su consentimiento. **La notoriedad pública en el ámbito de su actividad política** - continúa el fallo comentado - **no lo priva de mantener una esfera de carácter reservado, como lo es la que atañe al derecho a la intimidad de su vida privada en el ámbito de sus relaciones afectivas, si no media consentimiento expreso del titular del derecho afectado.**

Distinto sería el caso si la difusión de las imágenes estuviera amparada por un “interés público constitucionalmente relevante”. Pero se estimó en el caso resuelto que **la revelación de las relaciones afectivas de los recurrentes carece en absoluto de cualquier trascendencia para la comunidad**, porque no afectaría al conjunto de los ciudadanos ni a la vida política del país, al margen de la mera curiosidad generada por la difusión de imágenes obtenidas por un reportero profesional especializado (“paparazzo”), sin autorización ni conocimiento de los afectados (STC español 176/2013 en la defensa o maparo de la vida privada o la intimidad de las personas);

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO:** Que, el derecho nacional ofrece también dos ilustrativos precedentes llamados a contribuir en la evaluación del sentido y alcance atribuido por el legislador al derecho constitucional a la privacidad. Se trata de las leyes N°s 19.628 y 19.733, respectivamente, ambas muy centradas en la vida privada e intimidad de las personas;

**CUADRAGESIMOCTAVO:** Que, en efecto, la **Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada** (17.02.2012), que regula el tratamiento de datos de carácter personal en registros o bancos de datos. Su artículo 4°g) define lo que se entiende por “**datos sensibles**”, que son “**aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual**”. La ley prohíbe el tratamiento de estos datos sensibles “**salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del**

**titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”;**

**CUADRAGESIMONOVENO:** Que en contraste el legislador, en el intento por deslindar la garantía de libertad de opinión e información, ha dictado la **Ley N° 19.773 (4.06.2001), sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo**. En el inciso primero del artículo 1°, que fija su entorno, ha declarado que **“[L]a libertad de opinión y la de emitir opinión, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley”**.

En cabal reconocimiento del alcance de este derecho, tan consustancial al régimen democrático, **“[S]e reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general”** (inciso 3° del mismo artículo);

**QUINCUAGÉSIMO:** Que salta pues a la vista que entre los hechos de interés público que los medios de comunicación están facultados para difundir, los referentes al desempeño de funciones públicas constituyen un tema íntimamente asociado a la libertad de informar, que prevalecería en principio respecto del derecho a la intimidad del resto de las personas, que no ostentan un cargo de aquella naturaleza.

Empero, el inciso final del precepto comentado incorpora una contraexcepción, en el sentido de calificar **como “pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito”**;

**QUINCUAGESIMOPRIMERO:** Que en esta orientación, es lógico deducir que **los hechos atinentes a la esfera privada de las personas** - como sucede con los pormenores de su vida sexual - **se sitúan al margen de la amplia libertad conferida a los medios de comunicación social para propagar o difundir noticias de interés público**. Ello, por cierto, **salvo si mediare**



**consentimiento del interesado**, como por lo demás lo dispone la misma ley relacionada, en su mencionado artículo 30;

**QUINCUAGESIMOSEGUNDO:** Que al inculpado de un delito de injuria cometida a través de un medio de comunicación social no se le admite la prueba de verdad acerca de sus expresiones, salvo que concurrieren alguna cualquiera de las circunstancias que establece el artículo 32 de la antes citada ley. Entre tales circunstancias, vienen a cuento las signadas en los literales a) y b) del mentado artículo, vale decir, que la imputación se produjere **con motivo de defender un interés público real** (literal a), o que el afectado ejerciere **“funciones públicas” y la imputación se refiriere a “hechos propios de tal ejercicio”** (literal b).

Para los efectos de este artículo, se considerarán como **“hechos de interés público”** de una persona - continúa el artículo 32 - **“a) Los referentes al desempeño de funciones públicas” y “d) Las actuaciones que con el consentimiento del interesado hubieren sido aceptadas o difundidas por algún medio de comunicación social”;**

#### **X) COLISIÓN ENTRE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL**

**QUINCUAGESIMOTERCERO:** Que no siendo el derecho a la intimidad un derecho absoluto, como se ha reiterado, las intervenciones que puedan dañarlo solo se justificarán si la difusión de las imágenes privadas contribuye al debate público y no se orienta simplemente a satisfacer la curiosidad pública, como sucedió en el litigio constitucional recapitulado en la reflexión anterior.

