

MISION CAUTELAR DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

José Luis Cea Egaña
Universidad Católica de Chile y
Universidad de Chile

I. INTRODUCCION

Me propongo examinar la procedencia de cautelar, mediante el recurso de protección, el derecho a la intimidad y, especialmente a la honra, amenazados por un libro que denigra e infama a autoridades y a numerosas otras personas.

En concreto, las *interrogantes* que deseo resolver pueden formularse en los términos siguientes¹:

1º El contenido y ejercicio de los derechos subjetivos públicos asegurados a todas las personas en la Constitución y en los tratados internacionales pertinentes ¿es absoluto e ilimitado o, por el contrario, nunca deja de ser relativo y restringible por la autoridad legítima?

2º ¿Existe colisión o pugna inconciliable entre el derecho a la intimidad y a la honra, de una parte, y la libertad de informar, de otra, o por el contrario, ellos son siempre derechos conjugables?

3º Es constitutiva de censura previa la sentencia que, acogiendo un recurso de pro-

tección, prohíbe el ingreso de un libro al país y su circulación en éste, o se trata, por el contrario, del ejercicio de la Jurisdicción Cautelar en favor de la intimidad y la honra?

4º Finalmente, ¿cuál es el sentido de la misión que incumbe a la Justicia Constitucional en nuestro Estado de Derecho?

La adecuada comprensión y solución de tales interrogantes exige explicar la naturaleza de los derechos humanos y después fijar el sentido y alcance de las normas fundamentales pertinentes, apoyado en su historia fidedigna, jurisprudencia y doctrina.

II. NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Contenido Parcial y Ejercicio Relativo

Jamás un sistema jurídico, jurisprudencia y doctrina alguna han reconocido que los derechos subjetivos públicos o fundamentales sean de contenido y ejercicio irrestricto². Por el contrario, en todo país, circunstancia y época tales *derechos* han sido entendidos en ligamen con las responsabilidades y *deberes* correlativos, secuela de lo cual es que unos y otros son *conciliados por el marco acotado de su ejercicio legítimo*.

¹ El marco jurídico aplicable al esclarecimiento de estos problemas incluye principalmente las normas que cito a continuación, dándolas por reproducidas, pues son de fácil consulta:

Artículo 1º en sus incisos 1º y 4º, artículo 5º inciso 2º, artículos 6º y 7º, artículo 19 Nº 1º, inciso 1º, Nº 4º, Nº 12, Nº 26, artículo 20 y artículo 41, todos de la Constitución de 1980 y sus reformas.

Los artículos 12, 9º y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948; los artículos 5º, 17 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966; en fin, los artículos 11, 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969.

Por último, el artículo 412 del Código Penal, como asimismo, los artículos 1º, 16 y 21 inciso 1º, 22 incisos 1º y 3º, 41 y 43 de la Ley Nº 16.643 de 1967, sus reformas, sobre Abusos de Publicidad.

² La exactitud de esta aseveración es constatable en todo tratado de Teoría o Filosofía Jurídica y en cualquier manual de Introducción al Derecho.

Con mera intención ilustrativa de la copiosa literatura pertinente cito a Germán BIDART CAMPOS: *Constitución y Derechos Humanos* (Buenos Aires, EDIAR, 1991), pp. 75 ff.; Joaquín GARCÍA HUIDOBRO: *Defensa y Rescate de los Derechos Humanos* (Valparaíso, EDEVAL, 1987), pp. 81 ff.; Rafael FERNÁNDEZ CONCHA: *I. Filosofía del Derecho* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1966), pp. 84 ff.; Cecilia MEDINA QUIROGA: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Santiago, Imprenta La Unión, 1990), pp. 11 ff.; Eduardo

Teórica y prácticamente, en efecto, ningún derecho subjetivo es absoluto e ilimitado en su contenido ni ejercicio, pues resulta *inconcebible en lógica social elemental* la idea de un poder jurídico que permita, a cada titular, anular o destruir todos los demás derechos. Si tal falacia fuera admitida, entonces nunca habría autoridad, cada cual sería un soberano y resultaría *imposible la existencia y aplicación de un orden jurídico*, tornándose inevitable en su lugar la anarquía, después el caos y por último el despotismo.

Correcto es, en consecuencia, sostener que el ordenamiento positivo constituye, en cierto sentido, un *sistema de límites y excepciones* que armoniza los derechos por razones de interés común, respeto a los derechos ajenos y ejercicio responsable de las facultades inherentes al titular de cualquiera de ellos. Así, la exigencia de coordinarlos impide que los derechos nazcan o sean ejercidos con alcance total e irrestricto³.

Las *delimitaciones* son *restricciones, obligaciones, prohibiciones y exclusiones congénitas* a los derechos, configuradoras del *contenido objetivo normal* de ellos y su desenvolvimiento en las relaciones jurídicas. Tales delimitaciones presuponen el reconocimiento y protección de los derechos, pero definen o perfilan la extensión de su *contenido*, el ámbito de su ejercicio lícito y el cúmulo de los *deberes y responsabilidades correlati-*

vos, caracterizando a cada uno como determinada facultad jurídica, inconfundible con otras⁴.

Pertinente es agregar que, *junto con* declarar, asegurar, y amparar el *núcleo* de los derechos, el régimen jurídico reconoce las *limitaciones*, las *obligaciones*, las *prohibiciones* y las *excepciones* que afectan al titular respectivo, razón por la cual esas cuatro delimitaciones o acotamientos no los lesionan en su esencia ni causan daño ni reparación en ningún sentido.

Las limitaciones y obligaciones *congénitas* comprimen o reducen el *contenido objetivo normal* de los derechos, sin modificarlos porque *nacen con éstos*. Fúndanse ellas en dos series de factores diversos que, empero, tienen de común el ser *inherentes* o *consustanciales a todo* derecho, llámese así o libertad, igualdad o inviolabilidad.

Unos son, en efecto, los factores *objetivos*, generales y permanentes, *intrínsecos* al derecho mismo, pero *extrínsecos al ejercicio* de él por su titular; otros son los factores *subjetivos*, particulares y circunstanciales, *intrínsecos al ejercicio* racional del derecho por el titular respectivo, pero además igualmente *inherentes* a la esencia del derecho.

