

## EL HONOR ANTE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. ELEMENTOS PARA UN DEBATE EN TORNO AL CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

*Julio Alvear Téllez*

Profesor de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Chile

*“Los vicios de los hombres quedan grabados  
en bronce; sus virtudes se escriben en el agua”*

(Shakespeare, “*Enrique VIII*”)

El denominado “conflicto” de derechos fundamentales es un tópico cada vez más frecuente en la jurisdicción constitucional chilena. En ocasiones, algunas de sus sentencias han provocado acaloradas discusiones. No han traspasado, sin embargo, el ámbito de la divulgación pública y masiva de sus expresiones, permaneciendo en la penumbra los aspectos de fundamentación y la consecuente precisión conceptual en la formulación de los bienes jurídicos en juego.

Un verdadero paradigma de esta situación se deja ver en los ataques que, tanto por la prensa como a través de recursos internacionales, ha sufrido la Corte Suprema en ciertas decisiones de amparo del derecho al honor. A muchos les ha parecido que aquel tribunal ha procedido de manera arbitraria al impedir el ejercicio de ciertos actos manifestativos de la libertad de expresión, por considerarlos lesivos a la integridad de otros derechos fundamentales. Vistas las cosas de un modo superficial, la posición de la Corte cobra tal apariencia. Es entendible, por ello, que en los dos casos en que el máximo tribunal ha resuelto proteger la honra de determinadas personas, diseñando —con niveles de argumentación diversos— un ámbito de ejercicio de las libertades públicas en las que se inserta una denostada “*censura*”, los afectados por la medida hayan apelado a los instrumentos de protección de las libertades públicas. La Constitución de 1980, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los principios democráticos han aparecido confusamente en una disputa, que bien podría solucionarse a partir de una noción más clara de los derechos fundamentales en general, de la honra y la libertad de expresión en particular, y, finalmente, de la dimensión “conflictual” de los derechos.

En este artículo nos propondremos trazar las líneas generales de esta solución, acentuando la importancia del honor en cuanto bien jurídico de relevancia constitucional, especialmente en lo que se refiere a su fundamentación. Para una mejor comprensión del tema, expondremos la jurisprudencia constitucional que a este respecto se ha trazado en los últimos quince años, así como los sustantivos aportes de la doctrina constitucional comparada.

## I. ANTECEDENTES DOCTRINALES DEL DERECHO AL HONOR

El desarrollo de los medios masivos de información y de las técnicas de publicidad provocó, a partir de la Segunda Guerra Mundial, un aumento vertiginoso en las posibilidades materiales de dañar el conjunto de bienes que se protegen bajo los términos de “honor” y “vida privada”. Lo que antiguamente estaba disperso como “inviolabilidad de correspondencia” o “injuria”, cobra un significado unitario frente a nuevos tipos de amenaza y conculcación, repercutiendo positivamente en las legislaciones de los Estados contemporáneos.

La protección formal del derecho al honor —como el de la vida— es, por ello, un fenómeno reciente. Su reconocimiento internacional puede ser fijado en 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la 183ª Asamblea General de las Naciones Unidas, en donde se establece que “*nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques a su honor y a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*” (Art.12)<sup>1</sup>. A partir de esta recepción internacional, comienza el proceso de constitucionalización del derecho al honor en la mayoría de los países europeos, así como su expansión legislativa<sup>2</sup>.

Sin embargo, aún hoy día el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del honor parece estar retrasado y peregrina a tientas de su impulso normativo. Las necesidades sociales van exigiendo respuestas jurídicas sobre el tema, frente a una consistencia teórica aún no solidificada. Pese a la gran importancia que se está concediendo en Europa a la protección del honor, la fundamentación de su valor jurídico, la precisión de su naturaleza y la sistematización de sus diversos perfiles técnicos aún están en vías de desarrollo.

1.1) *Concepto de honor*

La doctrina comparada ha configurado el honor jurídico de tres maneras distintas, las que han sido descritas como concepciones objetivas, subjetivas y normativas<sup>3</sup>.

La concepción objetiva consiste en la reputación o valoración social de las diversas cualidades morales atribuidas a la persona. Técnicamente se distingue el “honor” de la “fama”, pues mientras el primero “*está referido directamente al trato dado o recibido por los demás (“honorem habere”, “honorem tribuere”)*”, la segunda es “*el rumor, voz pública, renombre que está relacionado con el eco que la persona produce en la opinión pública*”<sup>4</sup>.

La concepción subjetiva, por el contrario, sólo toma en cuenta la propia consideración que el sujeto se tiene. El honor, en esta perspectiva, “*es la valora-*

<sup>1</sup> Normas similares contienen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos. si bien que esta última parece darle al honor un sentido proteccional más restringido, de acuerdo a como ha sido interpretado su Art. 13 N° 2.

<sup>2</sup> Vid. LÓPEZ DÍAZ, E., *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 44.

<sup>3</sup> Seguimos en esta clasificación a LÓPEZ DÍAZ, E., *op. cit.*, p. 50 ss.

<sup>4</sup> DE CASTRO, F.: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1970, p. 18. Citado por López Díaz, E., *op. cit.*, p. 50.

*ción que la persona hace de sí misma, de lo que se exige y está dispuesto que le exijan". Su esencia se sitúa "en lo que la persona piensa de sí misma (...) al margen de las reverencias, agasajos o trato que le den o hayan de dar"*<sup>5</sup>.

En principio, se estima que ambas concepciones deber ser armonizadas. Ninguna de las dos por separado comprende en toda su extensión la totalidad de los elementos del bien jurídico que se pretende proteger. Como afirma López Díaz, "no es posible una concepción estrictamente objetiva del honor", porque "ello llevaría a negar la protección jurídica cuando el sujeto carece de reputación social, por no haber estimación pública de los valores del individuo o habiéndola cuando el ataque se hace en privado". Y tampoco tiene mucho sentido un honor estrictamente subjetivo, pues "de nada serviría una persona con una gran autoestima si no es considerada y respetada por los demás"<sup>6</sup>.

En verdad, como ha señalado la jurisprudencia española<sup>7</sup>, no estamos más que frente a dos aspectos íntimamente ligados de un mismo derecho: la "inmanencia" o "mismidad", representado por la estimación que cada persona hace de sí misma (aspecto subjetivo) y la "trascendencia" o "exterioridad", representado por la estimación que los demás hacen de nuestra dignidad (aspecto objetivo).

Desde un punto de vista técnico-jurídico, el problema se produce cuando ambas facetas no coinciden. De ahí que se haya llegado a una tercera conceptualización del honor<sup>8</sup>, a fin de integrar los aspectos subjetivo y objetivo en una instancia previa que no los disgregue, sino que, por el contrario, permita su convergencia llena de sentido. El honor tendría, para esta concepción, un núcleo que se expresa subjetiva u objetivamente, pero que no puede ser reducido a ninguna de estas manifestaciones por radicar este derecho en la misma dimensión antropológica de la persona. Este parece ser, por lo demás, el camino seguido por las declaraciones internacionales de los derechos humanos, en la medida que vinculan el honor a la dignidad del hombre.

Se puede decir, en consecuencia, que el honor es un derecho fundamental, vinculado a la propia personalidad del individuo, y derivado de su dignidad<sup>9</sup>. Se reconoce, pues, en el principio de dignidad el fundamento inmediato de este derecho, así como de todos los derechos que conforman los llamados "bienes de la personalidad"<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> ROHEL, VIDE, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1985, p. 157.

<sup>6</sup> LÓPEZ DÍAZ, E., *op. cit.*, p. 51.

<sup>7</sup> *Id.*, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 23 de marzo de 1987, 18 de mayo de 1994, 23 de marzo de 1993, 31 de julio de 1992.

<sup>8</sup> LÓPEZ DÍAZ, E., la denomina concepción "normativa" del honor, no sin cierta confusión, que no es del caso analizar acá, *op. cit.* pp. 53 y 54.

<sup>9</sup> En nuestro ámbito cultural, la doctrina española es la que más ha desarrollado el tema. *Vid. CARRILLO, M.: Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, PPV, Barcelona, 1987, pp. 34 y 55; SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Sistema Político de la Constitución Española*, Ed. Nacional, Madrid, 1981, p. 106.; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El Sistema Constitucional Español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pp. 217ss.

<sup>10</sup> En este plano hay que hacer una distinción en relación a la doctrina anglosajona. En los países latinos, así como en Alemania, predomina el principio de dignidad como fundamento de este tipo de derechos; en los países anglosajones, en cambio, se prefiere vincularlos al principio de libertad. *Vid. FROSINI, V.: El diritto alla riservatezza como diritto di libertà*, Milano, 1985; HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Ed. Codex, Madrid, 1990, 1ª edición, p. 34; PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 231.; LÓPEZ DÍAZ, E., *Op. cit.*, p. 28.

### 1.2) Caracterización del honor

A partir de la protección específica que el honor recibe en la legislación de diversos países europeos como consecuencia de su proyección constitucional, la doctrina ha ido señalando los distintos caracteres de este derecho, alguno de los cuales se señalan a continuación:

- i) Es *innato*, la persona lo posee por el solo hecho de ser tal. Aun cuando el honor pueda variar en intensidad a partir del mayor o menor acervo de valores morales con que un individuo va construyendo su vida, el sujeto más degradado y envilecido *conserva un ámbito, a un modo de oasis, de dignidad que no es lícito profanar, ofender y lesionar*<sup>11</sup>.
- ii) Es *indisponible*, pues no puede ser objeto de tráfico jurídico, aun cuando se acepten ciertos contratos comerciales sobre algunas de sus manifestaciones.
- iii) Es *irrenunciable*, al menos en la medida en que no se puede abdicar a las acciones de amparo de este derecho.

Asimismo, se ha construido la noción de "*intromisión ilegítima*" para perfilar con relativa aproximación la categoría de actos que han de considerarse violatorios del derecho al honor. Un ejemplo claro de ello se encuentra en la noción amplísima de intromisión ilegítima aprobada por la legislación española. La ley de protección del honor<sup>12</sup> dispone en su artículo 7.7 lo que debe entenderse por tal: "*imputación de hechos o manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*"<sup>13</sup>.

La disposición citada protege por la vía civil los aspectos tanto subjetivos como objetivos del honor, incluyendo las figuras de difamación y de desmerecimiento en la consideración ajena. La norma también tiende a resaltar la importancia de los "modos" en que se puede atentar contra el honor. No basta, en este contexto, como generalmente se cree, alegar genéricamente una mera intencionalidad de no injuriar al otro para deshacer la ilicitud de la intromisión: puede darse una información veraz, divulgarse una obra artística o manifestarse una idea, pero no se puede añadir o emplear algún tipo de expresión que formalmente atente contra los valores manifestativos de la dignidad personal<sup>14</sup>.

A este respecto, en el ámbito penal comparado se ha descartado el carácter excluyente de la intención específica de injuriar para configurar el delito contra el honor. La doctrina del Tribunal Supremo español, por ejemplo, es que el *animus iniuriandi* se presume *iuris tantum* en todos aquellos casos en que la injuria sea clara en la formalidad de sus expresiones; además dicho *animus* es compatible con otras intenciones, más o menos lícitas, como el *animus narrandi, informandi, criticandi, defendendi*, etc<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Así lo dice gráficamente una sentencia del Tribunal Constitucional español; vid. STC 7 de diciembre de 1984.

<sup>12</sup> Ley orgánica 1/1982 del 5 de mayo sobre "protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

<sup>13</sup> Art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/82 ya citada, modificado por Art. 4 de la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre.

<sup>14</sup> LÓPEZ GUERRA, J.L., "La libertad de información y el derecho al honor", Poder Judicial Nº VI, marzo, 1989, p. 29; LÓPEZ DÍAZ, E., *op. cit.*, p. 97.

<sup>15</sup> Vid. LÓPEZ DÍAZ, E., *op. cit.*, p. 102.

El Código Penal alemán (STGB), por su parte, tipifica en el párrafo 186 la difamación (*üble nachrede*): *Quien en relación a otra persona afirmare o difundiere un hecho idóneo para desprestigiarla, desacreditarla o desagradarla ante la opinión pública será, si el hecho no se probase como cierto, castigado. Ello busca "no solamente impedir que el autor manifieste mediante la afirmación o difusión de afirmaciones de hechos injuriosos su propio menosprecio de la víctima. sino también, al mismo tiempo, combatir que el autor, de este modo, ponga a disposición de terceros las bases materiales para el menosprecio de la víctima y, de este modo, ponga en peligro de manera especialmente intensiva la posibilidad de este de vivir una vida acorde con su prestigio"*<sup>16</sup>.

### 1.3) Modelos de protección civil al honor

En el derecho comparado, la vía civil se ha mostrado particularmente eficaz para amparar el honor<sup>17</sup>, sobre todo en los países en que los horizontes de la responsabilidad han variado, construyéndose un derecho de daños centrado en la prevención, y en donde sólo en un segundo momento aparece la *reparación*, y en un sentido bastante más amplio que la simple compensación pecuniaria<sup>18</sup>.

Cuando una copa de cristal se rompe en mil pedazos, poco o nada se puede hacer para volver a restaurarla. En tal sentido, lo que se busca con el moderno derecho de daños es hacer cesar de un modo total y efectivo la intromisión ilegítima al honor, y en lo posible, impedir la concreción de las amenazas.

En algunas legislaciones europeas se han otorgado extensas facultades judiciales para decretar medidas de protección en armonía con la naturaleza de este bien jurídico, cuyo quiebre, como el de una copa de cristal, muchas veces se vuelve irreparable.

La legislación española constituye un ejemplo ilustrativo.

La Constitución de 1978, siguiendo a la Constitución portuguesa de 1976, dispone que *se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (art. 18.1), que *la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor (...)* (Art. 18.4), y que *los derechos del art. 20* (libertad de expresión y de información) *tienen su límite en el derecho al honor y a la intimidad* (Art. 20.4). En 1982 se dicta, como sabemos, una ley específica de protección al honor, que entrega a los tribunales de justicia facultades de gran alcance para proteger este derecho. Es así como el art. 9.2 de la ley en comento dispone que *"la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima así como al reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados"*.

<sup>16</sup> RUDOLPHI, H.J., "Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch", 1989, 4ª ed., Alfred Metzner, Frankfurt, Pargr. 186/1.

<sup>17</sup> Esto ha ocasionado un incremento enorme en la defensa al honor en sede civil y constitucional. Vid. ESTRADA ALONSO, E.: *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82*, Civitas, Madrid, 1989, p. 19.

<sup>18</sup> LÓPEZ JACOISTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, A.D.C., XII. 86, p. 1098.

La doctrina y la jurisprudencia del país hispano han interpretado este artículo en el sentido más amplio posible, lo que coincide con la intención del legislador. De este modo, se ha entendido que las medidas de protección pueden decretarse de la siguiente forma<sup>19</sup>:

- i) como medidas cautelares que hagan cesar en forma inmediata la lesión al honor, v.gr. el secuestro de publicaciones y grabaciones; la retención, cierre o embargo de medios de comunicación; requerimiento de no emitir más el programa en cuestión, etc.<sup>20</sup>.
- ii) como medidas *represivas*, con el objeto de restablecer de un modo eficaz el pleno ejercicio de los derechos del afectado, como por ejemplo, el derecho de rectificación y de réplica, difusión de la sentencia, o la condena a indemnizar perjuicios.

Los derechos de rectificación y de réplica<sup>21</sup> han sido bastante utilizados en el país ibérico, por la rapidez con que los tribunales suelen concederlo<sup>22</sup>. El medio de comunicación social tiene legalmente un plazo de tres días para publicar la rectificación.

La publicación de la sentencia a costa del ofensor<sup>23</sup> en medios de difusión pública (revistas, periódicos, radios, incluso T.V.) también ha sido una medida muy frecuente, sobre todo para reparar el daño moral<sup>24</sup>. Es una de las más gravosas en términos económicos, por la amplitud con que en ocasiones se ha decretada<sup>25</sup>.

Las condenas por indemnización de perjuicios<sup>26</sup> han tenido asimismo un crecimiento bastante importante<sup>27</sup>. Entre otros factores, esto se debe a que los tribunales españoles, de acuerdo con la ley, han presumido el daño en donde se produce la intromisión ilegítima al honor, a la que, por su parte, no se le exigen normalmente elementos dolosos de culpabilidad, acercándose en ocasiones a un sistema de responsabilidad objetiva<sup>28</sup>. Asimismo, a fin de determinar la cuantía del daño, se toma en cuenta no sólo lo que el lesionado ha perdido económicamente o ha dejado de ganar, sino también los beneficios que la lesión le ha traído al ofensor, y los daños morales, tanto los propios como los indirectos<sup>29</sup>. Esta he-

<sup>19</sup> VIDAL MARTÍNEZ, J. *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica del 5 de mayo de 1982*, Ed. Montecorvo, 1984, p. 144.

<sup>20</sup> Estas medidas han sido ejemplificadas sobre todo por la doctrina, *vid.* O'CALLAGHAM, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Edersa, Madrid, 1991, p.194; HERRERO TEJEDOR F., *Op. cit.*, 2ª edición, 1994, pp. 298 y 300. Su utilización representa, sin embargo, un gran obstáculo en la práctica por el monto de la fianza que es necesario depositar para hacerlas efectivas; *cfr.*, respecto del secuestro de publicaciones, LÓPEZ DÍAZ E., *op. cit.*, p. 33.