No obstante, también todas las personas tienen derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, con tal que el ejercicio de este derecho - que no puede estar sujeto a censura previa - no sea abusivo, como lo prescribe el artículo 19.12° constitucional, en su inciso inicial. Para que se configuren responsabilidades ulteriores derivadas de tal abuso, se hace necesario empero que éstas sean **“expresamente fijadas por la ley”** y que se extiendan solo a las medidas necesarias para asegurar el respeto



a los derechos o la reputación de los demás o la protección de ciertos valores, como aquéllos designados en los artículos 13.2.a) y b) de la CADH, citados supra;

**QUINCUAGESIMOCUARTO:** Que en este punto cabe preguntarse: ¿cuál es la fórmula constitucional que permita una mejor interacción normativa de los artículos 19.4° y 19.12° de nuestra Constitución, así como de las prescripciones del derecho internacional de los derechos humanos que vienen a complementar su estándar normativo, sin que la hermenéutica utilizada obligue a prescindir por completo de uno en beneficio del otro, en su confrontación concreta con el precepto legal que se impugna?

La doctrina constitucional, desde **ALEXY**, postula que el mecanismo más apropiado para la resolución de los conflictos entre derechos fundamentales es el llamado test de proporcionalidad, al cual nos referiremos en su momento. En la óptica de la ponderación de derechos, este instrumento metodológico visualiza la búsqueda de equilibrio entre garantías como una colisión más que entre reglas, más bien entre principios, caracterizados como mandatos de optimización que, a diferencia de las reglas, pueden cumplirse en distinto grado y en la medida de lo posible;

**QUINCUAGESIMOQUINTO:** Que en la hipótesis de autos, la restricción al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información está contenida en una regla de carácter legal y dirigida a la consecución de un fin legítimo, cual el resguardo de un derecho que podría colisionar con el derecho a la vida privada de las personas. Ambos derechos cuentan con protección constitucional. Restaría no obstante determinar si la limitación a la libertad de expresión representada por la imposición de una sanción penal posterior, impuesta en los incisos primero y segundo del artículo 161 A) del Código Penal, cumple con los estándares exigibles en una sociedad democrática y particularmente los consultados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19, N°s 2) y 3) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13.2).

Los estándares constitucionales e internacionales al efecto son susceptibles de sistematizarse en tres elementos: a) la restricción



debe estar en la ley; b) su objetivo debe ser legítimo, vale decir, tendiente a garantizar otro derecho en contradicción con la libertad de expresión, y c) las limitaciones deben ser solo las que sean necesarias en una sociedad democrática. Este último imperativo ha sido enfatizado en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, de 2.07.2004, Serie C N° 107, párr. 120);

**QUINCUAGESIMOSEXTO:** Que la limitación al ejercicio de la libertad de información provendría, en la hipótesis constitucional *sub iudice*, de la prescripción legal objetada, cual es la del artículo 161 A de nuestro código punitivo. Se satisface así el primer elemento mencionado, en el sentido que la cortapisa al derecho, para ser legítima, debe tener su fuente en una disposición de rango legal;

**QUINCUAGESIMOSÉPTIMO:** Que su objetivo es garantizar el derecho a la protección de la vida privada o reputación de las personas, que podría estar en contradicción con la tutela dispensada también en la Constitución a la libertad de expresión e información. Esta técnica tampoco merece descalificación en el campo de la interpretación constitucional;

**QUINCUAGESIMOCTAVO:** Que finalmente, la necesidad de hacer prevalecer en una confrontación los valores inherentes a una sociedad democrática, no es posible de ser examinada sino a través de un balance concreto atento a las condiciones del caso de que se trata, como se hará acto seguido;

## XI) EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

**QUINCUAGESIMONOVENO:** Que el instrumento utilizado como el más apto para equilibrar en la mejor forma los derechos en situación de conflicto suele ser el denominado en doctrina **test de proporcionalidad o de prohibición de exceso**, desarrollado dogmáticamente por ALEXY y ampliamente recogido en la jurisprudencia del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, especialmente en el caso *Handyside* (sentencia de 16.12.1976, del **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** (Sentencia *Internationale Handelgesellschaft*, de 17.12.1970, asunto 11/70, Rep. 70., p. 1125) y, ciertamente, de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, particularmente en



*Kimel vs Argentina* (sentencia de 2.05.2008, Serie C N° 177, párr. 36);

**SEXAGÉSIMO:** Que el principio de proporcionalidad, como es sabido, es susceptible de desglosarse en tres elementos o **subprincipios**: a) **de idoneidad** o examen de adecuación; b) **de necesidad** o intervención mínima, y c) de **proporcionalidad en sentido estricto**.