De tales factores, los primeros obedecen al *rol político o social* de los derechos, mientras los últimos se justifican por cuanto ningún derecho puede ser *abusiva ni delictualmente* ejercido. Sin embargo, ambas clases de delimitaciones *presuponen* que los derechos afectados por ellas se hallan *asegurados, reconocidos y amparados* por el ordenamiento jurídico en lo que es su *legítimo ejercicio*. Fuera de éste, *ya no existe el derecho o libertad*, constatándose en su lugar *abusos y delitos* jamás amparados por un ordenamiento jurídico genuino. En esas *zonas excluidas* del derecho, porque son las delimitaciones que, en su concepto y origen lleva consigo, quien las penetra *ya no ejerce atributo jurídico alguno*, por lo cual tampoco puede accionar para cubrir su comportamiento ilícito.

En consecuencia, principio cardinal e inalterable de un régimen democrático constitucional y del sistema jurídico que lo regula es que *no existen en él derechos fundamentales de carácter absoluto o que puedan ser ejercidos de manera irrestricta o sin limitación alguna*. Por el contrario, *cada derecho nace junto con sus limitaciones y excepciones* que,

NOVOA MONREAL: *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información. Un Conflicto de Derechos* (México D.F., Siglo XXI Editores, 1979), pp. 13 ff.; Michel VILLEY: *II Compendio de Filosofía del Derecho* (Pamplona, EUNSA, 1981), pp. 184 ff.; Luis RECASENS SICHES: *Introducción al Estudio del Derecho* (México D.F., Ed. Porrúa, 1970), pp. 140 ff.

La validez de la proposición expuesta se mantiene de frente a quienes, con *empleo inexacto, confuso o equívoco de la terminología*, se refieren a los "derechos absolutos" en términos que, al explicar lo que entienden por tales, terminan asignándoles un contenido y ejercicio relativo. Véase, en tal sentido a Eduardo GARCÍA MAYNEZ en su *Filosofía del Derecho* (México D.F., Ed. Porrúa, 1989), pp. 360 ff.

³ En el Derecho Público, singularmente lícidos son Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *II Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Ed. Civitas, 1981), p. 220, como asimismo, Humberto QUIROGA LAVIÉ: *Los Derechos Públicos Subjetivos y la Participación Social* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985), pp. 58 ff.

⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, citado en *supra* nota 3, pp. 99, 100 y 132.

transgredidas, importan *no* ejercer el derecho, sino incurrir en ilícitos⁵.

Calificar los derechos fundamentales de absolutos, ha sostenido sensatamente nuestra doctrina:

"Equivaldría a decir que son ilimitados o incapaces de normas que, de alguna manera, regulen o coarten su ejercicio. Y eso es totalmente falso. Porque todo lo creado es limitado en su ser, en sus fines, en sus aplicaciones y tendencias. Además, toda actividad que se desarrolla y vive en sociedad ha de ser susceptible de regulación. Porque sin ella *no sería posible la actuación simultánea y armónica* de los derechos y libertades similares de los demás miembros de la sociedad, entrelazándose en una mutua y común cooperación de todos (...)"⁶.

El mismo predicamento sostiene otro autor:

"La vigencia de los derechos humanos *lleva implícito un deber*: el ser humano, amparado por un cuadro de derechos, igualdades y libertades, debe usarlos para su propio desarrollo personal y para el progreso social; pero *en caso alguno* puede servirse de ese cuadro ético y jurídico, fruto de tan largos y difíciles esfuerzos de la humanidad, para *conculcar* con ellos los derechos y libertades de otros hombres. Un ejemplo esclarecedor y siempre actual: el uso de la *libertad de expresión*, especialmente a través de los medios de comunicación social, no puede servir para *injuriar, calumniar o difamar ni* ser fuente de *procacidad, odiosidad o violencia*"⁷.

Y esa es, en fin, la tesis del filósofo cuyas obras son las más famosas en defensa de las libertades de pensamiento y discusión:

"(...) la única finalidad por la cual el Poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civiliza-

da contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. (...) la única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás"⁸.

Por eso es, precisamente, que resultan inimaginables e impracticables los derechos absolutos, carentes de los deberes y responsabilidades correlativas. En el Estado de Derecho sólo caben los derechos, libertades, igualdades e inviolabilidades de contenido parcial y ejercicio relativo, conjugables de esa forma para que ninguno de ellos sea sacrificado o conculcado por otro. Tanto es así que el primero y más importante de los derechos constitucionales, cual es el derecho a la vida, admite su propia excepción. Y la exigen también, v. gr., la libertad ambulatoria como las libertades de expresión, de reunión y de asociación.

2. Delimitaciones Concretas

Examínese el *texto y contexto de nuestra Constitución* y podrá constatar, sin vacilación, que ellos aseguran los derechos fundamentales, pero a la vez y como lo puntualizan sus epígrafes, principios y normas, contemplan los límites o exclusiones que posibilitan su armónico ejercicio por todos los titulares de los mismos. Más todavía, consistentemente demostrada en nuestra jurisprudencia y doctrina se halla que la Carta Fundamental traza *limitaciones comunes, cotidianas u ordinarias* al ejercicio de los derechos subjetivos, así como también *suspensiones y restricciones* más severas para precaver o superar las situaciones de crisis.

La Constitución posibilita que *la ley* limite, complemente y regule el ejercicio de los derechos que asegura a todas las personas, cada vez que la Carta Fundamental lo autoriza. Tales son, lo repito, *las restricciones ordinarias* y las *extraordinarias que, en situaciones de emergencia*, afectan el ejercicio de aquellos atributos. Los numerales pertinentes del artículo 19 así lo señalan en punto a las limitaciones comunes, mientras que los artículos 39 a 41 lo hacen respecto de las delimitaciones excepcionales. Prescindiendo aquí de estas últimas, consigno entre las delimitaciones constitucionales concretas la intercepción de las comunicaciones privadas cuando lo señala la ley, la moral como parámetro de la manifestación de creencias, la libertad per-

⁵ José Luis CEA EGAÑA: *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1988), pp. 223-224.

⁶ Mario VERDUGO MARINKOVIC y Ana María GARCÍA BARZELATTO: *I Manual de Derecho Político* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1991), p. 266.