<sup>21</sup> El art. 9.2 de la Ley 1/82, ya citada, regula el derecho a réplica, mientras que para el derecho de rectificación se ha dictado una norma especial: la Ley Orgánica 2/1984 del 26 de mayo.

<sup>22</sup> *Cfr.* LÓPEZ DÍAZ, *op. cit.*, p. 34.

<sup>23</sup> Art. 9.2 de la Ley 1/82 *cit.*

<sup>24</sup> *Cfr.* LÓPEZ DÍAZ E., *op. cit.*, p. 35.

<sup>25</sup> *Cfr.* ESTRADA ALONSO, E.: *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82*, *op. cit.*, p. 188.

<sup>26</sup> Art. 9.2 de la Ley 1/82 *cit.*

<sup>27</sup> *Cfr.* ESTRADA ALONSO, E.: *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82*, Madrid, Civitas, 1989, p. 19.

<sup>28</sup> *Cfr.* LÓPEZ DÍAZ E., *op. cit.*, p. 117.

<sup>29</sup> Art. 9.3 de la Ley 1/82 *cit.*

rramienta no ha estado exenta de abusos, por lo que se ha llegado a hablar de "rentabilidad de la utilización del honor o de la intimidación ajena"<sup>30</sup>.

iii) Las medidas de protección también pueden dictarse con el carácter de preventivas a fin de evitar o impedir posibles intromisiones. Se han decretado en este ámbito varios tipos de medidas, entre ellas la prohibición de editar y comercializar libros que contienen párrafos considerados injuriosos<sup>31</sup>.

Se puede ver que el modelo español de protección al honor consolida un sistema de responsabilidad bastante amplio, con posibilidades de extender la tutela del derecho contra los actos que amenacen su integridad. Las medidas que a este respecto pueden decretarse son también amplísimas, algunas de ellas desconocidas en nuestro país —la difusión pública de la sentencia a costa del ofensor, por ejemplo— e indican la importancia que se concede a inviolabilidad de este derecho.

## 2. EL PROBLEMA DE LA CENSURA

Se ha discutido en nuestro país la constitucionalidad de las medidas jurisdiccionales de carácter preventivo, cuando ellas recaen sobre ciertos actos sobre los que se invoca el ejercicio de la libertad de expresión.

Esta postura, delineada a partir de los fallos de la Corte Suprema referentes a los casos "Martorell" y "La última tentación de Cristo", se articula, en líneas generales, sobre la base de los siguientes argumentos:

(i) En nuestro orden constitucional, el ejercicio de la libertad de expresión sólo puede ser controlada a través de un régimen de responsabilidad *ex post facto*. Un control preventivo de esta clase de libertad ideológica constituye una *censura previa*, la que es inadmisibles de acuerdo con el estatuto que a ella le reconoce el art. 19 N° 12 y con las disposiciones prohibitivas que a este respecto establece el Art. 13 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>32</sup>.

La ilicitud de la censura se extiende incluso a los casos excepcionales en que la Constitución lo autoriza (procesos de calificación cinematográfica), pues la

<sup>30</sup> Cfr. LÓPEZ DÍAZ E., *op. cit.*, p. 41. A este respecto, en EE.UU. se ha vuelto prácticamente una rutina viciosa las acusaciones por daños contra el honor con el objeto de lograr una compensación económica. Se ha llegado a estudiar incluso el perfil psicológico del demandante que "suele ser un individuo adulto y culto más bien rico y con éxito profesional, cuando no socialmente prominente, relacionado muchas veces con el mundo de la aplicación de la ley y que pone su primer pleito cuando decide litigar por difamación; el demandado medio es un diario a quien le reclaman por lo que publica en primera página", cfr. Salvador CASTIÑERIRA, FELIÚ, YSÁS, CANO, DURANY, GADEA, P. y otros: "Qué es difamar?" *Libelo contra la Ley del libelo*, Civitas Madrid, 1987, p. 113.

<sup>31</sup> Vid., por ejemplo, STC del 17 de noviembre de 1992, caso "Oscura rebelión en la Iglesia".

<sup>32</sup> "El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente (libertad de expresión) no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar: (a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública".

prohibición de la censura previa que contiene el Pacto de San José de Costa Rica es de carácter absoluto, y el Estado de Chile tiene la responsabilidad nacional e internacional de respetar los tratados de derechos humanos que haya suscrito y que se encuentren vigentes.

- (ii) La defensa de la democracia exige eliminar todo tipo de *censura*, pues el Estado no puede controlar la expresión de las ideas, ni elegir qué concepto de bien o de moral han de adoptar los ciudadanos. En consecuencia, las medidas jurisdiccionales de control preventivo de la libertad de expresión, puesto que constituyen *censura*, deben declararse incompatibles con el pluralismo democrático y con el régimen de libertades públicas que este supone, como lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>33</sup>.
- (iii) Conceptualmente la libertad de expresión es un derecho de carácter *absoluto*, y no puede generar ningún tipo de responsabilidad que no sea consecuencia del ejercicio integral de sus facultades.

Quienes se han valido en el último tiempo de este tipo de argumentos, los han expuesto como si sus conclusiones fuesen indisputables, otorgándoseles una calidad veritativa que no tienen. En realidad, los reparos que pueden hacerse a tales razonamientos, o para ser precisos, a sus líneas doctrinales, no apuntan tanto a sus conclusiones cuanto a sus premisas. Estas, como veremos a continuación, no parecen ser consistentes:

- (i) La identificación de una medida judicial preventiva con el sistema de *censura previa* es arbitraria, pues no existe razón alguna para atribuir las mismas notas especificantes a dos actos que formalmente son distintos; uno es de carácter jurisdiccional, protectorio y particular, otro de naturaleza política e ideológica, presupuestado sobre la base de un proyecto global de intervención por parte del Estado para impedir el ejercicio de una libertad discordante.

A este propósito, afirma el prof. José Luis Cea que la censura es "*todo procedimiento impeditivo que forma parte de una política estatal aplicada de antemano por funcionarios públicos en general –pueden ser funcionarios administrativos, pueden ser jueces, o autoridades políticas. Todo procedimiento impeditivo que forma parte de una política estatal aplicada de antemano por funcionarios vigilantes (...) dirigida a que las ideas no lleguen libremente al público por motivos religiosos o políticos, a raíz de reputarse esas ideas peligrosas para el control de la sociedad por los gobernantes o contrario a los intereses de estos*"<sup>34</sup>.

Recalcando la posibilidad que el ejercicio de la libertad de expresión pueda ser objeto de restricciones preventivas, el mismo autor afirma que la censura es "*todo procedimiento ilegítimo al ejercicio de la libertad de información. No todo impedimento a la libre expresión de ideas es constitutivo de censura*"<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Vid. Informe (Nº 11/96) sobre "Caso Martorell" (Caso 11.230 de mayo de 1996 contra el Estado de Chile).

<sup>34</sup> Cfr. CEA EGAÑA, J. L., *Estatuto Constitucional de la Libertad de Información*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo, año 5, 1998, p. 25.

<sup>35</sup> *Idem*.

No vamos a entrar aquí a una especie de guerrilla de diccionarios para definir el término censura. Nos interesa más la realidad que se quiere significar con esta palabra, que su determinación puramente lingüística. En este sentido, es manifiesta la utilización abusiva de este término, si se tiene en cuenta que con él se engloban situaciones lo suficientemente distintas como para poder ser expresadas y precisadas a través de conceptos diferenciados. El porqué se utiliza en un sentido unívoco, lo que indica una significación equívoca, queda en el misterio. Lo que sí es claro es que aplicar indistintamente el término censura a dos situaciones diferentes, borrando cualquier referencia a una adecuada precisión, implica extender mañosamente la carga emocional negativa de la palabra censura a hechos que en sí mismos no están vinculados a sus maleficios.

Si se siguen con coherencia estas premisas habría que concluir, como afirma Cea, que “*el Derecho Penal, por ejemplo, será una sucesión interminable de censuras*”<sup>36</sup> .... De ahí que sea imprescindible “*definir la censura, pero también de clarificar muchas prohibiciones o restricciones que son legítimas y no indicativas de censura. Son parte del orden social respetuoso del prójimo y de la autoridad y eso no es censura*”<sup>37</sup>.

La identificación sin discernimiento entre censura y *amparo preventivo* no es, sin embargo, sólo un problema de abuso del lenguaje que impide significar bien situaciones jurídicas diferentes. Al atribuir el carácter de *censura* a cualquier medida que impida el ejercicio de un acto proveniente de la libertad de expresión, se está suponiendo que esta puede ejercerse en cualquier dirección, como su titular decida, independiente de cualquier consideración de los bienes jurídicos ajenos. Este privilegio *absolutista*, que convierte a la libertad de expresión en algo sagrado en el más fuerte sentido de la palabra, le otorga un privilegio que no se le atribuye a ningún otro derecho, ni siquiera a la vida. Las razones de carácter jurídico que fundamenten esta sacralización –lo jurídico no se entiende sin alteridad ni reciprocidad– permanecen una vez más en el misterio, y si las hay no son, por cierto, fácilmente encuadrables en nuestro sistema constitucional<sup>38</sup>.

Al salir de la *censura* para entrar al régimen de *juridicidad* de la protección constitucional del art. 20 –aplicable tanto a las amenazas a la honra como a la libertad de expresión–, deja de tener base consistente el valor argumentativo de las conclusiones indicadas en el punto (i) aquí descrito.

- (ii) Si las medidas preventivas de protección constitucional no constituyen censura, es decir, no expresan en último análisis arbitrariedad, sino protección contra la arbitrariedad, no se puede afirmar que el pluralismo democrático esté con ello en juego. Salvo que se postule una particular teoría política que a priori se construya y se defina sobre el sustento exclusivo de una libertad sin parámetros, lo que es bastante discutible y discutido. De todos modos, y sin entrar al fondo del asunto, quien reivindique tal postura como un *principio definitorio de la democracia* deberá concluir entonces que la mayor parte de los países europeos por principio no son democráticos, pues, en mayor

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> Es lo que fácilmente puede colegirse de los principios del art. 1 de la Constitución, así como de su sistema garantístico consagrado en los arts. 20 y 21.

o menor medida, han reconocido legal y jurisprudencialmente la posibilidad de impedir el ejercicio de la libertad de expresión cuando se atente gravemente contra otros bienes jurídicos –la honra, o la buena reputación del culto religioso, por ejemplo–, como es el caso de España, Alemania, Francia, Inglaterra, Austria o Italia. Lo mismo, como es de conocimiento público, ha sido reconocido por la Corte Europea al aplicar la Convención Europea de Derechos Humanos como respaldo jurídico para la prohibición de exhibición de películas consideradas blasfemas en Austria e Inglaterra.

- (iii) La conceptualización de la libertad como un derecho de carácter absoluto no acostumbra a ser precisada por sus autores. Tiene la enorme dificultad de que el titular de esa libertad es el hombre, y el hombre es una criatura, o lo que es lo mismo, es un ente limitado. Limitado a muchos títulos, y en el principal de ellos: limitado en su ser.

La libertad considerada en abstracto puede ser objeto de una serie de predicados cuasi infinitos. Ello, sin embargo, tiene más sabor a teorización que sentido de realidad. La libertad de un hombre es un atributo, no una hipótesis, y es tan concreta –tan limitada– como concreto y limitado es el hombre. La fórmula abstracta e ilimitada “todos los ciudadanos tiene derecho a usar la plaza pública”, tiene en la práctica y en la concreción un enorme sentido de limitación y de ajustamiento con los derechos del otro, pues no se puede utilizar tal lugar por cuatro millones de ciudadanos a la vez, ni siquiera por mil de ellos, ni se pueden ocupar los mismos bancos a un mismo tiempo, ni cazar mariposas cuando por un micrófono se decide un concurso de baile.

No se comprende bien, además, por qué se reivindica el carácter absoluto para la libertad de expresión y no para la libertad de conciencia, que, como ella, hace parte de la libertad ideológica. En realidad, si ambas fuesen absolutas se limitarían, como lo demuestra cualquier hipótesis de conflicto entre ellas<sup>39</sup>.

Por otro lado, tampoco se explica por qué no puede abusarse de la libertad de expresión con un cierto *grado de entidad* que permita la intervención de la jurisdicción con ciertas medidas de prevención. En la doctrina constitucional este es un principio que está presente en todo el sistema proteccional de los derechos, y del que no se comprende su falta de aplicación a este tipo de libertades.

En definitiva, no se visualizan con claridad los argumentos que llevan a concluir que el ejercicio previo de la libertad de expresión es un “absoluto”. Para ello habría que considerarla veleidosamente como una especie de Moloch al

<sup>39</sup> En el Recurso de Protección presentado por un grupo de abogados católicos en contra de la decisión del Consejo de Calificación Cinematográfica que autorizó la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”, los recurrentes invocaron la “libertad de conciencia”. La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 20 de enero de 1997, confirmada por la Corte Suprema, estimó que “no se aprecia de qué manera podría el acto administrativo impugnado menoscabar la libertad de conciencia” (considerando 12). La posición de la Corte es a mi juicio errónea, al considerar las relaciones que se desprenden de la libertad de conciencia de un modo sólo activo pero no pasivo. Para una formulación de este tipo de libertad en todos sus aspectos, vid. la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, aprobada por las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, y el informe E/CN.4/1987/35 del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Sr. Angelo Vidal de Almeida Ribeiro.

que todo se debe sacrificar, sin ninguna referencia a la noción de bien, de respeto u obligación. A este propósito, afirma la Corte Suprema que *“los derechos referidos (libertad de opinión e información) no son absolutos, estos llevan implícito un deber, correspondiendo al ser humano usarlos para su propio desarrollo personal y para el progreso social, pero en caso alguno para atropellar los derechos o libertades de otras personas, lo que importa que el titular de cada derecho deba ejercer el suyo de una manera legítima, aceptando que su vigencia está limitada por la de otro u otros derechos”*<sup>40</sup>.

### 3. DESARROLLO DEL HONOR EN LA CONSTITUCION DE 1980

En Chile, es en la Constitución de 1980 donde aparece protegido por primera vez, y de una manera directa, el derecho al honor, al reconocérsele formalmente<sup>41</sup> su *status* de derecho fundamental<sup>42</sup>.

Los motivos de su consagración por el constituyente son similares a las consideradas en otras legislaciones. *“...Se trata, decía el comisionado Guzmán, de incorporar en la Constitución valores que si bien pueden haber estado implícitos en el espíritu del constituyente, por no haberse explicitados, han sido de hecho atropellados en forma más que frecuente en los últimos tiempos”*<sup>43</sup>.

El honor tiene su raíz en la dignidad humana, y se va configurando de una manera gradual de acuerdo a los méritos y virtudes de cada persona, según se dejó constancia en actas<sup>44</sup>.

Pero es menester hacer aquí una precisión importante. Las vías de la protección constitucional están abiertas sólo para una forma de honor, que el texto fundamental ha denominado *“honra”*. Siguiendo lo señalado en las actas de nuestra Carta Magna, la doctrina distingue entre honor subjetivo y objetivo. El primer aspecto estaría relacionado con el conjunto de juicios y sentimientos que formamos sobre nosotros mismos, y se define como la *“estimación de sí mismo”*<sup>45</sup>, la *“autoestima o consideración que toda persona que se aprecie naturalmente siente de sí”*<sup>46</sup>, el *“sentimiento de nuestra propia dignidad moral nacido de la conciencia de nuestras virtudes, de nuestros méritos”*<sup>47</sup>. El aspecto objeti-

<sup>40</sup> C.S., Sentencia Rol 21.053 de 1993, Revista Fallos del Mes, N° 415, junio, 1993, p. 347.

<sup>41</sup> La Constitución asegura a todas las personas *“el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia”* (Art. 19 N° 4, inciso 1°).

<sup>42</sup> Sobre la noción de “derecho fundamental”, desde distintos ángulos, PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Debate, Madrid, 1990; PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984; ALBACAR LÓPEZ, J.L., *Derechos Fundamentales. Jurisprudencia y Legislación*, Trivium, Madrid, 1993; ROBLES, G., *Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad actual*, Cívitas, Madrid, 1992; OLLERO, A., *Derechos Humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1988.

<sup>43</sup> Cfr. Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 129ª, p. 6.

<sup>44</sup> Cfr. Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 129ª, p. 8.

<sup>45</sup> Cfr. CEA E., José Luis, *El derecho constitucional a la intimidad*, en Gaceta Jurídica N° 194, 1994, p. 28.

<sup>46</sup> Cfr. CEA E., J. L., *Derecho constitucional a la intimidad y a la honra*, en Revista de Derecho, de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte (Coquimbo), Año 5, 1998, p. 35.

<sup>47</sup> Cfr. VERDUGO M., M. y PFEFFER U., E., *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo I, p. 245.

vo, por su parte, se referiría a lo que genéricamente se denomina buen nombre o buena fama, es decir, el conjunto de juicios y sentimientos que los otros se forman de nosotros. Se define como la "*reputación, fama o prestigio de que una persona goza ante los demás*"<sup>48</sup>, la "*apreciación y estimación que hacen los demás de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social*"<sup>49</sup>.