En lo que toca al **primer elemento**, ha dicho la Corte Interamericana que ***“el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo”***. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, “en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional” ..., (*Kimel vs. Argentina, cit., párr.71*), como lo especifica el propio párrafo transcrito, lo que obligará a reexaminar esta variable más adelante. Agreguemos que, como lo ha reafirmado este mismo órgano de justicia constitucional, ***“[C]orresponde al legislador el establecimiento de una pena para un determinado delito. Por tanto, éste tiene discrecionalidad para la fijación de las penas, en la medida que respete los límites que le fija la Constitución. Así, asignar penas para un delito es parte de la política criminal y depende de un juicio de oportunidad o conveniencia que corresponde efectuar al legislador...”*** (Rol 1328, c. 13°, citado en Rol 2022, c. 30°).

A su turno, el componente de **necesidad o intervención mínima** exige que la medida restrictiva sea indispensable para el fin legítimo buscado, vale decir, que no exista otra igualmente eficaz pero menos gravosa para amparar el bien jurídico de la honra personal, en el caso de la especie. También en este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos proporciona una aproximación en la línea de que ***“la protección de la honra y la reputación de toda persona es un fin legítimo, acorde con la Convención”*** (sentencia *Kimel*, en párrafo citado).

Debiendo reconocerse que el Derecho Penal es la herramienta del Estado más invasiva, es ostensible que requiere un mayor cuidado en su configuración, “manteniendo un equilibrio entre la

trascendencia social de la conducta típica y la pena que se asigna al delito” (Rol 2022, c. 30°).

Todo el proceso dialéctico que antecede demuestra que la figura penal analizada no es, al menos *per se*, *inidónea e innecesaria en la perspectiva del sistema interamericano o de nuestros propios precedentes jurisprudenciales*;

**SEXAGESIMOPRIMERO:** Que, por consiguiente, la presunta aporía por resolver debería quedar centrada en la **proporcionalidad estricta de la sanción penal** como una medida equilibrada y justa que es menor al perjuicio que ocasiona la intervención al derecho fundamental.

A este propósito, cabe recordar que la libertad de informar, sin censura previa, no exime de responsabilidad penal al difusor del mensaje, quien en el ejercicio de esta libertad puede incurrir en **“delitos y abusos”**, según lo explicita el inciso primero del artículo 19.12° de la Carta Fundamental. Es el legislador, en consecuencia, el llamado a determinar cuándo estamos en presencia de un tipo penal o de un simple abuso, sancionable civil o administrativamente. Lo que naturalmente no libera al legislador del respeto y protección del derecho a la libertad de opinión, siempre que su ejercicio no dañe o perjudique en su esencia la garantía del mismo rango del derecho a la vida privada y la honra de las personas;

**SEXAGESIMOSEGUNDO:** Que finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto busca determinar “cuál de los intereses en conflicto, de igual jerarquía en abstracto, tiene mayor peso en el caso concreto”, según refiere ALEX Y. Si hay un “claro y presente” interés público amenazado (doctrina del “*clear and present danger*”, acuñada por la Corte Suprema norteamericana), y la garantía constitucional afectada por el legislador puede coexistir con su menoscabo, que no importa un total desconocimiento de aquélla, la intervención será legítima.

En caso de la especie, no se está imponiendo una censura previa al mensaje, lo que sí está frontalmente proscrito. Tampoco se excluye el derecho a informar de lo que ocurre en recintos o lugares de libre acceso al público. O difundir comunicaciones que no tengan carácter privado.

La regla de precedencia aplicable permitirá introducir una cláusula de excepción o exclusión, que no importa una declaración de invalidez absoluta de la norma constitucional excedida, sino la obligación de satisfacer preferentemente uno de los principios concernidos, en el caso concreto, puesto que se trata de una colisión de principios. Al interior de esta confrontación, la opción preferente por la defensa del honor y la vida privada del querellante de autos no deja sin aplicación el derecho fundamental a la libertad de informar, sino que subordina esta libertad para excluirla por la comisión de un eventual delito, como lo autoriza el propio artículo 19.12°, inciso primero, constitucional.

De lo que cabe inferir que este tercer subprincipio del test de proporcionalidad, tampoco ha sido violentado constitucionalmente por el legislador en la especie;

**SEXAGESIMOTERCERO:** Que a similar corolario arriba la Corte IDH. En sentencia recaída en el **Caso Kimel vs. Argentina, “la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención”** (sent. cit., pág. 71). Y ha reafirmado también la Corte Interamericana que, conforme a su **“jurisprudencia constante”**, no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones. De modo que **“[T]anto la vía civil como la vía penal son legítimas, bajo ciertas circunstancias y en la medida que reúnan los requisitos de necesidad y proporcionalidad, como medios para establecer responsabilidades ulteriores ante la expresión de informaciones u opiniones que afecten la honra o la reputación”** (Caso *Fontevicchia D’Amico* con Argentina, supra pág. 49);

**SEXAGESIMOCUARTO:** Que, establecida la legitimidad de la sede penal como forma de sanción de las conductas descrita en el artículo 161 A del Código Penal, se hace necesario ponderar los elementos descriptivos del tipo, cuya concurrencia matiza la aplicación pura de los verbos rectores correspondientes.