⁷ Enrique EVANS DE LA CUADRA: *I Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1986), p. 19.

⁸ John STUART MILL: *Sobre la Libertad* (1855) (Madrid, Alianza Editorial, 1970), pp. 65-66.

sonal y la seguridad individual que no perjudiquen a terceros, la libertad de enseñanza consistente con las buenas costumbres y la prohibición de asociarse para atentar contra el orden público⁹.

En texto constitucional expreso se encuentra, entonces, plasmada la posibilidad de comprimir el disfrute de los derechos constitucionales, haciendo realidad el principio en virtud del cual no existen los derechos absolutos. *Que ellos sean esenciales e inalienables, por ende, resulta ajeno a que tengan rasgos de irrestrictos e ilimitables.* Expresada la misma idea de otra manera, la regulación legal de las garantías constitucionales, en tanto sea justa o razonable y no arbitraria, permite el *legítimo ejercicio* de cada una de ellas, con la finalidad que todas puedan ser disfrutadas en una convivencia civilizada, es decir, jurídicamente ordenada y cautelada.

La *coordinación y ejercicio armónico* de los derechos fundamentales con sus obligaciones correlativas se logra, consecuentemente, sobre la base de reconocer y aplicar la idea que esos atributos públicos subjetivos *nunca son absolutos, sino que siempre relativos* en el sentido que, respetando la esencia de ellos, en lo demás son limitados por el respeto a los derechos del prójimo y a las exigencias del bien común. Ese es el sentido que, en el artículo 20 del Código Político, tiene la locución pertinente al *ejercicio legítimo, marginado del cual no hay derecho comprometido sino licencia o comportamiento dañino.*

Tales reducciones del ejercicio de los derechos son *inherentes, connaturales o intrínsecas a ellos, naciendo con los mismos.* Jamás se trata de meras delimitaciones sobreimpuestas después por voluntad del normador positivo. Así se comprende que, en su origen o raíz, todo derecho subjetivo es ya y será inevitablemente delimitado, *con áreas, sujetos o aspectos excluidos de las facultades que el ejercicio legítimo de él lleva consigo.*

En tal perspectiva, y para finalizar, puntualizo que dos y complementarios son los *métodos principales aplicados a la conjugación del ejercicio* de los derechos subjetivos.

El primero radica en la idea de *límites y excepciones* ya expuesta. El segundo estriba en la *jerarquía o prelación* reconocida a los derechos aludidos, pues si bien todos son esenciales para una convivencia digna y así tanto reconocidos cuanto asegurados por la Constitución y los tratados respectivos, existen razones suficientes para justificar, además,

la superioridad de los atributos personalísimos o del patrimonio moral.

Efectivamente y siguiendo lo que reputo recta doctrina, se ha escrito con incidencia precisa en los asuntos planteados que:

"El primer criterio de valoración, porque es el de la dimensión personal, se da en función de la *proximidad del derecho al núcleo de la personalidad.* El derecho a la información como derecho *relacional, cortical o periférico* ha de ceder ante otros derechos naturales más céntricos, como el derecho a la vida, el derecho a la intimidad o el derecho al honor que emana de la propia dignidad humana"¹⁰.

III. PRECISIONES CONCEPTUALES

El adecuado entendimiento y solución de las interrogantes que me ocupan, exige analizar los derechos a que ellas se refieren para aclarar el sentido y alcance de las expresiones empleadas, a propósito de ellos, en la Carta Fundamental.

3. Intimidad, Vida Pública y Honra

En punto a estos derechos configurativos del núcleo esencial inviolable de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 4° de la Constitución, puntualizo que el *derecho a la intimidad* es un bien jurídico distinto de la *honra* de la persona y su familia. Por eso, si generalmente la violación de la vida privada lesiona el honor o autoestima, puede ocurrir que enlazar el honor no sea con ocasión de vulnerar la intimidad, sino la vida pública.

Ha sido conceptualizado el santuario de la *intimidad* como:

"El derecho que tiene todo ser humano de mantener exclusivamente para sí e intocada la esfera del resguardo personal y extenderla y comunicarla a quien crea o estime conveniente"¹¹.

¹⁰ José María DESANTES GUANTER: "Ética y Derecho en el Control de Contenido de los Medios", en *Periodismo y Ética* (Santiago, Imprenta Ercilla, 1985), p. 38 (énfasis agregado). En semejante sentido consúltese Pilar RODRÍGUEZ BIRREL: "Coordinación de los Derechos a la Información y a la Honra". *Cuadernos de Información* N° 4-5 (1987-1988), p. 88. Conviene, igualmente, revisar María Luisa BALAGUER CALDERÓN: *El Derecho Fundamental al Honor* (Madrid, Ed. Tecnos, 1992).

¹¹ Juan Carlos CÁRCAMO OLMOS: "El Descubrimiento y Revelación de Secretos en

⁹ Constitución de 1980, artículo 19 N°s. 5°, 6°, 7°, 11 y 15, respectivamente.

Precisando las locuciones aludidas, señalo que *privado* es lo que "se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna"¹², o también lo "particular y personal de cada uno"¹³. En cambio, *público* es aquello "notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos"¹⁴.

Vulnera la garantía constitucional que examino, en consecuencia, la intrusión indebida y maliciosa en asuntos, comunicaciones, recintos o conductas íntimas o privadas que el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento, se cause o no con tal motivo sufrimiento o daño al afectado. Y es vulnerado el otro bien jurídico asegurado en aquella garantía cuando se mancilla el honor de una autoridad o de cualquier persona de notoriedad pública¹⁵.

En punto ahora al *honor*, tiene éste un sentido *subjetivo* o estimación de la dignidad propia, y otro *objetivo* u *honra* que denota la fama, crédito, prestigio o reputación de que una persona goza ante los demás por su virtud y mérito¹⁶. Imperativo es señalar que la familia también es titular de dicho bien jurídico, institución ésta que abarca a sus miembros fallecidos, pues la reputación no termina con la muerte¹⁷.