Sólo la dimensión objetiva del honor corresponde entonces al bien jurídico "*honra*", amparado de una manera específica por el Art. 19 N° 4 y 20 de la Constitución. El honor subjetivo, en tanto, queda sujeto en su caso a la tutela penal<sup>50</sup>, vía que en relación con los bienes jurídicos de esta naturaleza se muestra cada vez más ineficaz en el derecho comparado<sup>51</sup>.

Salvo algunas excepciones, el derecho al honor no ha sido desarrollado por la doctrina chilena en proporción a su cada vez más frecuente invocación en la práctica jurídica y a sus exigencias de fundamentación. Contrasta con ello, el enorme desenvolvimiento que este derecho ha tenido en la doctrina comparada, particularmente europea, que trata ampliamente acerca de sus características, de sus titulares, de la tipificación de la lesión o intromisión ilegítima, de los sujetos activos del agravio, de las medidas más adecuadas para su protección.

Entre nosotros, Novoa Monreal conceptualizó el derecho al honor, acentuando la armonía de sus aspectos subjetivos y objetivos. En un estudio pionero en el género, afirma que "*todo ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad, la cual tiene una manifestación directa y clara en la estimación que él siente por sí mismo (honor subjetivo) y que espera de los demás (honor objetivo)*"<sup>52</sup>. Rafael Fontecilla, por su parte, resaltó en su época la proyección del honor más allá de la muerte de su titular, lo que parece ser hoy un lugar común en la doctrina comparada<sup>53</sup>. Otros autores expusieron acerca del carácter personalísimo de estos derechos<sup>54</sup>.

En el último tiempo, Cea Egaña ha contextualizado el honor en los bienes de la personalidad, derechos fundamentales enraizados de una manera inmediata en la dignidad humana<sup>55</sup>. Para este autor, el honor es un derecho personalísimo o de patrimonio moral, cuya importancia radica en su directa dependencia de la dignidad, concebida como el primordial horizonte de significado de todos los derechos que puedan ser atribuidos al ser humano. La dignidad erige "*a la persona en un depósito máximo o supremo de valores que integran su espíritu y materia.*"

<sup>48</sup> Cfr. CEA E., J. L. *El derecho constitucional a la intimidad*, en Gaceta Jurídica N° 194, 1994, p. 28.

<sup>49</sup> Cfr. VERDUGO, Mario y otros; *op. cit.*, p. 245.

<sup>50</sup> Cfr. CEA E., J. L., *Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 102.

<sup>51</sup> Vid. LÓPEZ DÍAZ, E., *op. cit.* p. 147.

<sup>52</sup> NOVOA M., E.; *Derecho a la vida privada y libertad de información*, Ed. Siglo XXI, México, 4ª edición, 1989, p. 74.

<sup>53</sup> FONTECILLA, R., *La tutela jurídica del Honore* Revista Chilena de Derecho y Jurisprudencia, T. LIX, 1962, Iª parte, p. XXI.

<sup>54</sup> DOMÍNGUEZ A., Ramón y DOMÍNGUEZ B., Ramón; *Las servidumbres a las que obliga la Grandeza*, en Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción, N° 144, 1968, pp. 29ss.

<sup>55</sup> Vid. CEA E., José Luis, *Vida pública, vida privada y derecho a la información: acerca del secreto y su reverso*, en Revista de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Austral, III, N°s. 1 y 2, 1992; *El derecho constitucional a la intimidad*, en Gaceta Jurídica N° 194, 1994, pp. 27-34; *Derecho Constitucional a la intimidad y a la honra*, en Revista de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo. Año 5, 1998, pp. 29-44.

*Es sobre esa base que después son proclamados los derechos y deberes innatos del hombre. Quebrantar la dignidad, es, por ende, lesionar en su esencia aquellos derechos. (...) En la dignidad del sujeto se halla la explicación y justificación del reconocimiento y promoción de los derechos humanos, comenzando por los personalísimos o nucleares, como la vida, integridad, honor, imagen propia*<sup>56</sup>. La dignidad constituye, por tanto, un "mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar", el "punto de arranque para la existencia, especificación y vigencia de los demás derechos"<sup>57</sup>.

De lo anterior se deduce la necesidad de respetar en todos sus aspectos el honor. Este, en cuanto es un elemento manifestativo de la dignidad del hombre y configurativo de su personalidad, no puede ser sometido a conculcaciones, sin dejar de afectar, en mayor o menor medida, la propia identidad<sup>58</sup>.

#### 4. DELIMITACION DEL DERECHO AL HONOR EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Coincidiendo con la doctrina, la Corte Suprema ha reconocido en el honor las siguientes notas:

- a) En cuanto a su *definición*: (i) es un derecho de naturaleza inmaterial<sup>59</sup>; (ii) es un derecho de la personalidad o de patrimonio moral<sup>60</sup>, y (iii) es un derecho fundamental<sup>61</sup>.
- b) En cuanto a su *fundamento*: (i) es una proyección de la dignidad del ser humano<sup>62</sup>.
- c) En cuanto a sus *propiedades*: (i) no tiene un carácter exclusivamente individual sino también social, pues su vinculación con el bien común es tan inmediata, que la sociedad se organiza para defenderlo, ya que de este género de bienes depende la convivencia asociativa<sup>63</sup>; (ii) en su régimen garantístico, goza de una mayor amplitud que la tutela penal tanto en la extensión del bien jurídico protegido como en la manera en que contra él se puede configurar el ilícito<sup>64</sup>.

<sup>56</sup> Cfr. *El derecho constitucional a la intimidad*, en Gaceta Jurídica N° 194, 1994, pp. 27-28.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 27.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>59</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia (RDJ en adelante), Tomo LXXXV, N° 3, Secc. V, 1988, p. 252.

<sup>60</sup> C.S., Revista Fallos del Mes (RFM en adelante), N° 415, junio, 1993, p. 347.

<sup>61</sup> C.S., RDJ, T. LXXXIX, N° 1, Secc. V., 1992, p. 31.

<sup>62</sup> C.S., Rol 21.053 de 1993, RFM, N° 415, junio, 1993, p. 347. Esta doctrina es muy similar a la que ha sostenido el Tribunal Constitucional español: "el derecho al honor y otros de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución española aparecen como derechos fundamentales vinculados a la propia personalidad del individuo, derivados sin duda de la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución, STC 214 de 11 de noviembre de 1992.

<sup>63</sup> C.S., Rol 21.053 de 1993, RFM, N° 415, junio, 1993, p. 347. Relacionado con este punto, vid. BERTELSEN REPETTO, R., *Reconocimiento y protección constitucional de los derechos individuales y libertades públicas*, en Revista de Derecho Público, N° 55-56, 1994.

<sup>64</sup> C.S., RFM, N° 288, noviembre, 1982, p. 493.

### A) Honor objetivo y subjetivo

La Corte Suprema ha mantenido la distinción (y mutua exclusión para efectos constitucionales) entre honor subjetivo y objetivo. El primero *“es el aprecio que cada uno siente por sí mismo”*, y el segundo *“la reputación o buena fama que los terceros tienen de uno”*, amparándose sólo el último aspecto *“pues el primero queda en el fuero interno del sujeto, mientras el segundo forma parte de la convivencia social y esta es la que regula el Derecho”*<sup>65</sup>.

Sin embargo, como se expuso anteriormente, esta distinción entre honor objetivo y subjetivo no es satisfactoria; su alcance se diluye gradualmente a la hora en que el tribunal se ve en la necesidad de conocer y decidir la tutela del honor en su realidad existencial, en la que aparecen inseparables ambos elementos.

Se podría objetar que los extremos parecen ser claros, al menos en ciertos géneros de actividad. Una distancia enorme separa, por ejemplo, la ofensa proférica en la soledad de cuatro paredes de la injuria difundida por medio de las modernas técnicas de expansión publicitaria. Nuestros tribunales han afirmado que *“no existiendo una actuación de trascendencia pública, que afecte ante la opinión pública el buen nombre, la fama o la moralidad del recurrente, no se contraviene el derecho a la honra que le reconoce la Carta Fundamental”*<sup>66</sup>.

Es claro que el carácter absolutamente no divulgativo de una ofensa permite establecer una frontera precisa entre lo público y lo privado. Pero no es lo mismo “público” que “objetivo”, sus términos no son equivalentes. Por ello, no toda ofensa privada nos sitúa necesariamente en el ámbito del honor subjetivo. En este sentido, la publicidad es, por su naturaleza, el medio por el que se puede reconocer sin discusión que estamos frente a la esfera objetiva del honor. Pero no es el único medio, ni tampoco es un elemento necesario para la configuración de aquel. La publicidad especifica la difamación, pero no todo género de honor objetivo. Este dice relación con la valoración social de la dignidad, del mérito o la virtud, no con los eventuales medios a través de los cuales se llega a formar.

Inversamente, no se han de desestimar siempre los aspectos privados para configurar el honor objetivo, pues aquellos tienen a veces una influencia manifiestamente definitoria en él. Esto explica que nuestros tribunales hayan apelado en algunas oportunidades a elementos subjetivos para diseñar la honra, como se viene repitiendo en los casos de ataques al honor profesional. A este propósito la Corte ha afirmado que *“la honra según el Diccionario de la Lengua Española es, en su segunda acepción, “la buena opinión y fama adquirida por la virtud y el mérito”. De ello se sigue que la honra depende de cada cual. Son las virtudes y méritos exhibidos en un determinado actuar —en este caso en el ejercicio profesional— lo que construye la “honra” de cada profesional. Como lógica secuela de este pensar, dicho atributo se pierde o al menos se deteriora, si en un determinado proceder no se emplean la virtud y mérito que las exigencias de un grupo social pide o atribuye a un sector de profesionales”*<sup>67</sup>. La proyección del honor profesional al estatuto disciplinario de las FF.AA. es otro tópico donde lo

<sup>65</sup> C.S., RFM, N° 415, junio, 1993, p. 347.

<sup>66</sup> RDJ, T. LXXXIX, N° 1, Secc. V, 1992, p. 92. En el mismo sentido C.S., RDJ, T. 85, Secc. V, 1988, p. 283.

<sup>67</sup> C.S., Gaceta Jurídica (G.J. en adelante), N° 182, 1995, p. 59.

subjetivo y lo objetivo se conjugan inseparablemente, pero que, por razones de espacio, no trataremos acá.

Como se ve, se pueden separar y excluir teóricamente ambos elementos, pero en la práctica hay situaciones en que el grado de influencia recíproco hace tan tenues sus fronteras que no es posible determinar con precisión a qué lado de ellas se encuentra el caso *sub lite*, para efectos de conceder el amparo constitucional. De ahí que la diferenciación tan tajante entre el honor objetivo y subjetivo para efectos de su protección constitucional no parezca satisfactoria. No facilita la labor jurisdiccional, ni vela por la unidad del bien jurídico que pretende garantizar. Quizás de un primer intento del constituyente por distinguir entre lo subjetivo y lo objetivo del honor, se ha llegado a sustentar su total separación, en virtud de la insistencia interpretativa de la doctrina y de la jurisprudencia. Se trata así disyuntivamente a elementos que configuran un bien jurídico de una manera conjuntiva y complementaria.

## B) *Sujetos activos del derecho al honor*

### b.1) Personas naturales

Nuestra jurisprudencia ha reconocido, en general, como sujetos activos de la honra a las personas naturales (con o sin proyección pública). Su evidencia, tanto desde un punto de vista teórico como dogmático jurídico, nos excusa de su tratamiento.

### b.2) Colectividades

Se ha aceptado también a las colectividades como titulares del derecho en comento, lo que parece ser pacífico en la doctrina comparada.

El problema que en este ámbito se plantea no es si una etnia, grupo o asociación ha de ser sujeto pasivo de un agravio; es obvio que sí. Lo que hay que resolver es si alguno de sus miembros puede, en cuanto se siente ofendido, invocar la tutela jurisdiccional de la colectividad atacada en cuanto tal.

La respuesta que en la doctrina y jurisprudencia comparada se ha dado, es que la ofensa directa al colectivo habilita a cualquiera de sus miembros a impetrar medidas de amparo, siempre que aquella trascienda a estos, en virtud de los vínculos asociativos (de identificación, afecto, etc.). De esta manera, el ataque que afecta de un modo directo el honor de una colectividad, afecta también, según el caso, de un modo indirecto a sus miembros, desde que esta tenga una mínima cohesión<sup>68</sup>.

Nuestra jurisprudencia ha aceptado este modelo argumental. En el fallo sobre "La última tentación de Cristo", afirma que "*Jesucristo vivió hace dos mil años y murió crucificado, y aunque este tribunal prescinde del hecho de su Resurrección, cuya aceptación es materia de fe, debe admitir que el agravio a su honra repercute o trasciende en la honra de los propios recurrentes, ligado esencialmente a su dignidad de personas, ya que esta implica, entre otros atributos, la capacidad de determinarse conforme a valores y creencias*"<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Vid. LACKNER, K., *Strafgesetzbuch*, Munich, 1991, par. 185/2; JAEN VALLEJO, M., *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, Ed. Codex, Madrid, 1992, p. 161; LÓPEZ DÍAZ, *op. cit.*, p. 82.

<sup>69</sup> CS., sentencia del 17 de junio de 1997 (considerando 13). Acerca de la honra de la sociedad en general, *vid.* C.S., RDJ, Tomo LXXXV, N° 3, Secc. V, p. 252.

### b.3) Personas jurídicas

En discordancia con lo establecido en las actas constitucionales<sup>70</sup>, en general, nuestra jurisprudencia no ha reconocido a las personas jurídicas como titulares del derecho al honor. En un fallo reciente, se ha afirmado que “*los hechos no han podido privar, perturbar o amenazar el legítimo ejercicio de la garantía establecida en el N° 4 del Art. 19 de la Constitución, desde que se trata de una persona jurídica, siendo la honra un derecho que sólo tienen las personas naturales*”<sup>71</sup>.

Como se sabe, en doctrina se discute mucho si una persona jurídica puede ser sujeto activo del honor. Para unos, el obstáculo estaría dado por el carácter personal e individualista que ostentan este tipo de bienes jurídicos, en la formulación de las declaraciones internacionales de derechos humanos y en alguna de sus recepciones constitucionales, lo que sería incompatible con la naturaleza de las personas jurídicas<sup>72</sup>. Para otros<sup>73</sup>, el honor puede ser atribuido a la persona jurídica, por la vinculación recíproca que existe entre el honor individual y la buena reputación colectiva de un ente jurídico; y porque hay un lazo esencial entre tal reputación y el logro de los fines sociales, que permite concebir al honor como un bien inmaterial de esta clase de entidades<sup>74</sup>.

### b.4) Personas fallecidas

Respecto de las personas fallecidas, no hemos encontrado en el último tiempo pronunciamientos de nuestros tribunales por la vía del recurso de protección. A este respecto, se ha dicho que el término “familia” expresado en el art. 19 N° 4 de la Constitución cubre a las personas fallecidas<sup>75</sup>. Aunque los derechos de la personalidad terminan con la muerte del titular, la solidaridad moral que ha existido entre personas que estuvieron íntimamente vinculadas, permite que la deshonra de un muerto afecte la reputación de los vivos<sup>76</sup>.

<sup>70</sup> Sesión 236<sup>a</sup>, pp. 8 y 12.

<sup>71</sup> C.S., GJ., N° 204, 1997, p. 61; otro fallo reciente en este sentido, C.S., GJ., N° 168, 1994, pp. 57ss. En sentencia C.S., RDJ, Tomo LXXXV, N° 3, Secc. V, p. 252, se habla que la sociedad “como persona jurídica” es titular del derecho a la honra, pero parece referirse a esta como entidad moral y no formalmente como persona jurídica.

<sup>72</sup> COSSÍO, M., *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo blanch alt., Valencia, pp.81; JAEN VALLEJO, M., *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992, p. 165; LÓPEZ DÍAZ, E., *op. cit.*, p. 75 y 77.

<sup>73</sup> *Vid.* ROMERO COLOMA, A. M., *Los bienes y los derechos de la personalidad*, Trivium, Madrid, 1985, p. 58; HERRERO TEJEDOR, *op. cit.* 2<sup>a</sup> ed., pp. 283-284; RODRÍGUEZ GARCÍA, *Contingencias varias de jurisprudencia y honor*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 85.

<sup>74</sup> La jurisprudencia constitucional española, que ha tenido una línea oscilante a este respecto, ha acogido a partir de 1995 este último criterio. Cfr. COSSÍO, M., *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo blanch alt., Valencia, 1993, pp. 81; JAEN VALLEJO, M., *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992, p. 165.

<sup>75</sup> CEA EGAÑA, J. L., *Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 104.