Recuérdese desde luego que el comportamiento específico descrito en el inciso segundo del mentado artículo, consiste en **“difundir”** comunicaciones o hechos de los referidos en el inciso

primero que han sido comentados en las consideraciones precedentes. Ello implica que la divulgación de **comunicaciones de carácter privado**, obtenidas por cualquier medio **“sin autorización”** del afectado y en **“lugares que no sean de libre acceso al público”**, no puede efectuarse sin habilitación **“en virtud de ley”** o de **“autorización judicial”**, como lo mandata el inciso final del artículo 161 A. Vale decir, así como el que haya “obtenido” estos instrumentos de carácter privado incurre - por la sola subsunción de su proceder en algunos de los verbos rectores designados en el inciso primero del artículo de marras - en una conducta delictiva, el propagador de esa información que no cuente con autorización legal o judicial para revelar públicamente tales contenidos, no puede eximirse de responsabilidad sin verificar la concurrencia de las circunstancias que permitirían validar el actuar del agente interceptor. En términos que, para eximirse de responsabilidad, deberá adoptar los resguardos necesarios para verificar que los contenidos correspondientes fueron obtenidos en lugares de libre acceso al público o, en su defecto, mediando autorización del afectado.

Como ya se apuntó en considerandos anteriores, ello excluye su responsabilidad objetiva;

**SEXAGESIMOQUINTO:** Que la confrontación de la regla punitiva que interesa con los derechos constitucionales en conflicto o colisión, nos permiten asentar las premisas siguientes:

- a) Que la libertad de informar faculta a los comunicadores en general para divulgar contenidos, con tal que éstos revistan a lo menos cierto interés público. Tratándose de funcionarios públicos o de personas que ejercen funciones de naturaleza pública, “se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se relaciona con la calidad del sujeto, sino en el **carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada”** (Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, 31.08.2004, pár. 103, Serie C-111; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2.07.2004, pár. 128, Serie C-107 y Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, 4.09.2001, pár. 155, Serie C-84, todos de la CIDH);

- b) Que, siendo así, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión **“dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”**, además de restringir **“en menor escala el derecho protegido”**;
- c) Que **“[T]oda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”**, como lo establece el artículo 11.1 de la CADH, citado en el considerando 29°. Según lo ha explicitado la Corte Interamericana, este derecho a la intimidad **“comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público”** (Caso Fernández Ortega y otros vs. México, 30.08.2010, pár.129, Serie C-125). El amparo de esta garantía se extiende a la vida sexual, en cuanto **“la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona”** (Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 24.02.2012, pár. 167, Serie C-239);

**SEXAGESIMOSEXTO:** Que el legislador ha creado distintos tipos penales orientados a tutelar el bien jurídico de la privacidad y honra de las personas, como se pormenorizó en la cavilación séptima. Las penas corporales para estas conductas oscilan entre presidio o reclusión en su grado menor mínimo a presidio menor en su grado máximo, con o sin multa asociada. Contexto que no viene sino a confirmar la legitimidad de la opción punitiva elegida por el legislador en el caso del artículo 161 A del Código Penal, en orden a la determinación de la pena dentro de un rango ampliamente razonable;

**SEXAGESIMOSÉPTIMO:** Que, en efecto, el legislador penal en el artículo 161 A del cuerpo punitivo fijó una sanción de **“reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 unidades tributarias mensuales”** al contraventor que incurriere en el tipo descrito en la norma. Se trata de una **pena temporal** menor de **simple delito**, de acuerdo a la escala general de penas de los artículos 21 y 25 de su texto, que conlleva adicionalmente una de multa, acorde a lo dispuesto en el referido artículo 21. En la escala de penas, ésta se sitúa en el octavo lugar de la escala N°



1, que comprende once grados. Por recaer en una pena divisible, que consta de tres grados, se puede extender de 61 días a cinco años de duración, conforme al cuadro de extensión de penas temporales del artículo 56 del código concernido.

Cualquiera sea la pena que se determine - salvo que concurran dos o más agravantes y ninguna atenuante (artículo 68, inciso cuarto, del mentado código) - el condenado podrá acceder a una pena sustitutiva de las referidas en el artículo 1° de la Ley N° 18.216, en reemplazo de la privativa de libertad que se le pueda imponer.