En suma, lo que la Constitución asegura a todas las personas, por ser *atributos personalísimos* que modelan la dignidad y el núcleo esencial, a la vez que la *integridad* física y psíquica de cada personalidad y de su entorno más cercano, es el respeto y protección tanto de lo particular o que se ejecuta a vista de pocos, cuanto de lo notorio, manifiesto o que es sabido por muchos, como asimismo, la buena opinión, crédito, reputación u honor en sentido objetivo que los demás tienen de una

persona y de su familia. Y el Poder Constituyente lo hizo así porque quebrantando esos valores jurídicos se *destruye en su médula la dignidad, la libertad y la personalidad* del sujeto, sea éste un particular, su familia o la autoridad.

El *secreto* tiene, desde luego, justificaciones legítimas en función de valores determinados en los ámbitos público y privado. Los ordenamientos jurídicos democráticos ampararan esos valores como *derechos personalísimos*, si se trata de la honra, del honor o de lo privado, y con el rango de *derechos socio-políticos supraindividuales*, en punto a lo público¹⁸. Advuértase, empero, que los derechos personalísimos son tales porque protegen y estimulan la dignidad, la libertad y la igualdad del hombre, paralelo a la identidad de cada sujeto. Análogamente, imperativo resulta puntualizar que el respeto y tutela de los derechos supraindividuales se explica no sólo por la eficacia de las decisiones públicas, sino, tal vez y principalmente, a raíz que sin ellos la autoridad tampoco podría ser ejercida con la dignidad y libertad que ella requiere para sobreponerse a presiones que la aparten del bien común¹⁹.

Importante es precisar que dichos bienes jurídicos *pueden ser lesionados por cualquiera y no sólo por un medio de comunicación*

¹⁸ Una incursión en el tópico se encuentra en José Luis CEA EGAÑA: "Estatuto Constitucional de la Información y Opinión", *VIII Revista Chilena de Derecho* N° 1-6 (1981), como asimismo en "El Secreto, lo Público y Privado en el Derecho", *Revista Universitaria* N° XXXVIII (1992), pp. 29-31.

¹⁹ José Luis CEA EGAÑA: "Vida Pública, Vida Privada y Derecho a la Intimidad: Acerca del Secreto y su Reverso", *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*, Vol. III N° 1-2 (1992), p. 14. En análogo sentido, véase Fernando SÁINZ MORENO: "Secreto e Información en el Derecho Público", *III Estudios sobre la Constitución Española* (Madrid, Ed. Civitas, 1991), pp. 2864 y 2905-2906. Una colección valiosa sobre las áreas más importantes de la confidencialidad se halla en Michel COUETOUX *et al.*: *Figures du Secret* (Paris, Presses Universitaires de Grenoble, 1981).

En punto al secreto como hecho en nuestra convivencia, creo que sigue siendo importante el estudio clásico de Geor Simmel: "The Sociology of Secrecy and of Secret Societies", en XI *The American Journal of Sociology* (1906) N° 4, pp. 441 ff.

cuanto resguarda la Intimidad Inmaterial en el Derecho Penal Español" en LXXVIII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 1ª P., pp. 56-57. En semejante sentido véase Matilde M. ZAVALA DE GONZÁLEZ: *Derecho a la Intimidad* (Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1982), pp. 17 ff.

¹² *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1992), p. 1183.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*, p. 1196.

¹⁵ José Luis CEA EGAÑA: *Tratado* citado en *supra* nota 5, p. 103.

¹⁶ *Diccionario* citado en *supra* nota 12, p. 791.

¹⁷ CEA EGAÑA, *Tratado* citado en nota 5, p. 104.

social, pues la Constitución, en el principio general del artículo 19 N° 4 inciso 1°, no traza distinción alguna ni es razonable hacerla mediante una interpretación restrictiva. Tórnase más concluyente todavía tal aseveración a la luz de la *historia fidedigna* del precepto en análisis:

"El señor Diez desea dejar constancia en las actas de la Comisión que la *privacidad, la honra y el respeto a la vida familiar* de las personas no sólo dicen relación con los medios de comunicación social, sino, también con otros aspectos de la *vida pública*, ya sea administrativo o político, e incluso, con la responsabilidad de aquellos que tienen ciertas inviolabilidades en razón de los cargos que detentan (...).

El señor Ortúzar (Presidente) agrega que ello dice relación, incluso, con la acción de los particulares en cuanto que pueda afectar dicha privacidad.

El señor Diez expresa que así es (...).

Cree que la *jurisprudencia* tiene que fijar el ámbito de lo que es *privacidad* y de lo que es *honra de las personas*, porque ésta no es sólo relativa a los medios de comunicación social sino que tiene un alcance total: cualquier particular, institución pública o privada están obligados a respetar el precepto constitucional que se quiere establecer (...)"²⁰.

Examinado el artículo 19 N° 4, en lo atinente a la presente ponencia, constátase que él asegura a todas las personas, sin distinción y en primer lugar, tanto el *respeto* como la protección a la vida privada, expresiones diferentes y que, sin duda, refuerzan la tutela de los derechos pertinentes.

El *respeto*²¹ es la obligación de los terceros en orden a acatar los valores jurídicos —*vida privada, vida pública y honra*—, mientras que *protección* es el conjunto de medios (acciones, peticiones, recursos, actuaciones y decisiones) que el ordenamiento jurídico reconoce al titular de esos bienes jurídicos para

defenderlos, hasta exigir y obtener que sean respetados.

4. Libertades de Información y Opinión

La Constitución asegura a todas las personas el ejercicio de estas libertades, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio. Asimismo, habiéndose incorporado en 1989²² a nuestro Ordenamiento Fundamental los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados en los tratados internacionales respectivos, síguese de ello que hoy la Constitución también asegura a todas las personas el derecho de *buscar* o investigar, de *difundir* o transmitir y de *recibir* opiniones, ideas, pensamientos e informaciones de toda índole.

La *persona*, por ende, es el titular del derecho a buscar, difundir y recibir libremente *mensajes*, expresión genérica esta última que abarca ideas o pensamientos, *opiniones* o juicios e *informaciones* sobre actos, acontecimientos, sucesos, datos, actuaciones, comportamientos o actitudes, es decir, mensajes referentes a hechos y que se llaman técnicamente *noticias*²³.

²² Ley N° 18.825, publicada en el Diario Oficial de 17 de agosto de 1989.