<sup>76</sup> *Vid.* LARENZ, K. *Derecho Civil*, Parte General, traducción y notas de Izquierdo y Macía Picavea, Madrid, 1978, p. 163; DEGNI, F., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Trattato Vassalli, Torino, 1939 N° 75 bis, pp. 222 y ss.; LÓPEZ DÍAZ, E., *op. cit.*, p. 83; FONTECILLA, R., *op. cit.*

C) *Supuestos de intromisión ilegítima al honor*

No han sido muy diversificados los supuestos de hecho sobre los que se ha tenido que pronunciar la jurisprudencia constitucional en la protección del honor. Básicamente ellos se han configurado en tres áreas, teniendo casi siempre un carácter "conflictual" con otros derechos fundamentales:

- (i) la publicidad de ciertos hechos que en el ejercicio de la libertad de información ofenden el honor;
- (ii) la difusión de determinados datos que encuadrados en el ejercicio de la libertad económica atentan contra el honor;
- (iii) la expresión de ideas o manifestaciones artísticas que en uso de la libertad ideológica afectan el honor.

## (i) El honor afectado en uso de la libertad de información

Los particulares han sido sensibles a la *difusión pública de imágenes de mujeres* captadas fotográficamente por determinados medios de prensa en lugares públicos, playas u otras circunstancias semejantes. En la mayor parte de los casos, los recurrentes han invocado la vida privada y la honra en forma conjunta, y la jurisprudencia ha fallado acogiendo o rechazando ambos bienes jurídicos a la vez, aunque sin precisar en toda la medida de lo posible cuándo se lesiona uno u otro.

En general, se pueden formular ciertos principios o líneas directrices implícitos en las resoluciones de nuestra jurisprudencia sobre el tema. Antes que nada, habrá que distinguir entre la vida privada y la honra, aunque no suela hacerse en las peticiones de protección. La Corte ha considerado invariablemente que hay lesión a la vida privada cuando la publicación pertinente no ha sido autorizada o consentida expresa o tácitamente por el afectado, o en su caso, cuando el afectado no ha abierto al público determinadas esferas de su intimidad. Con respecto al honor, se ha establecido que la lesión se configura cuando la leyenda que acompaña a la imagen exhibida es lasciva, o cuando la imagen y el conjunto de circunstancias que acompañan la publicación permiten identificar al afectado en un contexto que desmerece su posición en la sociedad<sup>77</sup>. Es así como, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto que "*la sola circunstancia de aparecer fotografías de una menor en primera plana de un periódico en traje de baño, sin contar con su conocimiento y menos con su anuencia, o la de sus padres, afecta inevitablemente su vida privada y su honra, en el círculo de quienes la conocen y pudieren percatarse que era ella, al quedar expuesta a que se la asocie en alguna medida con aquellas mujeres que exhiben su cuerpo en forma liviana. El hecho de publicar su fotografía constituye un acto ilegal que compromete el derecho de sus padres a educarla, afectando su enseñanza en principios básicos de moral y la estima a su persona entre sus amistades y compañeros de colegio*"<sup>78</sup>. La Corte Suprema, en una reciente sentencia, ha afirmado asimismo que "*la publicación de una fotografía en un*

<sup>77</sup> C.S. Santiago, G.J., N° 62, 1985, p. 58; C.S., G.J., N° 160, 1993, p. 143; C.S., G.J., N° 209, 1997, p. 212.

<sup>78</sup> C.S., G.J., N° 160, 1993, p. 143.

*periódico sin autorización de la afectada, aún cuando haya sido tomada en un lugar público, afecta el respeto a la vida privada, al nombre y la imagen del individuo, como atributo de la personalidad, (...) aunque, como manifiesta el recurrido, no puede efectivamente afirmarse que con la sola publicación de la fotografía en referencia, seguida de la expresada leyenda (“esbelta y atractiva lola sueña con que llegue luego el verano para retornar a las cálidas arenas”) se haya afectado la honra”<sup>79</sup>.*

La Corte al considerar el consentimiento del titular como elemento configurador de la licitud o ilicitud en la intromisión a la vida privada, levanta un problema de gran complejidad: hasta qué punto los bienes de la personalidad pueden quedar sujetos a la libre disposición de su titular, si se mantiene una conceptualización de ellos fundada en la dignidad de la persona humana.

El tema se ha planteado en otros países a propósito de la creciente “patrimonialización” de los derechos de la personalidad. Es cada vez más frecuente que figuras públicas vendan su imagen, su honra o intimidad —o aspectos de ella— por contratos millonarios. La ley, que siempre llega tarde a este tipo de festines económicos, por lo general, no hace más que reconocer y regular este tipo de contratos, que a simple vista no son más que manifestaciones de la libertad económica. A través del expediente técnico de distinguir entre el derecho en sí mismo y sus facultades, se reconoce la renuncia fraccionada y temporal de estas últimas aunque no del derecho, permitiendo la abdicación del ejercicio de ciertas acciones jurisdiccionales frente a eventuales actos limitativos.

Sin embargo, desde el punto de vista de la fundamentación de los derechos de la personalidad, no parece aceptable abrir tan fácilmente las puertas al principio *volenti non fit injuria* sin una precisión de su naturaleza y extensión. Por esta ausencia de precisión se llegan a giros poco consistentes. Pues no se puede proteger este tipo de bienes en base a la dignidad humana y a su intangibilidad, al mismo tiempo que se acepta su desprotección, en beneficio de la voluntad de renuncia del titular, como si esa intangibilidad no existiera. La noción de dignidad —que es una especie de baremo de medición de lo humano— no puede, en sus manifestaciones inmediatas, pulverizarse en trozos de disponibilidad jurídica sin contradecirse a sí misma.

Hay voces que optan por desatender la dignidad como fundamento inmediato de este tipo de derechos, justificando su entidad en instancias como la “autodeterminación”, o entendiendo esa misma dignidad en términos de “autonomía”<sup>80</sup>. No nos corresponde desarrollar aquí este tópico; sólo señalaremos que esta formulación de los derechos se remonta a la visualización de ellos que hicieron en términos de autonomía autores como J. Chr. Hoffbauer, K. H.

<sup>79</sup> C.S., GJ., N° 209, 1997, p. 212.

<sup>80</sup> A este respecto, Barros Bourie, E., ha distinguido entre lo privado como autodeterminación en materia moral y lo privado como control sobre la información acerca de nosotros mismos. A pesar de que lo primero “no ha sido objeto de desarrollo en Chile”, a un nivel de fundamentación de los bienes de la personalidad parece inclinarse por aquella postura, al afirmar que “la idea genérica de dignidad del ser humano (...) en la cual usualmente se fundamenta el derecho a la privacidad, me parece demasiado amplia y demasiado restringida para justificar su reconocimiento como bien protegido por el Derecho. (...) La privacidad tiene su cara moral basada en la idea de autonomía, en la necesidad de autoafirmarse como persona que es consustancial a la idea de dignidad”, en E. BARROS B., “Honra, privacidad e información: un crucial conflicto de bienes jurídicos”, *Revista de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Sede Coquimbo, año 5, 1998, pp. 45, 46 y 51.

Heydenreich, y L. H. Jakob, divulgadores del pensamiento de Kant en los epígonos del iusnaturalismo ilustrado<sup>81</sup>.

Hay aquí todo un esfuerzo a realizar por parte de nuestros tribunales, a fin de arribar a una conceptualización de los bienes de la personalidad coherente con la relevancia que a ellos les corresponde como derechos fundamentales inmediatamente vinculados a la dignidad. Es una labor no exenta de dificultades si se tiene en cuenta que las necesidades de la praxis jurídica está conmoviendo el actual modelo de los "derechos de la personalidad", en la medida en que no le queda otra opción que desgarrarse alternativamente entre la dignidad humana y las exigencias de la libertad económica, pues lo único cierto es que no alcanza a encajar en ambos a la vez. Todo ello exige comprender la dignidad humana basada en sólidos principios ontológicos, y no en sucedáneos de validez efímera.

Es también común que los medios de prensa publiquen hechos de naturaleza afrentosa como el involucrar a una persona en un hecho de carácter policial, delictual, o desmerecedor para la fama<sup>82</sup>. El criterio que nuestra jurisprudencia ha seguido a este propósito coincide con la posición adoptada por la doctrina y jurisprudencia comparada:

- a) el hecho debe ser noticiable<sup>83</sup>;
- b) el deber de veracidad en el ejercicio de la libertad de información no impone la verdad objetiva, sino el cumplimiento de una obligación de comprobación<sup>84</sup>. A este respecto, nuestros tribunales han rechazado la protección del honor contra "un Diario que en algunas de sus ediciones, se limita a informar de un hecho de carácter policial, del cual tomó conocimiento a través de Carabineros, con los resguardos del caso acerca de la identidad de las menores detenidas, ya que no se las individualizó en ningún momento y en la fotografía publicada se las señala como "detenidas para protección", todo en uso de la garantía consagrada en el Art. 19 N° 12; no pudiendo estimarse que ello constituye una infracción a la garantía del N° 4 del mismo artículo"<sup>85</sup>. Como señala López Díaz, "lo que se exige no es que la información sea veraz (materialmente esto es muchas veces imposible), sino que esta, aun cuando sea inexacta, se haya obtenido de acuerdo con un canon razonable de cuidado profesional"<sup>86</sup>.

Ha sido también frecuente la invocación del honor en los casos de difusión de sanciones, no importando mayormente la naturaleza del medio a través del cual se han dado a conocer (T.V., radio, prensa escrita, revista gremial, simple mensaje difusivo, etc.). Nuestros tribunales parecen distinguir a este respecto, aunque no de manera formal y explícita, entre sanciones previstas por el orde-

<sup>81</sup> Vid. CARPINTERO, Francisco, *Una introducción a la Ciencia Jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 35 ss.

<sup>82</sup> C.S., RFM N° 313, 1984, p. 687.; C.S., RFM, N° 314, 1985, p. 774; C.S., RFM, N° 324, 1985, p. 760; C.S., RFM, N° 337, 1986, p. 892; C.S., C. Santiago, G.J. N° 108, 1989, p. 38; RFM, N° 388, 1991, p. 30.

<sup>83</sup> Vid., aunque sin emplear este giro, C.S., RDJ, T. LXXXVIII, N° 1, Secc. V., 1991, p. 62.

<sup>84</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 84.

<sup>85</sup> C.S., RFM N° 313, Secc. Civil, 1984, p. 687.

<sup>86</sup> Cfr. LÓPEZ DÍAZ, E., *op. cit.*, p. 134; vid. SORIANO, R., *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 136.

namiento jurídico en general y las establecidas en el derecho asociativo en particular. Respecto a las primeras<sup>87</sup>, se ha adoptado un tratamiento similar al dado por la jurisprudencia norteamericana en las informaciones dirigidas contra aquellas personas que sin ser personajes públicos entran sin embargo en la categoría de *public figure*<sup>88</sup>, donde la lesión al honor sólo se configura si los hechos imputados son manifiestamente falsos. Avala esta conclusión la posición de la Corte en torno a no considerar atentados contra el honor la publicación de distintos álbumes con informaciones relevantes y verídicas de deportistas<sup>89</sup>. En este sentido, la Corte ha señalado que *“el hecho de darse a la publicidad en un álbum impreso fotografías de los jugadores de fútbol recurrentes y sus características individuales, no atenta en forma alguna contra la vida privada o pública, la honra o ningún valor moral que pueda afectar a la buena opinión, estimación o fama de cada jugador. Tampoco atenta contra el respeto que se les debe, ya que tratándose de personas que practican un deporte público, necesariamente deben aceptar que todo lo que se haga publicitaria o informativamente no importa una falta al respeto debido, salvo que implique una imputación de hechos que los desacrediten o denigren”*<sup>90</sup>.

Respecto de las sanciones previstas en el derecho asociativo de los cuerpos intermedios, nuestros tribunales han fallado que “la aplicación de una sanción de censura dispuesta de modo arbitrario e ilegal (...), y publicada en el órgano oficial del colegio profesional, que circula entre los profesionales del país y entidades conexas con su actividad e incluso en el extranjero, ocasiona al afectado un grave detrimento a su honra, pues tal información desacredita y perjudica su buen nombre, lo que se traduce, además, en perjuicio económico ya que afecta sus posibilidades y alternativas de trabajo<sup>91</sup>. De esta resolución y de otras que hacen parte ya de nuestra jurisprudencia<sup>92</sup> parece inferirse que la difusión de una sanción a un miembro de una colectividad no constituye agravio a la honra mientras se cumplan dos requisitos:

- a) respeto al debido proceso en la fundamentación y aplicación de ella;
- b) que la sanción tenga la naturaleza y gravedad suficiente para hacer necesario su conocimiento por el resto de los socios, o en su caso, de la opinión pública.

La presencia del debido proceso es un requisito que la Corte también ha exigido para que la aplicación de una sanción no constituya en sí misma una atentado contra el honor, sin importar la naturaleza del órgano sancionador, que puede provenir del Poder Ejecutivo, de la autoridad judicial, administrativa o

<sup>87</sup> Vid., por ejemplo, C.S., RFM, N° 113, 1984, p. 694.; C. de Copiapó, RDJ, T. LXXXVIII, N° 1, Secc. V, 1991, p. 100.

<sup>88</sup> Figura construida por la Suprema Corte norteamericana a partir del caso *Curtis Publishing Co. Butts* (1977).

<sup>89</sup> C. Santiago, RFM, N° 283, 1982, p. 178; C.S., RFM, N° 285, 1982, p. 322, C. Santiago, G.J., N° 49, 1984, p. 84.

<sup>90</sup> C.S., RFM, N° 285, 1982, p. 322.

<sup>91</sup> C. de A., RDJ, Tomo LXXXV, N° 1, año 1988, Secc.V, p. 44.

<sup>92</sup> C.S., RDJ, Tomo LXXXIII, año 1986, Secc.V, p. 152; C.S., RDJ, Tomo LXXXIII, N° 3, año 1986, Secc. V, p. 168; C. Santiago, RDJ, Tomo LXXXV, N° 1, año 1988, Secc. V, p. 44; C. Santiago, RDJ, Tomo LXXXV, año 1988, Secc.V, p. 276.

municipal, de los órganos de los cuerpos asociativos de naturaleza educacional, empresarial, cultural, deportiva o de otra índole<sup>93</sup>. Es así como se ha fallado que *“el procedimiento utilizado para aplicar a un funcionario municipal la medida disciplinaria de amonestación por escrito debe ser clasificado como ilegal y arbitrario, por carecer de razonabilidad, toda vez que se ha privado al funcionario sancionado del derecho elemental a ser escuchado y poder defenderse. La medida disciplinaria irregularmente impuesta al funcionario produce un agravio a su honra, derecho constitucionalmente amparado por el art. 19 N° 4 de la CP, particularmente tratándose de un profesor”*<sup>94</sup>.

(ii) El honor afectado por el uso de la libertad económica

Nuestra jurisprudencia ha reconocido ampliamente el derecho a organizarse empresarialmente con el objeto de procesar antecedentes comerciales de los contribuyentes y proveerlos informativamente a quienes lo requieran, siempre que se respete el estatuto normativo que regula esta actividad. No configura, por tanto, una lesión a la honra la difusión de estos antecedentes por los medios previstos por la ley, aunque estos sean desfavorables para el contribuyente y lo dañen en su imagen financiera y comercial<sup>95</sup>. Distinta, sin embargo, es la situación si los antecedentes comerciales entregados, procesados o difundidos por las distintas instituciones que intervienen en estas operaciones son erróneos o falsos. En tal evento, a juicio de nuestra jurisprudencia, se lesiona claramente la honra: *“Si una empresa dedicada a proporcionar antecedentes comerciales sobre las personas señala como deudor, o al menos presunto deudor de determinados documentos de crédito a una persona específica, sin constarle ello de manera alguna, desde que sus nombres no son idénticos, incurre en un acto arbitrario que vulnera el art. 19 N° 4, ya que hace aparecer al recurrente como una persona que no cumple con sus obligaciones comerciales, afectándola incluso, como consecuencia de ello en el normal desenvolvimiento de sus actividades económicas”*<sup>96</sup>. Se reconoce en este ámbito el *habeas data* desde el año 1981: *“Las personas afectadas por las publicaciones de datos que efectúa el Boletín de Informaciones comerciales .... tienen derecho de exigir las aclaraciones que puedan dar respecto de los datos que les afectan”*<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> C.S., RDJ Tomo LXXVII, N° 2, 1980, Secc. I., p. 41; C.S., RFM N° 259, 1980, P. 148; C.S., GJ., N° 32, 1980, p. 40 (hay voto disidente); C.S. RDJ, Tomo LXXXIII, N° 3, 1986, Secc. V., p. 152; RDJ, Tomo LXXXV, N° 3, Secc. V., 1988, p. 283; RDJ, T. LXXXVIII, N° 2, 1991, Secc. V., p. 123; C.S., RDJ, T. LXXXIX, N° 1, Secc. V., 1992, p. 31; C. de Valparaíso, Rol 225-93, GJ. N° 159, 1993, p. 101; GJ., N° 186, 1995, p. 47; CS., GJ. N° 198, 1996, p. 31.

<sup>94</sup> C. de Valparaíso, GJ. N° 159, 1993, p. 101.

<sup>95</sup> CS., GJ. N° 168, 1994, p. 57 ss.; CS., GJ. 1997, N° 204, p. 61; C.S., GJ. N° 207, 1997, p. 68 y 69.