En una primera aproximación y situando el tema exclusivamente en el ámbito penal, no podría afirmarse que la sanción consultada por el legislador para el delito que nos avoca, sea desproporcionada;

**SEXAGESIMOCTAVO:** Que fuera de duda está que si el Constituyente faculta al legislador para determinar y castigar los ilícitos penales, dentro de los límites del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, lo autoriza también para construir la figura penal, con la misma libertad que puede usar para elaborar una forma de responsabilidad civil, complementaria de la contractual o extracontractual.

En este entorno, la opción asumida por el legislador, en el ámbito de competencia formal que le reconoce el artículo 63.2) de la Ley Fundamental, no ha sido ejercida tampoco con infracción del principio de razonabilidad, lo que convalida la aproximación formulada en la reflexión precedente;

**SEXAGESIMONOVENO:** Que, así, el razonamiento precedente conducirá indefectiblemente al rechazo del requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas uno.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,



### **SE RESUELVE:**

- I. **QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL, DE FOJAS 1.**
- II. **QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**
- III. **QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

### **DISIDENCIA**

**Acordado el rechazo con el voto en contra del Ministro señor Iván Aróstica Maldonado (Presidente), quien estuvo por acoger** este requerimiento recaído en el inciso segundo del artículo 161-A del Código Penal, atendidas las consideraciones siguientes:

#### **CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD**

**1º)** Que el presente requerimiento debió acogerse, porque extender la aplicación del Código Penal al ejercicio del periodismo, aún ilícito, implica vulnerar la garantía normativa con que el artículo 19, N° 12, de la Constitución asegura la libertad de información, consistente en que los delitos que se cometan en el quehacer profesional de esta libertad sólo pueden sancionarse en conformidad a la ley, “la que deberá ser de quórum calificado”. Ésta es la Ley N° 19.733, de 2001, sobre “Libertades de Opinión e Información y ejercicio del Periodismo”, y no el Código Penal.

El *quid* del asunto radica pues en que no puede utilizarse el Código Penal para sancionar un acto esencialmente periodístico, porque ello significa desconocer el citado artículo 19, N° 12, constitucional, y la Ley N° 19.733. Constituyendo así un error de refutación (*ignoratio elenchi*) declarar que el artículo 161-A del



Código Penal es conforme con el artículo 19, N° 3, inciso noveno, constitucional, a guisa de que la tipicidad de dicho precepto legal satisface los requisitos de certeza y previsibilidad. Porque demostrado esto, no se refuta lo otro: que el Código Penal se encuentra desplazado en su aplicación por imperativo de la Constitución, en pro de una especial ley de quórum calificado que regula específicamente la responsabilidad penal resultante de la difusión de informaciones por parte de un medio de comunicación social.

En otras palabras, la supuesta claridad en el objeto o contenido normativo del artículo 161-A, deja insoluble la cuestión medular objetada en el presente caso, cual es la vaguedad de que este precepto adolece respecto a los destinatarios del mismo; al punto de poder alcanzar el desarrollo de un quehacer periodístico que se encuentra al amparo de unas muy distintas reglas especiales sobre responsabilidad penal;

### **DISTINCIONES ELEMENTALES**

**2°)** Que, como asunción inicial, podría convenirse que en la especie se encuentra lesionado el derecho a la vida privada o intimidad, en los términos latamente expuestos por el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 1894, de 12 de julio de 2011 (considerandos 20° a 23°).

Podría igualmente admitirse -en principio- que el inciso primero del artículo 161-A del Código Penal sería aplicable a quienes captaron y fotografiaron comunicaciones de carácter privado de un parlamentario en el hemiciclo de la Cámara de Diputados. El respeto y protección de la vida privada, bien jurídico tutelado por ese precepto penal, es un derecho constitucional que favorece a cualquier persona, funcionario o autoridad.

Pero, llegados a este punto, asoma recién la verdadera cuestión de fondo atingente a esta sede constitucional: si la aplicación del inciso primero arrastra automáticamente al inciso segundo del mismo artículo 161-A, haciendo aplicable el Código Penal para sancionar al director de un medio de comunicación social;

**3°)** Que, por una parte, el inciso segundo del artículo 161-A del Código Penal sanciona a quien “difunda” las imágenes de



conversaciones de carácter privado, fotografiadas en recintos particulares o lugares de acceso restringido al público, sin autorización del afectado.