De la copiosa doctrina que ha esclarecido el sentido, alcance y relevancia de esta modificación de la Carta Fundamental, sugiero consultar FRANCISCO CUMPLIDO CERBECA: "Historia de una Negociación para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos", en Jeannette IRIGOIN BARRENNE (editora): *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo* (Santiago, Imp. Mariel, 1991), pp. 191 ff.; Rodrigo DÍAZ ALBÓNICO: "La reforma del artículo 5° de la Constitución", también en *Nuevas Dimensiones*, cit., pp. 199 ff.; Miguel Ángel FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: "La reforma al artículo 5° de la Constitución", *XVI Revista Chilena de Derecho* N° 3 (1989), pp. 809 ff.; y Cecilia MEDINA QUIROGA: *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales* (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1993).

²³ Actas citadas en *supra* nota 20, sesión 148, p. 59; sesión 156, pp. 7-9 y 17; y sesión 407, pp. 3337-3338. José María DESANTES GUANTER y Carlos SORIA SAIZ: *Los Límites de la Información* (Madrid, Servicio de Publicaciones de la Asociación de la Prensa, 1991), pp. 47-49.

Util es añadir que, en su sentido natural y obvio, definido por el *Diccionario* ya citado en la p. 822, *información* es "Comunicación o

²⁰ Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 129, pp. 8-9 (énfasis agregado).

²¹ Desconozco un estudio más profundo, preciso e iluminador acerca del *respeto*, en su vertiente psicológica, en su proyección social y en su concreción jurídica que el elaborado por Jean Piaget en sus *Estudios Sociológicos* (Barcelona, Ed. Ariel, 1977), pp. 199 ff.

Así, con una palabra del más vasto sentido y alcance, el Poder Constituyente reconoce que la persona es el *sujeto titular* del derecho cuyo *objeto* he descrito, titularidad universal y objeto que no admiten ninguna exclusión ni limitación establecida en sede legislativa, gubernamental o jurisdiccional y ello, obviamente, en cuanto el sistema jurídico chileno sea aplicable.

Necesario es ahora precisar cuál fue el *concepto* que tuvo el Poder Constituyente de dichas libertades y de las facultades esenciales que las integran.

La *libertad de opinión* fue, adoptando la definición del autor de esta ponencia²⁴, concebida como la más amplia de las facultades intelectuales, consistente en el derecho que tiene toda persona de exteriorizar, por cualquier medio y sin coacción, lo que piensa, siente o cree²⁵.

Respecto de la *libertad de información*, los anales consultados prueban que fue entendida con la calidad de supuesto de la antes definida, sin la cual ésta carece de sentido, rasgo que ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia²⁶. En ella, sin embargo, cabe distinguir diversas *facultades* que son absorbidas en su amplio y completo significado.

Así, la libertad de información conlleva la de *acceder* a las fuentes de información y opinión; la libertad de *difundir* o *comunicar* lo hallado en tales fuentes o que proviene de ellas; y la libertad de *recibir* información, derecho cuya singular relevancia se percibe

adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada".

²⁴ José Luis CEA EGAÑA: *La Libertad de Opinión y el Derecho a la Información* (Santiago, mimeo, primera edición 1971 y segunda edición 1976), p. 1.

²⁵ *Actas citadas en supra* nota 20, sesión 227, p. 36; *Informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución* (16 de agosto de 1978), reproducido en *VIII Revista Chilena de Derecho* N^{os}. 1-6 (1981), p. 201.

²⁶ *Ibid.*

Véase, por ejemplo, la Sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 12 de junio de 1986, *LXXXIII Revista de Derecho y Jurisprudencia* II^a, 5^a, p. 50, cuyo considerando 7^o es el siguiente:

"Que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua 'informar' significa 'enterar, dar noticia de una cosa' (...) y 'opinión' es el 'concepto o parecer que se forma de una cosa cuestionable', o la fama o concepto que se tiene de una persona o cosa".

cuando se entiende que su titular es el individuo y también la comunidad. En otras palabras, el derecho a la libertad de informar, asegurado a todas las personas por la Constitución y los tratados internacionales, asume el reconocimiento y protección de la *triple facultad de buscar, transmitir y recibir información*.

En punto, esta vez, al *objeto* de la libertad de información, debe tenerse presente que la moral, el honor, la intimidad, la propia imagen, el orden público, la paz y la seguridad de la comunidad, entre otros valores que han de ser protegidos y promovidos, imponen *acotamientos y excepciones* a su ejercicio.

Tratándose de esos límites o excepciones al ejercicio de la libertad aludida, menester es afirmar que el respeto de ellos marca el *ámbito de ejercicio legítimo* de aquella, como asimismo, que vulnerar dichos límites o excepciones *no es ejercer tal libertad, sino que incurrir en conductas ilícitas*. En los asuntos en que no existe la libertad de informar, porque en el concepto mismo de ésta se hallan de antemano sustraídos de su legítimo y delimitado ejercicio, *tampoco existe la facultad* de buscar, difundir y recibir mensajes sobre los temas, las decisiones y conductas, las autoridades, particulares o familias por ello protegidos.

En nuestra tesis, lo expuesto es capital y permite comprender por qué los derechos subjetivos públicos tienen siempre un núcleo esencial insuprimible e inofertable, núcleo que, empero, es acotado o delimitado en su contenido y extensión, pues de lo contrario devendría en un derecho absoluto y total. La *relatividad* en el ejercicio de la libertad de informar se refiere, por ende, al *triple ámbito aludido*.

Consta lo recién expuesto en los *anales oficiales* que a continuación transcribo:

"El señor *Schweitzer* (Presidente de la Subcomisión de Medios de Comunicación Social). No cabe duda alguna que la libertad de informar y emitir opiniones está íntimamente vinculada con la de ser informado. Todavía más: como dijo el señor *Diez*, está última estaba implícita en la primera. Pero cuando el texto constitucional explícita esta última, *ya no le parece tan claro que las limitantes impliquen censura*.