<sup>96</sup> C.S., RDJ, T. LXXXVI, N° 3, Secc. V., año 1989, p. 149. En este mismo sentido, C.S., RFM, N° 340, 1987, p. 27; C. de Punta Arenas, RDJ, Tomo LXXXV, N° 2, Secc. V., p. 217; C.S., RDJ, T. LXXXVI, N° 1, Secc. V., año 1989, p. 15; C.S., RDJ, T. LXXXVI, N° 3, Secc. V., 1989, p. 149; C.S., GJ., N° 198, 1996, p. 51.

<sup>97</sup> C.S., RDJ, T. LXXXVI, N° 1, Secc. V., año 1989, p. 15. En este mismo sentido, C.S., RDJ., T. 78, Secc. V. 1981, p. 296; C. Santiago, RDJ., T. 78, Secc. V, 1981, p. 300; C.S., RDJ., T. 84, Secc. V. 1987, p. 32; C.S., RDJ., T. 85, Secc. V, 1988, p. 65; C.S., RDJ., T. 86, Secc. V, 1989, p. 15.

## (iii) El honor afectado por el uso de la libertad ideológica

En los últimos años se ha invocado el honor frente a materias que caen en el terreno de las libertades ideológicas, con lo que estaría afectándose, según algunos, las bases mismas de la sociedad democrática. Los fallos que se han dictado en base a estos supuestos son escasos, pero su repercusión ha tenido vastos efectos en el plano ético, social y cultural. Detengámonos en las dos sentencias más polémicas.

## A) Caso "Martorell"

Lo que se conoce como "conflicto" entre derechos fundamentales se presenta en el caso "Martorell" de un modo nítido. Un conocido empresario, ante la inminencia del ingreso y comercialización en el país del libro "Impunidad Diplomática", editado en Argentina, y de autoría del periodista Francisco Martorell, solicitó a la Corte que se prohíba la circulación del libro en Chile, fundado en que vulneraba gravemente su honra y la de su familia. La obra reproducía ciertas cartas que el ex embajador argentino Oscar Espinosa Melo habría utilizado para extorsionar a un dirigente político chileno, y en las cuales se trataba a la familia del recurrente de un modo absolutamente vejatorio. En sentencia de 31 de mayo de 1993, y confirmando una orden de no innovar dictada en el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en voto de mayoría, acogió la acción constitucional prohibiendo la internación y comercialización del libro en cuestión. Con fecha 15 de junio del mismo año, la Corte Suprema confirmó la sentencia por unanimidad.

La posición del recurrido, autor de libro, se presenta bastante clara. La prohibición de la obra importa una grave lesión al art. 19 N° 12 de la Constitución y al art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>98</sup>, pues ello implica establecer una censura jurídica previa al ejercicio de la libertad de información y de opinión, y lesiona un bien jurídico que por ser consustancial al régimen de libertades públicas es de carácter "absoluto", admitiendo en su ejercicio sólo una responsabilidad *ex post facto*, por vía penal ordinaria o civil en su caso. "El bien protegido en la norma del N° 12 del artículo 19 de la Constitución, afirma el recurrido, es de carácter absoluto, consustancial al régimen de libertad política, económica, social y cultural y de todo orden que proclama en su texto la Constitución. El ejercicio de estas libertades no puede estar sometido a censura previa, no existiendo excepción que permita sostener lo contrario"<sup>99</sup>.

La Corte de Apelaciones sienta, a este respecto, un principio interpretativo fundamental: "la Constitución política es un ordenamiento institucional cuyos preceptos no pueden ser interpretados en forma aislada, sino de un modo sistemático, por cuanto forman un conjunto orgánico y coherente, debiendo existir la debida correspondencia entre las distintas normas del texto constitucional"<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> Denominada también "Pacto San José de Costa Rica", la Convención está vigente en Chile desde el 5 de enero de 1991.

<sup>99</sup> Corte de Santiago. Sentencia del 31 de mayo de 1993, Rol 983-93, Considerando 4°. El recurrido, acentuando el carácter absoluto de este tipo de libertades, agrega que "el medio idóneo para reclamar de la existencia de abusos o delitos en el ejercicio de esta garantía constitucional es la presentación de la denuncia o querrela ante la justicia del crimen y no la prohibición o censura del libro por la vía del recurso de protección".

<sup>100</sup> *Idem*. Considerando 6°.

El art. 1 de la Constitución y las “Bases de la Institucionalidad” en general deben ser tenidos en cuenta como fuente de interpretación de los derechos fundamentales, y como ámbito de contextualización de las nociones de dignidad humana, familia, bien común, derechos humanos y democracia<sup>101</sup>.

En torno a este principio se desarrollan varios niveles de argumentación:

- a) Tanto la honra como la libertad de expresión no son derechos absolutos, pues como todo derecho *“llevan implícito un deber, correspondiendo al ser humano usarlos para su propio desarrollo personal y para el progreso social, pero en caso alguno para atropellar los derechos y libertades de otras personas, lo que importa que el titular de cada derecho deba ejercer el suyo de una manera legítima, aceptando que su vigencia está limitada por la de otro u otros derechos”*<sup>102</sup>.
- b) Existiría *in abstracto* una jerarquía de derechos basada en el orden numérico descendente en que se encuentran consagrados en el Art. 19 de la Constitución. *“El constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el art. 19.(...) La ordenación (...) no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y en seguida, en el número 4 la honra, en circunstancia que la libertad de información está contemplada en el N° 12”*<sup>103</sup>. Esta supremacía *in abstracto* concordaría –también por motivos formales– con los arts. 4, 17 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que, a juicio de la Corte, *“al tratar estos derechos confieren manifiestamente mayor jerarquía a la privacidad y a la honra que a la libertad de expresión e información”*<sup>104</sup>.
- c) La medida de prohibición de ingreso y comercialización del libro “Impunidad Diplomática” no puede ser considerada como censura en el caso *sub lite*, por lo que no estaría vulnerándose ni el orden constitucional chileno ni el derecho internacional sobre derechos humanos, particularmente el art. 13 del Pacto San José de Costa Rica. La censura debe entenderse en su sentido propio, como el *procedimiento impeditivo que forma parte de una política de Estado no democrático, practicado por agentes administrativos que operan como vigilantes, respecto de ideas –no de conductas– religiosas, políticas o morales, que se reputan peligrosas, impidiendo que lleguen al público por estimarse contrarias a los intereses de los gobernantes, o para el control que estos ejercen en la sociedad*. Esta censura de carácter previo es inaceptable y contraria al régimen democrático, no obstante la excepción que por razones de bien común establece el inciso final del art. 19 N° 12 para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica<sup>105</sup>. En todo caso,

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> *Idem*, Considerando 7°.

<sup>103</sup> *Idem*, Considerando 8°.

<sup>104</sup> *Idem*, Considerando 9°. Para la Corte de Santiago, el fundamento de esta aseveración radica en que este instrumento internacional regula una libertad de expresión que puede ser suspendida o restringida, en ciertas circunstancias, mientras la honra debe respetarse en toda situación.

<sup>105</sup> No es clara en los instrumentos internacionales de derechos humanos la relación negativa entre censura previa y democracia. Es pacífico que la censura previa en su sentido propio

esta forma de censura previa aceptada en nuestro ordenamiento jurídico “no tiene que ver con la intervención judicial que emana de la acción cautelar prevista por la Constitución y que tiene por objeto asegurar la debida protección del afectado en sus legítimos derechos privados. (...) en la especie no se trata de medidas restrictivas dispuestas por el Poder Ejecutivo, que podrían calificarse de políticas, sino de medidas judiciales contempladas en la ley y que corresponden al rol tutelar que es inherente a los Tribunales de Justicia”<sup>106</sup>.

La Corte Suprema, por su parte, en sentencia confirmatoria, apunta a solidificar las argumentaciones que hemos expuesto en los puntos b) y c), acentuando las razones de fondo que justifican la decisión. Con respecto al punto b), resalta la entidad del bien jurídico honra para la cohesión social: “el respeto a la vida privada, a la dignidad y a la honra de la persona humana y de la familia constituyen valores de tal jerarquía y trascendencia que la sociedad política se organiza precisamente para preservarlos y defenderlos, de modo que no puede admitirse concepción alguna de bien común que permita el sacrificio de ellos, ni convertir tal sacrificio en medio para que prevalezca otra garantía constitucional”<sup>107</sup>. En relación al punto c) acentúa la naturaleza cautelar de la acción de protección constitucional, desarrollando de este modo un tópico característicamente manifestado por el derecho jurisdiccional contemporáneo<sup>108</sup>: “el recurso de protección se contempla no sólo para los casos de perturbación o privación, sino también de amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos amparados por él, de modo que para su procedencia no se requiere que se haya producido el atropello de tales garantías, sino que basta para acogerlo el temor razonable de que tal violación pueda ocurrir. (...) La procedencia de la protección ante la sola amenaza, se afirma al considerar que los valores en cuestión son de tal índole que el solo inicio de su vulneración genera daños imposibles de reparar en términos equivalentes al bien que significa su respeto para quien los posee y requiere conservarlos íntegros e inviolables”<sup>109</sup>.

Invocando la libertad de expresión, la decisión de nuestros tribunales fue objeto, por parte del Sr. Francisco Martorell, de una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por violación a los derechos humanos por parte del Estado de Chile frente a los compromisos suscritos en el Pacto San

o restringido atenta contra el sistema democrático. Distinta es la situación de lo que algunos llaman “censura” en un sentido amplio o impropio, pues tanto la Convención Europea de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no la prohíben, mientras el Pacto San José de Costa Rica parece rechazarla, al impedir cualquier tipo de censura, si bien que para ello habría que aceptar que la restricción judicial de carácter preventivo es propiamente censura, lo que, como se verá mas adelante, es más que discutible. Han sido autoridades interamericanas de derechos humanos las que últimamente, en algunos informes y resoluciones, han sustentado esta interpretación.

<sup>106</sup> C. Santiago, sentencia cit., Considerando 7°.

<sup>107</sup> C.S., Sentencia del 15 de junio de 1993. Rol N° 21053 (Santiago), Considerando 3°.

<sup>108</sup> Vid. TAVOLARI O., R., *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 137-168; CEA E., J. L., “Misión Cautelar de la Justicia Constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 2-3, 1993, pp. 405ss.; REY CANTORI, E., *La Acción de Tutela. Garantía de respeto a la dignidad humana*. XXV Jornadas de Derecho Público, Edeval, Valparaíso, 1995, t. II, pp. 106 ss.

<sup>109</sup> *Idem*, Considerandos 1° y 4°.

José de Costa Rica. Dicho organismo, en el caso formado con el N° 11.230 contra Chile, a la vez que declaró inadmisibile la jerarquización *in abstracto* de los derechos fundamentales llevada a cabo por nuestros tribunales según el orden de sucesión numérica del art. 19 de la Constitución, determinó que se ha cometido un acto de censura previa incompatible con el régimen de libertad de expresión vigente en los sistemas democráticos que han suscrito el Pacto. Por ello declara que "*El Estado de Chile, mediante resolución de la Corte Suprema de Justicia, de 15 de junio de 1993, que prohibió el ingreso, distribución y circulación del libro "Impunidad Diplomática" (...) ha violado el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*"<sup>110</sup>.

### B) Caso "La última tentación de Cristo"

El Consejo de Calificación Cinematográfica, atendiendo a la solicitud de la compañía "United International Pictures Limitada" en orden a revisar la resolución<sup>111</sup> por la que se había prohibido en Chile la internación y exhibición de la película blasfema<sup>112</sup> "La última tentación de Cristo"<sup>113</sup>, determinó mediante resolución N° 214, de fecha 11 de noviembre de 1996, alzar dicha prohibición. Un grupo de abogados católicos recurrió entonces a la Corte de Santiago solicitando dejar sin efecto la nueva medida por cuanto esta era ilegal y amenazaba la honra de la persona de Cristo<sup>114</sup>, de la Iglesia Católica, persona jurídica de derecho público, y de los recurrentes, además de vulnerar la libertad de conciencia.

Los recurridos invocan distintos tipos de argumentación, en orden a probar la legalidad de la revisión administrativa del Consejo y la intangibilidad de la libertad de expresión frente a situaciones que pudiendo afectar la honra no tienen la entidad para violarla. En el primer aspecto, el presidente del Consejo de Calificación Cinematográfica, Sr. Jaime Pérez de Arce, mantiene que ese organismo tiene facultades para disponer la recalificación de una película. Se basa para ello en dos principios de derecho público:

- a) el principio de competencia, en virtud del cual la propia ley (decreto ley N° 679 de 1974) le concede a ese organismo —y sólo a él— las funciones concernientes a la calificación de las producciones cinematográficas, por lo que la jurisdicción constitucional quedaría inhibida de conocer en asun-

<sup>110</sup> Informe 11/96. párrafos 59 y 83 contra Chile, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996. OEA/Ser.L/V/II.95.Doc.7 rev. 14/mar/1997.

<sup>111</sup> Resolución administrativa de fecha 29 de noviembre de 1988, confirmada en apelación por resolución del 14 de marzo de 1989.

<sup>112</sup> *La Stampa de Turín* fue el primer medio de prensa que a nivel mundial habló de "blasfemia", al noticiar en agosto de 1988 los problemas del estreno de la película en EE.UU. con el título "*Por la película-blasfema. América se incendia*". Blasfemar es atribuir a Dios (o, indirectamente a lo sagrado) aquello que no le conviene (Santo Tomás, S. Th., 2-2, q. 13, a. 1), y para la doctrina católica tiene el carácter de un pecado supremo, al que puede juntarse una agravante más: la de querer excusarla (Santo Tomás, S. Th., 2-2, q. 13, a. 3.).

<sup>113</sup> Filme producido por la compañía cinematográfica "Películas Universal", y dirigida por Martin Scorsese. Basada en la novela homónima del escritor griego Nikos Kazantzakis, fue estrenada en agosto de 1988 en los EE.UU.

<sup>114</sup> Los recurrentes agregan que a Jesús se le ofende "*tanto como Dios que como ser humano, persona viva según la tradición católica y fe de todas las creencias cristianas, o persona fallecida para el caso de que no se considere una base verdadera y válida la referida precedentemente*".

tos que, como este, son entregados de un modo privativo a otro poder del Estado.

- b) el principio de revisión de los actos administrativos, por medio del cual las decisiones de la Administración pueden ser revisadas si obran nuevos antecedentes que así lo sugieran, lo que en el caso *sub lite* sucedería.

En relación con la afectación del honor, el Sr. Stevens O. Dell, representante de la "United International Pictures Limitada", afirma que el filme prohibido es una "obra artística"<sup>115</sup> dirigida al criterio de personas maduras que ya pueden dirigir sus propias vidas, y destinada al desarrollo cultural del país. Ella no pretende tampoco rehacer la verdadera historia de Cristo, por lo que no se le puede imputar una cualidad afrentosa, lo que queda demostrado en su capacidad "de superar a nivel mundial las ácidas críticas que se vertieron con motivo de su estreno"<sup>116</sup>.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 20 de enero de 1997, acogió por unanimidad el recurso, y en concordancia con una orden de no innovar dictada en sentido semejante, dejó sin efecto la resolución del Consejo de Calificación Cinematográfica, declarando a firme la resolución que prohíbe la internación y exhibición de la película de Scorsese. El 17 de junio de 1997 la Corte Suprema confirmó la sentencia por unanimidad, con la prevención de un ministro.

La Corte de Apelaciones de Santiago fundamenta la decisión de prohibir la película con un nivel de argumentación bastante descriptivo: expone los aspectos del filme en que se denigra a Jesucristo mostrando la entidad del daño (considerando 7); refiere testimonios de la presencia histórica de su figura y su influencia en la cultura occidental (considerando 8); afirma el carácter jurisdiccional y por tanto inamovible de la resolución de fecha 14 de marzo de 1989 por la que se confirmó la prohibición del filme (considerando 9); muestra la ilegalidad y arbitrariedad del acto administrativo que alza la prohibición en atención a que no existen nuevos antecedentes que lo respalden (considerando 10); niega que haya podido ser vulnerada la libertad de conciencia de los recurrentes (considerando 12); reafirma que la prohibición de exhibir la película no es un acto de censura previa sino una acción cautelar de naturaleza constitucional (considerando 14); constata que no se encuentra incluida entre las facultades del Consejo el poder revisar decisiones jurisdiccionales (considerando 16)<sup>117</sup>.

<sup>115</sup> No se afirma aquí de un modo explícito la libertad artística como manifestación de la libertad de expresión. El carácter artístico de la producción fue muy discutido en EE.UU. El *New York Times*, por ejemplo, en sus editoriales calificó a la película como un filme de "mal gusto", e ironizando con el título de la obra afirmó que "la violencia granita para ganar la taquilla es la tentación maquinada por el demonio, quien se esconde en las cámaras. Lamentablemente Scorsese parece haber sucumbido" (Cfr. *El Mercurio*, 21-8-1988).