Por otro lado, el artículo 29 de la Ley N° 19.733, que regula específicamente el ejercicio del periodismo, sanciona las injurias graves hechas por escrito y con publicidad, cuando por su intermedio se imputa un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado (remitiéndose en este punto expresamente al Código Penal, artículo 418, inciso primero);

**4°)** Que, de esta manera precisado el problema constitucional traído acá, cabe puntualizar que ni aun a pretexto de que son los jueces del fondo a quienes toca seleccionar la ley del caso (en razón de especialidad), y no al Tribunal Constitucional, esto no logra ocultar que la aplicación del inciso segundo del artículo 161-A del Código Penal a quienes se encuentran amparados por el estatuto profesional de la Ley N° 19.733, vulnera de suyo la igualdad ante la ley y la libertad de información, asegurados en el artículo 19, N°s. 2 y 12, de la Constitución.

El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es plenamente procedente cuando -como aquí acontece- dada una cierta interpretación de la ley en sede judicial (que el Tribunal Constitucional no puede objetar), su consiguiente aplicación va a producir o puede producir un resultado inconstitucional. Esto último es lo propio de esta Magistratura (STC roles N°s. 810, 1038, 1065, 2198, 2292, 2896, etc.), y así debió entenderse también en esta oportunidad;

### **LIBERTAD DE INFORMACIÓN**

**5°)** Que el artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas: “N° 12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado” (inciso primero).

Como se sabe, la disposición constitucional recién transcrita recoge una larga experiencia nacional, en cuanto a que el



ejercicio de la libertad de prensa ha merecido siempre un tratamiento normativo especial. Concretamente, en lo relativo a los abusos contra las personas que se cometan en el desempeño de esta libertad, así como a los delitos de injuria o calumnias a que él puede dar lugar.

Es lo que aconteció a partir del decreto que aprobó las “Disposiciones relativas a la libertad de la prensa”, por parte de la Junta de Gobierno con acuerdo del Senado el año 1813 (Disposición IV); pasando por la Ley sobre abusos de la libertad de Imprenta de 1828 (artículo 15); siguiendo con la Ley homónima de 1846 (artículos 7° y 8°); hasta llegar a la Ley de 1872 (artículo 3°, N°s. 2 y 3), por recordar los textos del siglo XIX que se ocuparon específicamente de este derecho (Patricio Ibarra Cifuentes, *Liberalismo y prensa*, artículo publicado en Valparaíso por la Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXXVI, 2014, pp. 293-313);

**6°)** Que la Carta de 1925, luego de las modificaciones incorporadas por el Estatuto de Garantías Constitucionales de 1971, LRC N° 17.398, en su artículo 10, N° 3, el inciso primero aseguraba “La libertad de emitir, sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa, la radio, la televisión o en cualquiera otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad, en la forma y casos determinados por la ley”. Y en el inciso séptimo señalaba que “Queda garantizada la circulación, remisión y transmisión, por cualquier medio, de escritos, impresos y noticias, que no se opongan a la moral y a las buenas costumbres. Sólo en virtud de una ley, dictada en los casos previstos en el artículo 44, N° 12, podrá restringirse el ejercicio de esta libertad”.

A su turno, este artículo 44, N° 12 (13 en el texto original) disponía que sólo en virtud de una ley se puede “Restringir la libertad personal y la de imprenta”, entre otras medidas de excepción, “cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior, y sólo por períodos que no podrán exceder de seis meses”.

Atendida entonces la extraordinaria relevancia que el ejercicio de esta libertad supone para la consolidación del Estado de Derecho y el desarrollo de la Democracia, es que los textos jurídicos citados traslucen el propósito inequívoco del Constituyente, en orden a brindarle la garantía normativa especial, de que únicamente merced a una ley propia e innata puede castigarse su abuso o restringirse su legítimo uso;

**7°)** Que, durante todo el siglo XX, así también lo entendió ininterrumpidamente el Legislador: el DL N° 425, sobre Abusos de la Publicidad, de 1925, reformado el año 1964 por la Ley N° 15.476, de entrada se encarga de acotar que “El abuso de este derecho sólo puede castigarse en los casos y formas señalados en la presente ley” (artículo 1°, inciso segundo), descartando toda aplicación paralela del Código Penal. Por lo mismo que aborda en su propio articulado todo lo concerniente a los delitos de injuria o calumnia (artículo 19) además del delito de difamación (artículo 21), tanto como regula el tribunal y el proceso especialísimo a través de los cuales estos ilícitos pueden hacerse efectivos.