Explica por qué opina de esta manera. Si alguien reclama el derecho a ser informado de un órgano o de un medio de comunicación, éste podría decir: "discúlpeme, yo no informo sobre esto, y no estoy violando la Constitución por estar sometido a tales y cuales limitaciones". En otras palabras,

podría darse el caso de que, como la Constitución asegura a todos los habitantes de la República el derecho de ser informados veraz, oportuna y objetivamente, si se consagra solamente esto sin limitaciones, quedaría decir que es *obligación* del medio de comunicación social cumplir el encargo de *informar de todo*, de manera veraz, oportuna, y objetiva, afectando a quien sea. *¿Afecta al orden público? Una lástima. ¿Afecta la moral? Lamentable. ¿Afecta la vida privada? Una pena (...).*

El señor Guzmán hace notar que (...) configurar este derecho (el de la comunidad a ser informada) sin establecer las limitaciones es consagrar un concepto equivocado (...) porque *no existe el derecho de las personas a ser informadas sobre todo* el acontecer nacional o internacional. Se trata de *dos cosas muy diferentes* las que aquí se han estado analizando. No le cabe la menor duda que la *ley sobre Abusos de Publicidad* (...) tendrá que hacerse cargo, partiendo de la frase: "la libertad de informar y de emitir opinión debe desarrollarse sin perjuicio de responder (...)"

Pero aparte de ese hay otro problema completamente diferente, que es la limitación que tiene el derecho de los ciudadanos de ser informados *en ciertas y determinadas materias, sean o no sean tales informaciones constitutivas de delito*: lo que *no implica* para nada —rechaza terminantemente la suposición de que así podría ser— la intención o la realidad de que pudiera acarrear la *censura previa*.

El señor Diez está de acuerdo con el señor Guzmán en que el derecho de la comunidad de ser informada *limita* con la moral, el orden público, la seguridad nacional, etcétera; pero no se ha llegado todavía a ese tema.

El señor Guzmán explica que (...) el derecho a la información, *conceptualmente entendido*, debe aceptarse y consagrarse entendiendo que *él tiene límites* (...) y puede serle restringida (la facultad) en determinada información en consideración a los factores que aquí se señalan. Esto no puede envolver *censura previa*, *no tiene nada que ver*. (...) quiere que esta norma *desienda de la Constitución a los tribunales*, para que éstos vayan sentando jurisprudencia en materias tan amplias y tan difíciles de precisar desde el punto de vista legal y preceptivo (...).

El señor Ovalle (...) con relación a la libertad de informar, le parece *indiscutible* que ella está afectada por las *limitaciones* a que se alude en el primer artículo propuesto por el señor Guzmán, esto es por la se-

guridad, por la *moral*, etcétera. *Está limitada y necesariamente debe estarlo* (...).

El señor Silva Bascuñán dice (...) que esa facultad que se ha reconocido siempre al legislador nacional de establecer *el secreto —o sea, que no haya obligación de informar—* en las situaciones que él ha creído conveniente establecer— quede *amparada* por una norma *constitucional* (...).

El señor Guzmán (...) deja constancia precisa y categórica (...) que no puede aceptar (...) que de *manera alguna se entienda* el día de mañana para algún intérprete o analista de la proposición que ha presentado, *que ella puede conducir a la censura previa* o que esté propiciando un camino que lleve hacia ella. (...) el problema reside en una cosa muy simple: *la censura previa es un acto material* que impide a una persona dar información o emitir una opinión. Es un acto material y, por eso, *reviste carácter preventivo*.

¿Qué es, en cambio, la configuración de delitos o abusos (...)? ¿Qué son, en cambio, estas *prohibiciones* que pueden imponer (...) otras autoridades? Son prohibiciones a que se difundan determinadas noticias pero que constituyen *limitaciones jurídicas* —morales, además, por cierto, en muchos casos— *pero no materiales* (...).

El señor Schweitzer (Presidente de la Subcomisión de Medios de Comunicación Social) observa que *es censura previa* la decisión de un tribunal de *ordenar la no publicación de un proceso*.

Los señores Evans y Guzmán reclaman que *no es censura previa* (...)”²⁷.

Fluye de la historia fidedigna extractada que no todo lo que es técnicamente transmisible lo es ética y jurídicamente²⁸, como escribe Desantes. Pues y según lo he demostrado, la libertad de informar no es absoluta ni irrestricta en ninguno de sus tres vértices ni contenido. Tal carácter acotado la legítima y se manifiesta en las dos vertientes que a continuación explico:

Primero, en las *áreas sustraidas desde el origen de su ejercicio legítimo* y en punto a las cuales, entendiéndose bien, *no existe el derecho ni la libertad de informar*, porque hacerlo es siempre ilícito; y segundo, en la *responsabilidad ulterior a su ejercicio delictual o abusivo*.

²⁷ Actas citadas en *supra* nota 20, sesión 231, pp. 9-132, 17-18 y 25 (énfasis agregado).

²⁸ José MARÍA DESANTES: "El ordenamiento jurídico informativo en España", p. 26.

Así lo reconoce la doctrina:

"Porque el ejercicio del derecho de expresión está limitado por la discreción, que dice lo que debe y calla lo que debe callar (...).

Como cualquier derecho, constitucional, el de informar está *congénitamente y desde su origen limitado por el derecho ajeno, por el bien común y por las circunstancias que indican la oportunidad, la prudencia y el buen juicio*"²⁹.

De manera que es perfectamente razonable y, por lo mismo justo, que la Magistratura controle el acatamiento leal, por los titulares del derecho público subjetivo aludido, de los límites, restricciones y ámbitos *ex ante* excluidos del mismo, pues son extraños a él o configuran el sentido y alcance de su ejercicio legítimo.

5. Censura Previa

La forma de hacer efectivo el resguardo de los derechos constitucionales de cara al ejercicio de la libertad de información no es ni puede ser la *censura previa*, dado que ella se encuentra expresamente proscrita por la Carta Fundamental y es, además, en su sentido cabal, por entero y siempre ilegítima. Sólo las dictaduras y autoritarismos emplean tal censura, pese a que la encubren de burdos eufemismos.

Claro lo anterior, indispensable es entender que *no toda limitación o excepción a la libertad de informar constituye censura previa*. Efectivamente, y al tenor de lo ya demostrado, dicha libertad tiene, en sí misma, un conjunto de elementos esenciales o que la tipifican y que son, por lo tanto, ontológica y deontológicamente sus acotamientos inherentes, que permiten armonizar el legítimo ejercicio de dicha libertad con los demás derechos subjetivos esenciales de la persona, su familia o la comunidad sea nacional o más pequeña. Entre los derechos referidos nombro la intimidad, la honra y la seguridad nacional.