<sup>116</sup> Esta afirmación no corresponde a los hechos, pues las disputas en torno al derecho a exhibir la película fueron feroces, y en naciones como EE.UU., Gran Bretaña, Francia, Italia o Brasil se extendieron hasta que el filme fue sacado de cartelera. Patrick J. Buchanam, conocido crítico de cine en EE.UU., afirmó en su época que "vivimos en un mundo donde ridiculizar a los negros está prohibido, donde el antisemitismo es castigado con la muerte política, pero donde vapulear los valores cristianos es un deporte popular; y las películas que se mofan de Jesucristo son consideradas de vanguardia" (en *Editor Press Service* y *New York Times*, citado por *El Mercurio*, artículo "Hollywood y el Cristianismo se enfrentan por el Filme de Scorsese", 21-8-1988).

<sup>117</sup> C. Santiago. Sentencia del 20 de enero de 1997, Rol N° 4079-96,

Centrando la argumentación en los aspectos conflictuales del honor, establece un principio de armonización entre este bien jurídico y el ejercicio de las libertades públicas en el sistema de pluralismo democrático. Afirma, de este modo, que *“en el filme la imagen de Cristo es deformada y minimizada al máximo. De esta manera, el problema se plantea en si es posible, en aras de la libertad de expresión, deshacer las creencias serias de una gran cantidad de hombres. La Constitución busca proteger al hombre, a sus instituciones y a sus creencias, pues estos son los elementos más centrales de la convivencia y la pertenencia de los seres humanos en un mundo pluralista. Pluralismo no es enlodar y destruir las creencias de otros, ya sean estos mayorías o minorías sino asumirlas como un aporte a la interacción de la sociedad en cuya base está el respeto a la esencia y al contexto de las ideas del otro. (...) Cuidar la necesidad de información o de expresión tiene una estrechísima relación con la veracidad de los hechos y por eso deja de ser información o expresión la deformación histórica de un hecho o una persona. Por esto es que los sentenciadores creen que el derecho de emitir opinión es el derecho a calificar una realidad pero nunca el deformarla haciéndola pasar por otra”*<sup>118</sup>.

La Corte Suprema confirma la parte resolutive del fallo de la Corte de Apelaciones, pero modifica notoriamente la perspectiva de fundamentación, eliminando gran parte de sus considerandos, entre ellos, los arriba referidos menos los desarrollados en los números 7 y 12. Más que mostrar en detalle cómo la película enloda la figura de Cristo y vulnera la honra de quienes lo siguen y veneran, alterando tradiciones sustanciales de nuestra identidad, el máximo tribunal parece querer centrarse en aspectos más técnicos de la cuestión, evitando exponerse en demasía a posibles polémicas.

Es bueno recordar aquí que un grupo de abogados, sintiéndose afectados en su libertad de expresión por la decisión jurisdiccional de impedir la exhibición de la película, presentaron a lo largo del procedimiento de protección una serie de escritos con el objeto de hacerse parte sin que formalmente nuestros tribunales hayan considerado sus peticiones. Sus escritos tienden a recalcar el carácter absoluto de la libertad de expresión ante el Pacto de San José de Costa Rica, y la consecuente prohibición de cualquier tipo de censura, dentro de la que incluyen la medida jurisdiccional de mantener la prohibición de exhibir la película, decretada ya en un inicio como orden de no innovar.

Para la Corte Suprema lo definitivo del caso *sub lite* es *“determinar si la resolución impugnada es un acto ilegal o arbitrario que haya causado agravio a los recurrentes”*<sup>119</sup>. Para ello recuerda el principio de supremacía constitucional en materia de derechos fundamentales, lo que hace inocuo el alegato de competencia exclusiva del presidente del Consejo de Calificación Cinematográfica al no ser *“jurídicamente admisible entender subordinada”* la *“competencia constitucional a otra que la ley ha conferido a autoridades administrativas (...) para resolver materias relacionadas con la calificación cinematográfica”*<sup>120</sup>.

Pronunciándose directamente sobre el estatuto constitucional de la libertad de expresión, la Corte Suprema afirma que *“no cabe entender vulnerada la garantía que otorga el N° 12 del Art. 19 de la Constitución (...) porque este mismo*

<sup>118</sup> *Idem*, Considerando 18.

<sup>119</sup> C.S., Sentencia del 17 de junio de 1997, Rol N° 519-97, Considerando 1°.

<sup>120</sup> *Idem*, Considerando 2°.

*precepto, en su inciso final, remite a la ley para la determinación de “un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la exhibición cinematográfica” (...)* por lo que ha de examinarse “si el Consejo de Calificación Cinematográfica tiene la potestad legal de revisar discrecionalmente una resolución suya dictada con anterioridad (en este caso, varios años antes) y ha sido sometida al procedimiento previsto por la ley”<sup>121</sup>. La respuesta de la Corte es que la resolución del Consejo en cuestión es “manifiestamente ilegal porque se vuelve contra lo que el órgano superior (el órgano de apelación) *había definitivamente decidido* y (...) *porque se ha dictado en ejercicio de una potestad de revisión de que carece absolutamente (...)* ya que *no hay precepto legal alguno que la haya investido de tal poder revocatorio*”<sup>122</sup>.

Finalmente, en cuanto al agravio, la sentencia afirma que la película cuya exhibición se ha autorizado por el acto administrativo recurrido (...) presenta a la figura de Jesucristo —que tan decisiva influencia ha ejercido en la historia y cultura de la humanidad— de tal modo deformada y humillada, que su honra aparece vulnerada gravemente, lo que no se logra cohonestar, por cierto, como se pretende, atribuyendo todo a una fantasía onírica. La honra, a su vez, en esencia y contenido es inherente a la dignidad del ser humano y es garantizada por la Constitución a la persona y su familia, sin perjuicio de que pueda alcanzar a un conjunto de personas<sup>123</sup>. La aceptación de una colectividad o grupo de personas como sujeto activo del derecho a la honra es acentuado en el considerando siguiente al afirmarse que “*aunque este tribunal prescinde del hecho de su resurrección (de Jesucristo), cuya aceptación es materia de fe, debe admitir que el agravio a su honra repercute o trasciende en la honra de los propios recurrentes, ligado esencialmente a su dignidad de personas, ya que esta implica, entre otros atributos, la capacidad de determinarse conforme a valores y creencias*”<sup>124</sup>.

Varios comentarios debemos hacer a esta sentencia:

1) La Corte Suprema parece haber variado la postura de la Corte de Apelaciones y su propia postura mantenida en el caso “Martorell”, al no sostener la afirmación de que medidas impeditivas como las que están implicadas en el fallo son el resultado de una actividad esencialmente distinta a las del poder gubernativo y que tiene sus raíces en la misión primordialmente cautelar de la jurisdicción. Lo único que al respecto parece ahora preocuparle es ubicar la decisión del Consejo dentro del sistema de censura previsto en el inciso final del Art 19 N° 12 de la Constitución para considerarlo lícito *sólo porque la norma constitucional lo autoriza*. Hay aquí un tremendo equívoco, pues si es de la esencia del oficio jurisdiccional el contar con medidas preventivas de tutela, máxime en materia de derechos fundamentales, lo que es fácilmente demostrable y modernamente muy demostrado después de siglo y medio de mentalidad legalista; no es, por su lado, de la esencia de un ordenamiento constitucional el tener un sistema de censura previa. Si la Corte no justifica la naturaleza de las medidas

<sup>121</sup> *Idem*, Considerandos 4° y 5°.

<sup>122</sup> *Idem*, Considerando 7°.

<sup>123</sup> *Idem*, Considerando 12. Dice la Corte “*al conjunto humano (...) confesiones cristianas, como asimismo a todos los que ven en la persona de Jesucristo su esperanza y modelo de su existencia*”.

<sup>124</sup> *Idem*, Considerando 13.

que toma frente a actos en que se invoca la libertad de expresión, y no los distingue conceptualmente de los actos administrativos permitidos por el inciso final del art. 19 N° 12, es insoslayable preguntarse, entonces, sobre todo cuando se ha atribuido al acto administrativo en cuestión el *status* regulativo de la censura, si acaso la decisión jurisdiccional de mantener la prohibición de la película no participa, en tal caso, de los caracteres de esta.

Es complejo fundamentar la censura administrativa previa en el actual contexto constitucional, sobre todo por la prohibición que en torno a ella establece el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica. Para discernir una respuesta en esta materia, es necesario tomar partido en la espinosa cuestión del estatuto normativo de los tratados de derechos humanos que suscribe nuestro país, de acuerdo al art. 5° inciso 2° de la Constitución. La respuesta depende de la naturaleza supraconstitucional, meramente constitucional o simplemente legal que se acepte en torno a este tipo de tratados. Nuestra jurisprudencia no parece tener una posición definida en este ámbito, lo que refuerza lo que hemos dicho acerca de la poca claridad de este tipo de argumentos.

La Corte Suprema, en este aspecto, da un paso atrás en la justificación de sus decisiones de justicia, por otra parte tan ejemplificadoras, pudiendo ser acusada ante organismos internacionales de violar el Pacto de San José de Costa Rica en lo que dice relación con la censura administrativa.

2) Es imprescindible que nuestros tribunales fundamenten con mayor detalle el sentido de armonización que debe existir entre los distintos derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En particular, debe justificarse lo insustentable que resulta para la sociedad en su conjunto, y no sólo para el afectado, el que a través de la jurisdicción se acoga el principio de que la libertad de expresión es un concepto absoluto del que analíticamente se deduce el régimen de libertades de los ciudadanos. Este es un axioma no demostrado teóricamente, y cuya aplicación puede ser fuente de manifiestas injusticias por el carácter irreparable que tienen ciertos daños contra el honor o la intimidad.

##### 5. PRINCIPIOS PARA UNA CONCEPTUALIZACION DEL HONOR EN CUANTO DERECHO FUNDAMENTAL

Se puede decir que en la forma de abordar la noción de “derechos fundamentales” se incurren por lo general en tres grandes errores que dificultan su adecuado tratamiento:

1) *Adopción, en el punto de partida de la reflexión acerca de los bienes jurídicos, de una noción exclusivista de “derecho subjetivo”, sin ninguna referencia a una instancia real que los vaya configurando en concreto.* Los “derechos” se presentan así como exigencias puras o esferas de capacidades (la mayor de las veces, de carácter físico), sin bienes reales que los vengán a objetivar. Desde estas premisas se construyen abstracciones jurídicas que tienen un diálogo de sentido inverso con la realidad social: en vez de reflejar universalizados los elementos comunes de los bienes materiales e inmateriales que están atribuidos a cada persona en concreto, se espera adaptar esta realidad atributiva a las exigencias de unos “derechos” abstractos sin objeto. El paso para transformar esos

“derechos” en un mero instrumento al servicio de la ideología de turno es imperceptible. Es un paso peligroso, donde toda la dimensión de justicia y de interdicción de la arbitrariedad, propia de lo jurídico, se esfuma rápidamente.

El caso más ejemplificador de este equívoco en los puntos de partida es el de las libertades públicas. Muchos juristas, preocupados por la interminable historia de ataques con que los poderes públicos de nuestro siglo han amordazado la libertad de los ciudadanos por canales muchas veces sinuosos y ocultos, han dimensionado su valor de un modo tan intensivo, que terminan por diseccionar este derecho del resto de los bienes humanos. Declarando “absoluto” su estatuto jurídico, prescinden de cualquier tipo de preocupación –y por ende, de reflexión– sobre el carácter no absoluto del hombre de carne y hueso, relacionado y vinculado hasta para respirar. De ahí, todo un conjunto de malos entendidos con quienes en el campo de la ciencia jurídica o en la vida del foro se ven obligados a situar las libertades públicas en el contexto de la alteridad. Desde aquella perspectiva de “absolutización” o ilimitación –similar a lo que, paradójicamente, ocurrió con la honra en la segunda mitad del siglo pasado– es imposible no concebir como un “límite” injusto<sup>125</sup> lo que no es más que una exigencia de objetivización<sup>126</sup>.

2) *Tratamiento de los derechos fundamentales desvinculados de su contextualización en la unidad de sentido de lo humano.* A este respecto, se separa lo que sólo se ha de distinguir en al menos dos ámbitos:

- i) En su aspecto garantístico, se tiende a tratar a los derechos como si fuesen completamente ajenos unos de otros. Con ello, se triza la eficacia del sistema proteccional, el que por fuerza ya no refleja la imagen del hombre por entero sino sólo cada una de sus partes por separado y en estado completo de desvinculación, como los trozos de un espejo roto que ya no se volverán a unir. Es imposible comprender, desde tal ángulo, el que los derechos sean distintas facetas de protección del hombre, de tal manera que a este título todo derecho está íntimamente vinculado a otro, por lo que en su protección no pueden unos ser abstraídos completamente de otros. En este sentido, el oficio de la actividad jurisdiccional pasa por acercarse a cada uno de los derechos en su contextualización jurídica con los otros.
- ii) En el tópico de la disputa entre bienes jurídicos, hay una inclinación generalizada a razonar en torno a ellos como si fuesen dos rivales que, condenados contra su voluntad a un duelo a muerte, deben medir sus fuerzas para conocer sus capacidades y límites, y enfrentar así la victoria. Esta visión facilita la solución de los problemas de ajustamiento jurídico en base al equívoco modelo del “conflicto” entre derechos. Con él se parcela al hombre en porciones jurídicas contrapuestas. La necesaria desatención de unos derechos en beneficio de otros a fuer de conceptualizar sus relaciones como irreconciliables, es el precio de esta perspectiva.

<sup>125</sup> Sobre la noción de los derechos “absolutos” en cuanto irreales y opuestos al pluralismo jurídico, Vid. CARPINTERO, F., *Derecho y Ontología Jurídica*, Actas, Madrid, 1993, pp. 237- 246.

<sup>126</sup> Presupuesto de la justicia es una objetivización previa, un primer reparto, una atribución de lo suyo de cada cual. Para una síntesis de este punto. Vid. HERVADA, J., *Introducción Crítica al Derecho Natura*”. Eunsa, Pamplona, 1990, pp. 23-30; PIEPER, J., *Las Virtudes fundamentales*, Rialp, Madrid, pp. 89ss.

3) *Ausencia de distinción entre los derechos en su realidad existencial y concreta, y los enunciados abstractos por medio del que los formulamos.* Los bienes jurídicos concretos atribuidos a personas también concretas pueden ser bien o mal expresados por nuestros conceptos jurídicos, y lo normal será que no estén perfectamente descritos en cuanto a su comprensión o su extensión. Por ello, en la reflexión jurídica no se puede desatender la vinculación existente entre cada uno de los derechos que la Constitución protege y cada uno de los bienes humanos particulares que en ellos se expresa<sup>127</sup>.

El término “honor” y “libertad de opinión” y los respectivos textos constitucionales que lo amparan (art. 19 N<sup>os</sup>. 4 y 12), en verdad, nos dicen bien poco respecto de los bienes humanos a que esos términos se refieren a la hora de situarlos jurisdiccionalmente. De ahí la necesidad de atender siempre a la realidad jurídica universalizada en nuestros conceptos, a fin de captar con cierta aproximación su juridicidad y lograr una determinación a la hora de resolver un aparente conflicto entre derechos fundamentales. En este sentido, se puede decir que las reivindicaciones de un derecho en abstracto, hecho a la medida de un hombre ideal, que vive sólo en las fábulas de Rousseau, no tiene mucho que ver con el derecho. Al contrario, es algo nocivo a la comprensión de la realidad jurídica, tejida en la horizontalidad, y no en la verticalidad.

Superando estas tres dificultades, la conceptualización del honor puede emprenderse a partir de un horizonte de visión bastante más amplio, y más armónico con el resto de los derechos fundamentales. Lo mismo puede decirse de la libertad de expresión.

Si observamos con atención, en los sistemas democráticos en desarrollo sólo se conoce el honor, para efectos de relevancia jurídica, en su “estado conflictual”. Poco se habla de este derecho en su estado pacífico, en su configuración interior y en sus reflejos cotidianos. Nos referimos a él sólo cuando sentimos que algo lo lesiona, de manera que siempre aparece de un modo episódico, expresado a la manera de un coto de contención o una zona límite al sistema de libertades. De ahí que muchos lo vean como un resabio tan inflexible como arcaico, que es necesario obviar lo más posible para el desarrollo pleno y eficaz de la libertad.

Con la libertad —la de opinión o de información, por ejemplo— sucede todo lo contrario. En la práctica, sólo la conocemos en su estado pacífico; juristas y políticos, con toda razón, la ensalzan, mientras los ejes de las instituciones políticas y jurídicas la promueven y se configuran en importante medida en torno a ella. Su aspecto “conflictual” aparece pero de un modo totalmente distinto al del derecho al honor. El “conflicto” no se expresa como indiciario de su existencia, sino como algo que revela la presencia de un obstáculo a su actividad. Ni siquiera se habla, toda vez que vivimos en sociedad, de lo que parece

<sup>127</sup> Relacionado con este punto. *vid.* MORENO VALENCIA, F., *Consideración filosófica del derecho a la información y a la honra*, en *Revista de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo*, Año 5, 1998, pp 12-13. Es interesante la postura del autor en cuanto va desenvolviendo desde una perspectiva de “convergencia antropológica” realista el sentido armónico de todos los derechos en base a la consecución del bien de la persona humana: i) todo derecho supone una orientación a un bien particular debido, de donde se deduce una delimitación de ámbitos; ii) todo derecho supone un deber correlativo, lo que obliga al ajuste entre derechos y deberes; iii) el ejercicio de los derechos se rigen en su dirección por la ley natural; iv) el bien común plantea ciertas exigencias específicas, fundadas en la naturaleza social del hombre.

normal en todo derecho: su función social. De ahí que se mire como un mal menor, y no como una exigencia de justicia, los casos en que se hace necesario "limitarla". Ante un derecho que se presente como "límite" a su actividad, la primera reacción es la de desconocer su importancia, pues lo único que se ve es su cualidad de obstáculo.