La Ley N° 16.643, que en 1967 fijó el texto definitivo de la Ley sobre Abusos de Publicidad, no varió esta situación, al reglar ella misma y detalladamente los delitos de calumnia e injuria cometidos por cualquier medio de difusión periodístico (artículos 21 y 22), al paso de hacer desaparecer el delito de difamación;

**8°)** Que, la Constitución de 1980, para la represión de estos delitos no se remite al ordenamiento penal común, sino que a una específica “ley de quórum calificado”.

Tal como anotara el catedrático don Enrique Evans de la Cuadra, “Por ello, quienes al opinar, informar, comunicar, difundir ideas, noticias, imágenes, en cualquier forma, por cualquier medio, deben afrontar las consecuencias penales y civiles **que una ley especial establezca**” (*Los Derechos Constitucionales II*, Editorial Jurídica de Chile 2004, pág. 20).

Los anales del establecimiento de la Ley N° 19.733, de 2001, sobre “Libertades de Opinión e Información y ejercicio del Periodismo” (Boletín N° 1035-07), demuestran precisamente que se aprobó con rango de ley de quórum calificado el precitado artículo 29, que al indicar “los delitos cometidos a través de un



medio de comunicación social” (Párrafo 3°), solo menciona “los delitos de calumnia e injuria” (artículo 29);

**9°)** Que la protección especial que la Constitución actual otorga a las libertades de opinión e información, queda además de manifiesto al observar que tales derechos no pueden ser afectados durante los Estados de Excepción constitucional (artículo 43), ni pueden ser objeto de limitaciones por no encontrarse “en los casos en que ella lo autoriza” a estos efectos (artículo 19, N° 26).

Si desde el mundo romano clásico y medieval se admite que la *ratio utilitas publica* puede justificar una afectación parcial y temporal de los derechos fundamentales, en todo caso ha menester un *casus necessitatis*, es decir, una circunstancia de excepción que valide la suspensión; *mutatis mutanda*, lo que el derecho constitucional moderno conoce como un estado de excepción constitucional y donde no cabe incluir la libertad de información (Manuel García Pelayo, *Obras Completas II*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2009, pág. 1184).

De allí que el test de “ponderación” propuesto por Robert Alexy, de suyo riesgoso para la supremacía efectiva de la Constitución chilena, desde que ésta obliga a aplicar con brío parejo el bien común general y los derechos fundamentales, sin pretericiones, en este caso aparece un ejercicio de balanceo tanto más impertinente y extraño, cuando se observa que ha sido el mismo Constituyente quien se ha negado a hacer primar un eventual interés general por sobre la libertad de prensa, en los dos únicos preceptos donde podía formular una jerarquización de esta índole;

### **ESTATUTO DEL PERIODISMO**

**10°)** Que, dentro del contexto antes reseñado, la Constitución y la ley de quórum calificado relativa al periodismo conforman pues un genuino estatuto jurídico para la profesión, de manera que sustraer a uno de sus miembros de dicho régimen integral, para aplicarle la ley común o general, en una materia cubierta por dicho régimen personal, importa cometer una discriminación arbitraria en su contra.

Siendo de tener presente, además, que el ejercicio de la libertad de información por el periodismo, se encuentra estrechamente emparentado con la inviolabilidad de los senadores y diputados por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos. Por eso el citado DL 425 de 1925, al reglar los abusos de publicidad, señaló que “Los senadores y diputados son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos; pero serán responsables de las injurias o calumnias que profirieren en el seno del Parlamento” (artículo 31). Igualmente la Ley N° 16.643, luego de tratar los delitos de injuria o calumnia que pueden imputarse a los medios de comunicación social, dispuso que “Los Senadores y Diputados son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos” (artículo 28);

**11°)** Que un estatuto personal, a diferencia de un código simplemente protector en el plano laboral, presupone la normación completa -en toda su extensión, altura y profundidad- de los derechos o privilegios que se reconocen a un determinado estamento profesional, clausurando la posibilidad de que otra ley pueda entrar a complementar sus disposiciones.

Lo anterior, a menos que el estatuto se remita expresamente a otra ley para regir en forma supletoria, cuyo no es el caso del artículo 161-A del Código Penal, que no aparece convocado por la citada Ley N° 19.733.

El hecho que la Constitución haya derivado el tema de la responsabilidad periodística por los delitos y abusos que se cometan en ejercicio de dicha actividad a una ley de quórum calificado (artículo 19, N° 12), Ley N° 19.733 que -a su vez- en el Título IV, Párrafo 3° “De los delitos cometidos a través de un medio de comunicación social”, contempla los ilícitos que allí enumera taxativamente (artículos 29 y ss.), significa que el legislador agotó la materia en este régimen jurídico específico y que, por ello, resulta improcedente integrarlo con la normativa penal común, a que este texto no se remite;

**12°)** Que, a mayor abundamiento, valga recordar que fue bajo la vigencia de la Ley N° 16.643 antes citada (considerando 7° párrafo segundo de esta disidencia), que el año 1995 se dictó la Ley N° 19.423, que vino a crear el referido delito del artículo 161-



A en el Código Penal, y que hoy pretende indebidamente hacerse extensivo al ejercicio del periodismo.