La *censura previa* no ha sido definida por el legislador, el cual se limita a proscribirla.

De allí que sea menester desentrañar el significado de tal locución acudiendo a otras fuentes.

Concebida en su *sentido natural y obvio*, censura previa es el "examen y aprobación que anticipadamente hace el censor *gubernativo* de ciertos escritos *antes de darse a la imprenta*"³⁰.

Fluye de lo expuesto que, ya desde el punto de vista *conceptual corriente*, la censura previa es una locución de sentido *acotado*. Por ende, ella ha de ser restrictivamente interpretada, pues de lo contrario no habría lugar, dentro de la ordenada convivencia o vida social segura, a espacios y asuntos públicos o privados, en que rija la confidencialidad, el secreto o reserva legítimos.

Si se examina ahora el concepto en su *acepción técnica*, compréndese que la censura previa se encuentra aún más claramente definida y circunscrita. Así es, porque se entiende por tal todo procedimiento impositivo que forma parte de una política estatal, aplicado de antemano por funcionarios administrativos vigilantes en gobiernos autoritarios, dirigida a que las ideas no lleguen libremente al público, por motivos religiosos o políticos, a raíz de reputárselas peligrosas para el control de la sociedad por los gobernantes o contrarios a los intereses de éstos³¹.

³⁰ *Diccionario*, citado en *supra* nota 12, p. 322. Semejante es el significado que al vocablo en examen le otorga Escriche en la p. 435 de su *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*.

Tal definición debe entenderse ampliada, ciertamente, por el desarrollo tecnológico y el avance de los medios de comunicación social, de manera de cubrir hoy toda otra forma o medio de expresar o comunicar mensajes e informaciones, aunque no sea a través sólo de la imprenta o escritura.

³¹ Henry J. ABRAHAM: "Censura", *II Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales* (Madrid, Ed. Aguilar, 1974), pp. 253 ff.; Vernon BOGDANOR: *Enciclopedia de las Instituciones Políticas* (Madrid, Alianza Diccionarios, 1991), pp. 104 ff.; Gladio Gemma: "Censura" en Norberto BOBBIO *et al.*: *I Diccionario de Política* (México D.F., 1984), pp. 239 ff.; Henri CAPITANT: *Vocabulario Jurídico* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1966), p. 107; Carl J. Friedrich: *The Pathology of Politics* (New York, Harper Pu., 1972), pp. 170, 185 y 213; Angela VIVANCO MARTÍNEZ: *Las Libertades de Opinión y de Información* (Santiago, Ed. Andrés Bello, 1992), pp. 256 ff.; Emilio FILIPPI, citado en *supra* nota 29, pp. 118 ff.

²⁹ Emilio FILIPPI MURATTO: *La Profesión de Periodista. Una Visión Ética* (Santiago, Editorial Atena, 1991), pp. 94 y 132. En igual sentido, consúltese José Luis CEA EGAÑA: "Teoría de la Libertad de expresión", en Tomás P. MAC HALE (editor): *Libertad de Expresión. Ética Periodística y Desinformación* (Santiago, Ed. Universitaria, 1988), pp. 70-72.

La definición transcrita, elaborada por el autor de esta ponencia, enseñada en las cátedras de Derecho Constitucional que imparte en dos universidades y, en fin, desarrollada en Informes en Derecho incorporados en expedientes judiciales, ha sido confirmada por la jurisprudencia. En evidencia de mi afirmación cito la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, pronunciada el 31 de mayo de 1993, confirmada por la Corte Suprema el 15 de junio de ese mismo año³².

6. Rasgos de tal Censura

Despíndese de tal definición la siguiente serie de *elementos o notas características que distingue la censura previa*, por una parte, *de cualquier limitación o excepción a la libertad de informar*, por otra:

Primero, la censura previa forma parte de una *política* o plan de acción sistemático y no es, por ende, una medida aislada o de carácter excepcional;

Segundo, ella es típica de gobiernos *de facto* y, por lo mismo, inaceptable en el Estado de Derecho e inconciliable con la Democracia Constitucional;

Tercero, la potestad de censurar se encuentra radicada en el *ente vigilante, depen-*

Precisa este autor que, con posterioridad a los dos motivos mencionados, ha surgido la censura previa por *razones de moralidad pública y buenas costumbres*, especialmente justificada por la protección de la juventud ante la pornografía y otros modos de corrupción de menores. Tal es la explicación del artículo 19 N° 12 inciso final de la Constitución en vigor, en relación con el *Decreto Ley N° 679 de 1974* y sus reformas.

³² En el *considerando 7º* del fallo citado, la Corte afirma que la censura previa:

"En su sentido técnico y estricto consiste en el procedimiento impeditivo que forma parte de una política de Estado no democrático, practicada por agentes administrativos que operan como vigilantes, respecto de ideas —no sobre conductas—, religiones, 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 éstos ejercen sobre la sociedad.

Así las cosas, la censura previa en los términos expuestos es inaceptable y contraria al régimen democrático, lo que (...) tampoco tiene que ver con la intervención judicial que emana de la acción cautelar prevista en la Constitución y que tiene por objeto asegurar la debida protección del afectado en sus legítimos derechos (...)"

diente del jerarca gubernativo o administrativo, nunca en la sede jurisdiccional, ejercida por magistraturas independientes e imparciales;

Cuarto, su móvil y finalidad han sido, sucesivamente en la historia, *de carácter religioso y político*, no la tutela de los derechos constitucionales amagados y ya lesionados por la información difundida;

Quinto, el objeto de la censura es la persecución de las *ideas*, es decir, las *opiniones e informaciones* en punto a lo que se piensa, siente o cree en *disidencia* con el régimen de *facto*. En consecuencia, se censuran ideas y no conductas o comportamientos;

Sexto, la censura previa consiste en *actuaciones tangibles, en conductas materiales empírica o sensorialmente observables*, impeditivas por la amenaza o aplicación de sanciones, de la publicación o difusión de mensajes.