Es sumamente importante hacer un ejercicio reflexivo inverso al que estamos acostumbrados. El honor como bien jurídico tiene mucho que decirnos si lo consideramos en su "estado pacífico". Y las libertades de expresión y de información tienen poco que aportarnos en su deficitaria consideración "conflictual".

En realidad, dado el fundamento mediato o inmediato que todo derecho tiene en la dignidad del hombre<sup>128</sup>, en último análisis es a ella que estamos atendiendo cada vez que velamos por un derecho u otro. Nos importa defender al hombre en sus diversos aspectos. La variabilidad de nuestro lenguaje para enumerar y distinguir los distintos derechos fundamentales debe verse como expresión de nuestra imposibilidad de formular en una sola noción las múltiples facetas jurídicas de los bienes inherentes a la persona humana, y no como una separación lingüística que prepara la desvinculación de unos derechos que después van a entrar en lucha. Esto se comprende bien si se asienta la dignidad en bases ontológicas sólidas<sup>129</sup>, prestando atención no sólo al aspecto individual sino también social de la naturaleza humana.

Este último aspecto nos lleva de la mano al tratamiento de las relaciones conflictuales entre la honra y la libertad de expresión.

#### 6. EL DERECHO A LA HONRA Y SUS RELACIONES CONFLICTUALES CON LA LIBERTAD DE EXPRESION

Imaginemos a dos viajeros<sup>130</sup> que, decididos a conocer nuevos mundos, recorren en el mismo ferrocarril un país de vastas dimensiones. Al terminar un viaje de semanas, ambos se juntan para intercambiar sus impresiones y comentar los detalles de lo observado. Se produce, sin embargo, un diálogo de sordos. Sus notas de viaje son radicalmente diversas. Uno de los viajeros sólo vio montañas y desiertos, y habla de un país terriblemente tórrido. El otro, por el contrario,

<sup>128</sup> No podemos desarrollar aquí este tema, que se centra en dos cuestiones: (i) si los derechos de la persona humana necesitan ser fundamentados; (ii) si esa fundamentación ha de buscarse en la dignidad humana. Sobre el punto (i) es conocida la tesis de Bobbio que niega la necesidad de fundamentar los derechos, en su escrito "Sobre el fundamento de los derechos del hombre" (hay traducción española en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, 1982). Vid las certeras críticas que le dirige Gregorio ROBLES en *Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad actual*, Civitas, Madrid 1992, pp. 11 ss. Respecto al punto (ii) puede encontrarse una síntesis en MASSINI, C. y SERNA P. (Ed.), *El derecho a la Vida*, Eunsa, Pamplona, 1998, pp. 34-54, 63-64 ss. También SOTO KLOSS, E., "La dignidad de la persona, fundamento de los derechos humanos. Antecedentes veterotestamentarios", en *Revista Chilena de Derecho*, N° 41-42, 1987; GARCÍA-HUODOBRO C., J., "El hombre y su dignidad", en *Revista de Derecho Público* N° 50, 1991, pp. 11 ss. Para una vinculación entre honra y dignidad vid. MORENO VALENCIA, F., *op. cit.*, pp. 7-14.

<sup>129</sup> BEUCHOT, M., *Naturaleza Humana y ley natural como fundamentos de los derechos humanos*; HERVADA, J., *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho*; MASSINI, C. *Acerca del fundamento de los derechos humanos*, en Massini, C. (Ed.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 17-26, 109-124, 187-214 respectivamente; OLLERO, A. *op. cit.*, pp. 127-168; MASSINI, C. (Ed.), *Ecología y Filosofía*, Edium, Mendoza, 1993, p. 81-88.

<sup>130</sup> Para esta metáfora nos hemos basado en una obra de Julio Verne.

describe con entusiasmo la profusión de ríos, valles y mares en un país que le pareció colmado de recursos naturales. El problema, al parecer insoluble, radica fundamentalmente en una diversidad de perspectivas: ambos recorrieron las mismas tierras, pero las observaron desde posiciones completamente distintas; el uno iba sentado al lado derecho del ferrocarril, el otro, por el contrario, al lado izquierdo.

Algo parecido sucede cuando se defiende un derecho. Se presta tanta atención en él que se olvida pronto el resto del paisaje jurídico. Así como muchos gustan de un determinado tipo de paisaje y sólo centran su visión en él, así también muchos enfocan sólo algún tipo de derechos, acostumbrados a viajar siempre a la vista de una sola perspectiva. De ahí que las relaciones entre los derechos preferidos y los preteridos sea la de un necesario conflicto de los primeros contra los segundos y no de un armónico ajustamiento entre elementos necesariamente correlacionados, y que necesitan ser considerados previamente en similares condiciones de visión.

Si aplicamos estas premisas al modelo de conflicto entre el derecho a la honra por un lado y la libertad de expresión, por otro, veremos que muchos aspectos conflictuales no son más que fuegos de artificio de nuestra bella falta de visión panorámica. Lo que decíamos sobre la ausencia de referencia al "estado pacífico" del derecho al honor cobra aquí todo su sentido.

El fondo de la poca consideración que se tiene con respecto al honor reside en que normalmente se acepta que su fundamento es movedizo, pues se lo considera transido de creencias y prejuicios sociales<sup>131</sup>. La razón de este tipo de afirmaciones proviene, a mi juicio, de la falta de atención en torno a entidad real del honor como bien jurídico cargado de objetividad y de las consecuencias sociales de su no reconocimiento adecuado.

#### A) *El derecho al honor como elemento de la libertad de expresión*

Fundado en elementos objetivos, el honor se vuelve un concepto razonable, haciéndose mucho más comprensible. En su plano último, como lo hemos dicho, manifiesta lo mismo que la libertad de expresión: la dignidad humana. Y en su expresión jurídica inmediata no hace más que revelar la intangibilidad de la persona en las relaciones sociales.

Este último aspecto es fundamental para comprender bien la naturaleza del honor. Sin embargo, es algo muchas veces ausente en los trabajos y consideraciones jurisdiccionales que se dedican al tema. Profundicemos su sentido.

La libertad de expresión, en un sentido amplio, comprende tanto la libertad de opinión (que junto a la libertad de conciencia es la base de la libertad ideológica) como la libertad de información. La primera ha sido definida por nuestros tribunales como "el juicio pronunciado sobre un asunto determinado, respecto

<sup>131</sup> "(...) Para determinar si los términos de una opinión o de una información vulneran el derecho al honor, hay que situarse en el terreno de las creencias y los prejuicios sociales, que marcan las circunstancias, los juicios de valor, y las expresiones que aplicadas a la persona pueden hacerla desmerecer en el concepto social o en su buen nombre dentro de la comunidad", Carrasco Durán, M. "Criterios jurisdiccionales (del tribunal español) para la resolución de los conflictos entre las libertades de expresión y de información y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en *Revista de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, cit. p. 73.

del cual se tiene un conocimiento entre la ciencia y la ignorancia". La libertad de información, por su parte, es descrita como *el caudal de diversos conocimientos que incluyen tanto la narración objetiva de los hechos, como las imágenes, descripciones, signos, símbolos y comentarios subjetivos*<sup>132</sup>.

El ser humano, sin embargo, no sólo se expresa a través de signos lingüísticos, sean orales o escritos. También lo hace a través de actos que él mismo y los que lo rodean califican de buenos o malos, valiosos o disvaliosos, beneméritos o nocivos. Esos actos son tan suyos como sus palabras, y por medio de ellos el hombre va esculpiendo su propia imagen moral ante los demás, del mismo modo que a través de sus expresiones lingüísticas va formulando explícitamente sus opiniones. Si la opinión es protegida por la libertad de expresión, la imagen moral queda cubierta por la honra. Hay, como se ve, un parentesco íntimo entre la libertad de expresión y la honra. Una permite expresar nuestras ideas, constituyendo una de las columnas del pluralismo democrático. Otra permite expresar nuestra fisonomía conductual, convirtiéndose en una de las bases de la convivencia democrática, que no es más que el ambiente oxigenado que permite el pluralismo de opiniones.

La afirmación anterior debe vincularse con otra. El hombre no se presenta en sociedad sólo con su imagen física, con sus opiniones o su patrimonio. También lo hace, e indefectiblemente, con su imagen moral, diseño de sí mismo. No nos presentamos vacíos ante los demás, ni como meras máquinas de fabricar opiniones. Hay diferencias entre una hermana de la caridad y un defraudador de los bienes de los más pobres. Se nos conoce y nos conocemos por lo que hacemos y somos capaces de hacer en nuestras disposiciones más hondas. Y esto es tan obvio y tan actual, que en razón de lo primero se olvida y por causa de lo segundo se lo da por supuesto.

Si se piensa bien, esta imagen moral que la persona proyecta a partir de sus actos tiene una importancia enorme, pues es una de las bases fundamentales tanto de la amistad como del amor, del intercambio comercial como de la carrera funcionaria o profesional. Insertemos este principio en la sociedad mercantilizada de los días que corren y veremos cómo en su centro el honor se hace palpable: (i) en la necesidad imperiosa que hoy existe de conocer —a falta de otros datos más personales— los distintos antecedentes comerciales cada vez que se cierra un contrato; (ii) en el buen nombre y reputación que todo agente de la actividad comercial o industrial necesita normalmente para alcanzar sus finalidades económicas.

En síntesis, el honor es una de las modalidades —quizás la más fuerte— de la libertad de expresión, pues como vemos no es sólo con palabras que el hombre se expresa, sino también con los actos que le imprimen un sello a su vida y a sus relaciones. Y la libertad de expresión es, a su vez, una manifestación especificada del honor, porque no existe auténtica opinión si la persona que la vierte no puede identificarse como persona, con sus propias peculiaridades.

Lo anterior deja al descubierto la artificialidad de la formulación libertad-honor como un conflicto en que la primera ha de avanzar frente a una zona prohibida que ha de disminuir. Tanto el derecho que denominamos "honor" como el que llamamos "libertad de expresión" no son sino facetas protectivas de

<sup>132</sup> Cfr. C.S., Rol 21.053 de 1993, RFM, N° 415, junio, 1993, p. 347.

un mismo bien jurídico que conceptualmente puede formularse en términos más extensivos: la expresión libre de la personalidad del hombre<sup>133</sup>. Y su inviolabilidad alcanza del mismo modo a la posibilidad de emitir libremente opiniones como a la de conformar libremente la propia imagen moral.

Frente a esta conclusión, hay una curiosa inconsecuencia de parte de algunos autores que pleitean por la libertad de expresión “absoluta”. Defienden *in genere* la libertad del hombre, recalcando especialmente aquella que los antiguos denominaban libertad de coacción, y que desde un punto de vista antropológico y ético es la menos fundamental. Pero su defensa abarca sólo las opiniones, pues hacen cesar este tipo de libertad cuando estamos en presencia de lo que hemos llamado imagen moral. Es indudable que la naturaleza mucho menos tangible y exacta de esta última coadyuva a sustentar tal exclusión. Pero por detrás de esa exclusión se puede vislumbrar un cierto materialismo que a modo de perrecho ético se difumina como mentalidad y no como doctrina. El impulso hedonista —que es una de las repercusiones éticas del materialismo— de poseer todo el objeto deliberado aquí, ahora, y para siempre se hace presente en la deliberación jurídica por un deseo poco confesado de gozar aquí, ahora y para siempre de ese espacio de libertad que se nos presenta con una tangibilidad instantánea. Ello explica por qué a partir de este tipo de libertades se opera con prescindencia absoluta de cualquier otra consideración o bien jurídico.

Finalmente, se puede decir, delante de lo expuesto, que quien hiciese una defensa prudencial tanto de la libertad de expresión como de la honra promovería un sentido de la libertad bastante más ilimitado que el propuesto por estos autores, al no restringirla previamente al solo concurso de las opiniones.

#### B) *El honor y el principio aristocrático en las relaciones jurídicas*

La consideración del honor como una de las tantas expresiones del principio aristocrático en el mundo del derecho, abre todo un horizonte de reflexión que nos revela de una forma bastante sugerente la importancia de este bien jurídico.

Para comprender adecuadamente este principio<sup>134</sup>, es preciso exponerlo en su genuino sentido. Ello exige tomar distancia de los usos tan demagógicamente negativos con que este término es frecuentemente manipulado cuando se trata de denotar toda situación que, real o aparentemente, atenta contra el principio de igualdad. La utilización malévola de esta palabra crea artificialmente un espejismo emocional que obnubila la visión de las profundas correspondencias que existen entre el principio aristocrático y el principio de igualdad jurídica. No es

<sup>133</sup> Hay en este aspecto una diferencia esencial entre el honor y al intimidad en cuanto derechos de la personalidad, por lo que no deben confundirse. El honor está en contacto directo con la participación del individuo en la comunidad y en la intimidad, por el contrario, lo que se pretende es, en último término, garantizar un ámbito de no intervención activa en la vida social, bien a través de asegurar la falta de información, bien mediante el control sobre dicha información. Vid. esta diferencia en LÓPEZ DÍAZ, *op. cit.*, pp. 120 ss.

<sup>134</sup> El principio aristocrático es una manifestación societaria del principio metafísico de la gradación de los seres, señalado por Santo Tomás en S. Th. I, q.47, a.2; I, q.50, a.4; I, q.96, a.3 e 4; y S.G., II, 45; y por San Buenaventura en *Breviloquium*, p. 2, c.12, entre otros. Para una síntesis del principio aristocrático en la teología, filosofía y sociología cristiana, vid. HERRERA ORIA, A., *Verbum Vitae - La Palabra de Cristo*, BAC, Madrid, 1953, pp. 720-724. Un estudio reciente en PERNOT, C., *La Politesse et sa philosophie*, PUF, París, 1996; y BUSHMAN, R., *The Refinement of America*, Knopf, New York, 1992.

extraño encontrar en la exposición que algunos autores hacen del principio de igualdad una confusa asimilación entre la igualdad jurídica y la nivelación cuantitativa de los vínculos sociales<sup>135, 136</sup>.

Enfoquemos el principio aristocrático fuera de estas temáticas. El expresa la tendencia de toda persona, grupo o sociedad hacia lo más acabado, lo más perfecto, lo más pulcro en el hacer y en el obrar. Es una tendencia que está presente en todo ser que manifieste algún sentido de elasticidad accidental en el orden cualitativo. En el hombre se hace presente cada vez que hay un grado de destaque o de "mejor hacer" en cualquier ámbito de su actividad, desde el obrero no calificado que en lo suyo es el mejor, hasta el académico o el profesional que tras largo esfuerzo logra actualizar sus potencialidades en un grado eximio. Este principio es el crisol psicológico de una serie de sentimientos y virtudes que en algunas ocasiones irrumpen modalmente en el campo de lo justo, como por ejemplo, la admiración, la fidelidad, o aquella forma especial de amor que se manifiesta en la veneración o acatamiento.

El principio aristocrático es, de igual modo, el ámbito de precomprensión de los modelos o arquetipos sociales<sup>137</sup>, que expresan la diversidad de tipos humanos que existen en una sociedad determinada. A través de ellos, los individuos dejan de ser anónimos sociales, sintiéndose identificados a través de una popularidad que no se puede medir a través del recuento de votos, pero que no por ello es menos representativa de lo que hay de más característico y definitorio en cada modo de ser o en cada género de actividad. Al expresar no tanto su origen cuanto su "hacerse", los modelos indican lo que hay de más propio en cada faceta humana, sea que estemos hablando de un futbolista, de un Presidente de la República, de un magistrado o de una clase política.

El principio que estamos comentando es especialmente adecuado para manifestar el "valor" de lo humano en cuanto tal, sus excelencias y sus aspectos intangibles, sea a nivel de su ser sustancial o de sus operaciones. En el primer aspecto, lo humano es expresado a través de la noción de persona, que acentúa antropológicamente los atributos espirituales que especifican al hombre. En el segundo aspecto, que no por ser accidental deja de tener enorme importancia, lo humano se configura a través del mejor sentido de nuestros actos, que se expresa en la noción de virtud. Esta acentúa el índice de perfección moral y de acabamiento humano en el orden de los fines.

Este "valor" de lo humano tiene obviamente una dimensión relacional de carácter social, que en su horizonte jurídico se expresa en ciertas exigencias de

<sup>135</sup> Esta parece ser, por ejemplo, la posición de autores como A. CASAMIGLIA, y de F. LAPORTA. Sobre el primero, *vid. Sobre el principio de igualdad*, en "El fundamento de los derechos humanos", editado por Gregorio Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, p. 99; sobre el segundo *vid. El principio de igualdad: introducción a su análisis*, en "Sistema", N° 67, 1985, p. 4. Para una revisión de estas posturas ("igualitarias") en su relación con las exigencias de la virtud de la justicia, *vid. HERVADA, op. cit.*, pp. 38, 39, 47 y 48.