Correspondiendo resaltar que dicha Ley sobre Abusos de Publicidad reiteró el principio general consolidado en nuestra historia constitucional, de que “El abuso de este derecho **sólo** puede castigarse en los casos y formas señalados **en la presente ley**” (artículo 1º, inciso tercero). Es obvio, entonces, que al dictarse la Ley N° 19.423 -creadora del artículo 161-A en el Código Penal- el Legislador no quiso sancionar con ello eventuales abusos perpetrados en el desempeño de la profesión periodística, a sabiendas que en la materia no puede regir ninguna preceptiva criminal paralela;

### **ACOTACIONES FINALES**

**13º)** Que, en otro orden de ideas, cumple con hacer presente que no es congruente aducir que la pena que se impondría en este caso a los responsables de un medio de comunicación, a raíz de la difusión de un hecho íntimo, resultaría proporcionada por consistir solo en reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 unidades tributarias mensuales, según reza el artículo 161-A del Código Penal.

Sin parar mientes que la misma Ley N° 19.628 sobre Protección de datos personales, con que se pretende abonar el rechazo de este requerimiento, al paso de apuntar que son datos sensibles, entre otros, los relativos a la vida sexual (artículo 2º letra g), previene que su recolección, grabación, comunicación o transmisión indebidas, únicamente dan origen a aquella acción indemnizatoria que contempla este cuerpo legal (artículo 23);

**14º)** Que, finalmente, incumbe despejar una confusión; a saber que la libertad de expresión u opinión tiene por objeto la transmisión de pensamientos, opiniones e ideas, cuyo límite se encuentra en la honra de las personas, en tanto que la libertad de información versa exclusivamente sobre datos u hechos noticiosos, cuyo límite se encuentra en la vida privada de las personas, según su particular estado de exposición pública (ver Sentencias del Tribunal Constitucional español N° 6/1988, fundamento jurídico 5º, y N° 47/2002, fj. 3º).



Dado que en la especie aparece en liza la libertad de información, entendida como la facultad para difundir hechos noticiables, solo en este entendido la sentencia con la que disintimos ha podido esgrimir la Ley N° 19.733, cuando en su artículo 30, inciso final, prescribe que “Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito”.

Ello, naturalmente, si se acepta la consecuencia que de lo anterior dimana: que tal prevención legal únicamente concierne a la “injuria” de que trata dicho artículo 30, lo que, por ende, en nada puede servir para justificar la aplicación del delito previsto y sancionado en el artículo 161-A del Código Penal;

### **CONCLUSIÓN**

**15°)** Que la aplicación del artículo 161-A del Código Penal, al director de un medio de comunicación social por un acto realizado en el ejercicio de su cargo, implica privarlo de la garantía normativa consagrada en el artículo 19, N° 12, de la Carta Fundamental. En cuya virtud la responsabilidad penal en que pudieren incurrir quienes se desenvuelven en dicha actividad, se rige única, exclusiva y excluyentemente por aquella ley especial a que esa norma constitucional se remite, esto es, por la Ley N° 19.733 sobre “Libertades de Opinión e Información y ejercicio del Periodismo”, al regular los únicos casos y formas en que ellos han de responder por los delitos y abusos ahí taxativamente enumerados.

Pretender atribuir al requirente un delito común a imponer a través de un proceso criminal ordinario, importa asimismo apartarlo del estatuto jurídico que le es propio a este respecto, configurándose así una igualación arbitraria que riñe con la garantía a la diferencia legítima asegurada en el artículo 19, N° 2, de la Constitución.

Sin perjuicio, todo lo anterior, de resaltar el peligro que envuelve tolerar un precedente como este, constitutivo de un atentado contra el estatuto constitucional del periodismo en general.



Redactó la sentencia el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza y la disidencia, el Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 3329-17-INA.**

Sr. Aróstica

Sr. García

Sr. Hernández

Sr. Romero

Sra. Brahm

Sr. Letelier

Sr. Vásquez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino,



Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres y el Ministro señor Carlos Carmona Santander concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por haber cesado en el ejercicio de sus cargos. A su turno, el Ministro señor Nelson Pozo Silva también concurre al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse con permiso.

Autoriza la Secretaria (s) del Tribunal Constitucional, señora Mónica Sánchez Abarca.