<sup>136</sup> Un ejemplo reciente de interpretación "igualitaria" del principio de igualdad se encuentra en las exigencias de "discriminación positivas" que algunos legisladores creen ver en la igualdad de oportunidades garantizada en el art. 1° de la Constitución de 1980. Para una crítica de la discriminación positiva desde el ángulo constitucional, *vid. Vivanco, Angela, Discriminación positiva: ¿Una forma constitucional de asegurar la igualdad de oportunidades?*, La Segunda, 3 de agosto de 1998, p. 11.

<sup>137</sup> La filosofía bonaventuriana es la que estudió con mayor detención el valor gnoseológico y metafísico del símbolo, lo que mucho se relaciona con este aspecto del principio aristocrático. *Vid. PIAZZA, L., Mediazione simbolica in San Bonaventura*, Edizioni LIEF, Vicenza, 1978.

inviolabilidad. Estas exigencias son manifestadas sucesivamente en el Derecho a través de la "dignidad humana" y del "honor". La primera dice relación con la protección de la persona en cuanto tal, el segundo se vincula al amparo del acervo moral que sigue a cada persona, o si se quiere, en un lenguaje más clásico, con la virtud en el sentido omnicomprendivo del término. Y la virtud tiene un significado aristocrático en el honor, en cuanto este se basa en una cierta cualificación de la persona que se va explicitando a los demás a través del tiempo. A propósito de tal cualificación, Ortega y Gasset hablaba de la "elegancia" de la virtud, como uno de los signos distintivos con respecto al vicio, cuyo disvalor moral también puede significarse en términos de vulgaridad. No ha de pensarse que esto tiene una relevancia meramente individual. El principio de admiración y de servicio al otro, condiciones de la solidaridad social, en una medida ponderable trazan sus líneas de desarrollo a partir del vértice preparado por esta cualificación explicitada.

Es importante hacer aquí una breve referencia a la relación que existe entre el principio aristocrático, en cuanto fundamento del honor, y el principio de igualdad jurídica, pues en apariencia se presentan en un sentido confrontacional. En verdad, si se entiende la igualdad desde ciertas premisas ilustradas que parten de una visión filosófica del hombre como ente asocial, absolutamente libre, independiente y autónomo<sup>138</sup>, desconectado de sus vínculos reales y concretos con los otros, es bastante complejo encontrar algún tipo de relación positiva entre ambos términos.

Pero lo cierto es que la igualdad del ser humano de carne y hueso es una igualdad matizada de variedades y distinciones, en un *status* ontológico donde la libertad es participada a modo creatural y limitado. La virtud y el vicio marcan diferencias y también igualdades, y el honor es el huésped jurídico de todas ellas.

Con un sentido de *igualdad*, el honor protege a todos, pues tanto el delincuente como el santo o el poeta son hombres y a tal título son valiosos. Con un sentido de *cualificación diferencial*, ampara lo que de mejor tiene cada hombre, jerarquizando esas diferencias en un sentido armónico y gradual, pues si bien una hermana de la caridad y un defraudador de los bienes de los más pobres son seres humanos, lo son en modalidades dispositivas y operacionales distintas, y así lo percibe la sociedad y así también lo aprecia. Por ello, se puede decir que con respecto al derecho al honor, la igualdad del *principio aristocrático* consiste, en una primera aproximación, en permitir básicamente que cada persona se proyecte en sociedad de acuerdo a lo que es y ha hecho.

Como consecuencia de lo anterior, y siempre desde la perspectiva del principio que estamos analizando, tampoco pueden verse antipatías combatientes entre el honor y la libertad. Si vinculamos la libertad de la condición humana a un referente de bien objetivo a realizar, el honor no será sino el depósito —no el museo— donde la imagen moral que el hombre libremente se ha forjado va siendo custodiada. Y como se vio más arriba, el honor es, en este sentido, un elemento indispensable para el ejercicio de una libertad de expresión integral.

<sup>138</sup> Vid., sobre el tema, CARPINTERO F., *Derecho...*, cit., pp. 33 ss.

### C) *La doctrina del conflicto*

El llamado “conflicto” entre derechos cobra especial interés en la tutela que la jurisdicción constitucional ha de prestar a los derechos fundamentales. El fenómeno que denominamos “conflicto” implica para el tribunal una difícil decisión, pues se le presentan dos o más derechos en una situación contradictoria: todos están igualmente protegidos por la Constitución Política, pero no se les puede reconocer al mismo tiempo porque unos colisionan con otros. De ahí que el tribunal se vea en la necesidad de determinar qué derecho tendrá el privilegio de ser más “fundamental” que otros, a fin de otorgarle la primacía y su protección. El resto de los derechos quedará sin judicializarse, suspendidos en el vacío jurídico.

Tomada la decisión, queda aún en la boca del juez que pronunció la sentencia un sabor amargo. Por una razón simple, pero olvidada. La intención del constituyente es exigir la efectividad total del régimen garantístico, lo que no se cumple posponiendo un derecho a fin de amparar otro. Además, desde una perspectiva técnico conceptual, es absurdo sostener que un derecho mantenga su *status* de tal, y no pueda, sin embargo, ser amparado jurisdiccionalmente porque por una circunstancia ajena a su entidad jurídica ha de ser preterido por otro derecho.

Sin duda que lo que se quiere representar con este modelo refleja una realidad bastante compleja, que, por cierto, la idea de *conflicto* o *colisión* capta sólo de un modo parcial. Fernández Concha lo dilucida bien, aunque enfocándolo desde la perspectiva de los derechos subjetivos.

Este autor define el conflicto como una “coincidencia de derechos, cuyo simultáneo ejercicio es imposible”<sup>139</sup>. Ello puede suceder, en general, en dos casos:

- a) cuando las facultades jurídicas de distintos titulares recaen sobre una misma materia, sin que esta pueda satisfacerlas al mismo tiempo, v.gr., la apropiación de lo ajeno en caso de extrema necesidad;
- b) cuando una intromisión ilegítima afecta un bien jurídico determinado, y este no puede mantenerse o reintegrarse sin la pérdida o menoscabo de los derechos del ofensor, como por ejemplo, la legítima defensa que afecta la vida del agresor para conservar la propia vida<sup>140</sup>.

En estos casos se toma la idea de “conflicto” o “colisión” a partir de nuestra observación del mundo sensible, sin notar que su aplicación propia al ámbito de las relaciones jurídicas conduce a un equívoco. Si cuando hablamos de derechos nos estuviéramos refiriendo a la mera capacidad física de dominio o al poder material de realizar determinadas acciones, tendría sentido hablar de “choque” entre dos facultades o fuerzas opuestas, puesto que ocurriría algo parecido a lo que sucede en el boxeo o en la colisión vehicular: fruto de la impenetrabilidad de la materia, cuando dos entes de tal naturaleza se encuentran en un sentido opuesto, el de mayor fuerza o volumen se sobrepone necesariamente al otro. Pero esto

<sup>139</sup> FERNÁNDEZ CONCHA, R., *Filosofía del Derecho o Derecho Natural*, Tipografía Católica, Barcelona, 1887, tomo I, p. 114.

<sup>140</sup> *Idem*.

no sucede en el ámbito jurídico, el que es especificado por relaciones de orden racional y moral<sup>141</sup>.

El punto medular por donde se debe criticar el modelo de los conflictos es que desatiende un dato antropológico-jurídico esencial: la unidad de la persona humana. Muchos juristas en nuestro país sienten este problema, y precisamente a propósito de las relaciones entre el derecho al honor y la libertad de expresión, casi unánimemente han constatado su insuficiencia<sup>142</sup>.

Esta insuficiencia se perfila con claridad si se tiene en cuenta, como hemos dicho, que el sentido proteccional de todos los derechos fundamentales no es más que proteger al hombre. Si constitucionalmente se reconoce un conjunto de derechos o bienes jurídicos que son inherentes al ser humano, que emanan de su naturaleza<sup>143</sup>, es por la necesidad de comprender y ajustar socialmente lo que en él está fundado en una misma e indivisible unidad. Cuando defendemos una vida, una integridad corporal, un honor violado o una libertad de expresión amordazada, es a la misma persona humana a la que se la está defendiendo a través de todos esos bienes que son suyos. La persona se manifiesta en su calidad de tal mediante todos ellos. El modelo "conflictual" conduce inevitablemente a considerar los derechos fundamentales como si estuviesen fundados en "trozos" o "pedazos" de persona, cada uno de los cuales se une o pugna con otros según los distintos intereses que se tenga. En este sentido la metáfora del ferrocarril que expusimos arriba tiene acá su más perfecta aplicación.

Cuando se habla en el lenguaje abstracto de los derechos subjetivos —"*todo hombre tiene derecho al honor o a la libertad de expresión*"— las relaciones disonantes entre dos derechos se presentan como verdaderas aporías jurídicas, por lo que no queda otra posibilidad que seguir el modelo "conflictual" para intentar resolverlas a un nivel genérico. Sin embargo, es necesario reconocer que a la labor jurisdiccional de poco le sirven estos constructos de la ciencia jurídica; cuando debe decidir entre dos bienes jurídicos diversos que en concreto se le presentan con las mismas exigencias de inviolabilidad, la noción del conflicto no hace más que acentuar la complejidad de la decisión. Si se la toma como instrumento conceptual para arribar a algún tipo de solución armónica, el juez, en una situación parecida a la de una camisa de fuerza, se verá obligado a adoptar decisiones disyuntivas.

De ahí que tribunales constitucionales como el alemán o el español hayan abandonado la consideración conflictual de los derechos fundamentales, reconociendo la necesidad de otorgar un amparo diversificado a todos los derechos en disputa. A este respecto, es de elaboración del tribunal constitucional alemán el principio de la ponderación (*abwägungsprinzip*) de bienes jurídicos y la doctrina de la interacción (*Wechselwinkungsbre*). Estas ideas suponen que el juez ha de efectuar una valoración prudencial de los derechos en juego atendiendo a las circunstancias del caso concreto, con el objeto de determinar si el ejercicio

<sup>141</sup> Vid. FERNÁNDEZ CONCHA, *op. cit.*, pp. 114-115.

<sup>142</sup> Cfr., CEA E., J. L., "Estatuto constitucional de la libertad de información", p. 26; "El Derecho constitucional a la intimidad y a la honra", p. 36; BARROS B., E., *op. cit.*, p. 48, todos en Revista de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo, Año 5, 1998.

<sup>143</sup> Es el lenguaje utilizado por nuestra Constitución, entre otros, por el Art. 5º inciso 2º: "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*".

de un derecho o libertad está constitucionalmente legitimado. Asimismo, se exige que siempre quede a salvo el contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>144</sup>. En los últimos años, los tribunales españoles han adoptado aquel modelo jurisdiccional, entendiéndose, por parte del Tribunal Constitucional, que si en materia de derechos fundamentales no se justifica la sentencia en base a la ponderación de los bienes jurídicos concurrentes, ella es susceptible de ser recurrida de amparo<sup>145</sup>.

Un ejemplo característico de ello lo encontramos en sentencias del Tribunal Constitucional español que declaran que, en concreto, la preferencia entre el honor y la libertad de expresión no es una cuestión que venga establecida legalmente sino que corresponde a la jurisprudencia examinar en cada caso cuando ha de predominar uno y otra, en atención a su ejercicio legítimo<sup>146</sup>.

El modelo conflictual también plantea problemas cuando se le inserta en la teoría de la justicia, cuya relevancia para la justificación de la decisión jurídica es hoy continuamente resaltada por autores de las más diversas corrientes ética jurídicas. Enfoquemos brevemente este aspecto desde la visión clásica de aquella virtud<sup>147</sup>. El concepto de derecho como "lo suyo", de ese bien que se posee a cualquier título justificativo, de ese algo que ya está atribuido a tal o cual hombre y que el imperio normativo de la justicia manda respetar, hace imposible su *no consideración por parte de quien tiene el oficio de ejercer la jurisdicción*. Si se ha de determinar lo que es de cada cual, no existe la posibilidad de preferir un derecho a otro, porque no hay cosas –bienes jurídicos, objetos de derechos subjetivos, etc.– que sean más suyos que otros; en cuanto un derecho es de alguien, ahí está la justicia para reconocerlo<sup>148</sup>.

De ahí que el juicio jurisdiccional en torno a los derechos fundamentales sea más que una *decisión*, una *determinación*, pues no se trata de elegir entre bienes jurídicos disyuntivos, sino de ajustarlos, de *armonizarlos* en una relación jurídica en donde cada término exige amparo, al menos en su constitución esencial. Supone un proceso complejo destinado a reconocer la *dimensión de alteridad* de un bien personal concreto en relación situacional con otro bien de similar o diversa especie.

Lo anterior, sitúa bien el papel que cumple la jurisdicción dentro de un orden constitucional<sup>149</sup>. Están lejanos ya los tiempos de la ilusión normativista y

<sup>144</sup> Para una visión más amplia de la actual doctrina alemana en este ámbito, *vid.* GAVARA DE CARA J., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

<sup>145</sup> *Cfr.* LÓPEZ DÍAZ, *op. cit.*, p. 158.

<sup>146</sup> STC, 21 de marzo de 1994. En algunos aspectos, este modelo conserva, sin embargo, una tendencia aún no depurada de "abstractivismo" al considerar en los antecedentes justificadores de sus decisiones la configuración "limitativa" de los derechos. Para una crítica a esta concepción, *vid.* SERNA BERMÚDEZ, P., "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información", en "Humana Iura", Pamplona, N° 4, 1994, pp. 197ss.

<sup>147</sup> Sobre la noción de justicia y sus diversos aspectos, *vid.* Santo Tomás, S. Th., 2-2, q.57-79.

<sup>148</sup> Para el sentido del término derecho como la "cosa justa", *vid.* Santo Tomás, S.Th., 2-2, q. 57, a.1. Un clásico desarrollo de esta noción de derecho se puede encontrar, entre otros, en HERVADA, *op. cit.*, pp. 41ss., a quien hemos seguido en la exposición de esta idea.

<sup>149</sup> Sobre la misión y el rol del Poder Judicial en el desenvolvimiento de la constitución histórica de Chile, y del Estado de Derecho, *vid.* BRAVO LIRA, B., *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996, pp. 32-35, 123-169.

de sus ritos de aplicación silogística que recuerdan con lejanos ecos las prédicas de Montesquieu acerca de la misión del juez. La cuestión de la novedad de cada hecho jurídico y su imposibilidad de ser definido a priori, muestran bien hasta qué punto es ficticio fijar padrones cerrados y típicos para limitar en abstracto el ámbito de extensión de los derechos. Y si bien se pueden formular con una función orientadora ciertos principios acerca de la subordinación de las relaciones jurídicas<sup>150</sup>, la indeterminación normativa y jurisprudencial de los derechos fundamentales exige atender a la realidad, mirar la consistencia concreta de los bienes jurídicos que están en juego en cada caso, y alejarse de la tentación de buscar una predeterminada solución conclusiva en las manos de quienes crean las leyes –no todas son buenas, y son siempre genéricas– o de quienes construyen teorizaciones, muchas veces de espaldas a las reales exigencias jurídicas.

Abandonarse a esta tentación conduce, en el fondo, a una concepción inhumana del oficio jurisprudencial, al cercenarse la dimensión veritativa de la razonabilidad práctica que le compete al juez. Se infravalora lo que de evaluación de la realidad tiene la decisión judicial<sup>151</sup>, quedando en la penumbra el complejo esfuerzo de ajustamiento de derechos que de ella deriva, en la medida en que esto sólo puede darse en lo singular, a través de un juicio resolutorio que es resultado de un trabajo *prudente* y *justo*, es decir, humano.

En definitiva, si consideramos lo que queda dicho del honor, de sus presupuestos, contenidos y características, así como de los límites y condicionamientos del modelo “conflictual” de decisión jurídica, se ve la necesidad de contar con una formulación más explícita de los principios que están en juego en la determinación de este derecho. Es importante, en este sentido, expresar de un modo más claro la argumentación que justifica su protección, recordando que la referencia más profunda a un derecho fundamental ha de encontrarse en la mirada a la realidad, llena de exigencias jurídicas, y no en el apego a declaraciones normativas abstractas.

<sup>150</sup> *Vid.* con un significado de aplicación general, la formulación de FERNÁNDEZ CONCHA, *op. cit.* pp. 116-117. Acerca de las relaciones específicas en el orden constitucional entre la vida privada y el honor, por un lado, y la libertad de información y de expresión por otro, es importante revisar la “fórmula operativa” que propone CEA EGAÑA, J. L., en “El derecho constitucional a la intimidad y a la honra”, *cit.*, p. 33.

<sup>151</sup> A propósito de la jurisdicción constitucional de protección, la revista “Gaceta Jurídica” ha comentado que “la naturaleza y alcances de esta acción constitucional (recurso de protección) impide establecer precedentes que sirvan de paradigmas o rigidicen la labor de la interpretación judicial. Cada caso conlleva una solución en cierta forma inédita”, en “El Recurso de Protección ante la Jurisprudencia”, G.J. N° 172, 1994, p. 5.