Séptimo, el objetivo o finalidad perseguida es *impedir de antemano que esas ideas*, contrarias a las impuestas por los gobernantes o peligrosas para éstos, *lleguen libremente a la población*, pues si así fuera amargarían los mecanismos de control no jurídicos que el gobierno ejerce sobre la sociedad para someterla;

Octavo, no hay un beneficiado genuino pero, dentro de lo precario del autoritarismo, de la censura previa *se aprovecha* el gobierno *de facto* y jamás la persona, la familia o la comunidad, de manera que con aquélla esta dictadura *sirve en perjuicio del público*. Por ende, ella es inconducente al respeto de la dignidad y los derechos del hombre e incoherente con el bien común;

Noveno, ella escapa a la *fiscalización parlamentaria*, exactamente porque se impone por regímenes de concentración de las potestades públicas en órganos autoritarios que, si mantienen en funciones al Parlamento, es nada más que como fachada.

Décimo, y finalmente, la censura previa es esencialmente *ilegítima*, rasgo que por lo antes expuesto queda de manifiesto con cualidad irrefutable³³.

³³ La doctrina chilena coincide con la definición de este autor y con la jurisprudencia transcrita. Así y por ejemplo, pueden consultarse las fuentes siguientes: Comentarios del profesor Raúl BERTELSEN REPETTO, publicados en *Informe Constitucional* N°s 564 y 579, ambos de 1993, como asimismo, los artículos de Pablo Rodríguez Grez y Eugenio Cantuarias Larrondo, aparecidos en "El Mercurio" de Santiago el 9 de julio y el 26 de agosto de 1993.

7. Secreto y Reserva Legítimos

Es posible, en consecuencia, que existan asuntos, actuaciones, decisiones y conductas reservados, secretos o sustraídos de la información pública en una sociedad democrática, los cuales no por eso son denotativos o constitutivos de censura previa.

Trátase de las limitaciones o excepciones intrínsecas al ejercicio legítimo de la libertad de informar, es decir, que nacen con ésta y demuestran que tal libertad jamás es absoluta. De lo contrario y si se pretendiera interpretar la locución *censura previa* en sentido impropio, o sea, lato o amplio, una serie de situaciones, actuaciones y resoluciones, de órganos públicos o sujetos particulares serían inconstitucionales por reputársela implícita.

Así y por vía ejemplar, en el *Derecho Público* menciono el sigilo de ciertas sesiones parlamentarias, el secreto del *sumario* en el proceso penal, los acuerdos de los tribunales colegiados, la reserva a que se encuentran sometidos los planes de la defensa nacional, las actuaciones de los *servicios de inteligencia*, la *confidencialidad* de los operativos policiales para prevenir o detectar conductas terroristas, las *negociaciones internacionales*, las *medidas macroeconómicas* que no puedan publicarse para que tampoco se tornen ineficaces, el *indulto* del favorecido con tal gracia, etcétera.

Asimismo y esta vez en el *Derecho Privado*, son de tales excepciones los espacios reservados a la *intimidad* como la vida sexual y conyugal, el *secreto* profesional, bancario y tributario, las *negociaciones jurídicas privadas*, la *reserva industrial* en productos y procedimientos para elaborarlos, la *legitimación adoptiva*, etc.

Todos esos y muchos otros espacios de secreto o reserva legítima, pasarían a constituir barreras inconstitucionales a la libertad de informar si se diera un sentido indebido a la censura previa, prescindiendo de los términos acotados que han sido ya explicados. Con ello, cualquier interesado podría exigir de toda fuente de información, pública o privada, que le revelara tales asuntos confidenciales o en que impera el sigilo, quedando el afectado en la obligación de darlos a conocer so pena de ser acusados y encausados de censores previos de la libertad de expresión.

La verdad es que, por la naturaleza de las cosas y más allá de las divagaciones jurídicas, la razón y el buen juicio imponen un concepto de censura acotado y que responda a su origen y evolución histórica. Con sujeción a ese concepto, por igual distante de los absurdos consistentes en rechazar todo límite a la libertad de informar como en despojarla de su sentido

genuino, aquel conjunto de reservas, al que el autor de esta ponencia ha denominado *macro* y *microsecreto*³⁴, queda desde el principio excluido del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, sin que nadie en país democrático alguno haya postulado lo contrario.

Es que, entuéndase bien, el ejercicio legítimo de la libertad de expresión supone en su origen o raíz misma, el respeto de los ámbitos naturalmente reservados o secretos y, si en el ejercicio de esa libertad, ellos se revelan, despojada queda la persona, la familia o la autoridad, según cual sea el titular del bien jurídico protegido, de un elemento esencial para el normal desenvolvimiento de su vida y oficio, respectivamente. Deviene claro, por ende, que quien penetra en esos ámbitos no está ejerciendo su libertad de expresión, sino que dando cuenta pública de un asunto que debe permanecer en reserva o secreto, porque se trata de un valor que es preciso tutelar para el bien común y no sólo del titular inmediato del mismo.

Ya lo ha aseverado este ponente y aquí lo repite con energía: *Las zonas de secreto jurídico legítimo*, v.gr. y típicamente la intimidad y la honra, han sido siempre y por miles de años reconocidas, porque son constitutivas de la dignidad, la libertad y de la integridad psíquica y física de la persona y su entorno humano más cercano. Por eso, reitera el autor que filtrarse en la intimidad para después mancillar la honra es, categóricamente, destruir esa dignidad, libertad e integridad de manera insubsanable o irreversible.

El más sólido y vasto hincapié debe ser hecho en punto al concepto de dignidad y el daño que, a ella, con certeza siempre se le infiere cuando, con el pretexto de informar públicamente, se penetra en el santuario de la intimidad personal y que el secreto legítimo ampara.

Tal dignidad es el más profundo y, por lo mismo, básico de los valores que caracterizan al hombre. Ella es a tal punto constitutiva o configurativa de la personalidad que, sin duda, lesionan la dignidad, ofenderla o destruirla, v.gr., a través de la deshonra, es desintegrar el propio yo, equivale a infundir la incertidumbre, el desconcierto, la amargura, la desesperanza más devastadora en la autoestima que se requiere para emprender y realizar un proyecto de vida personal.

Compréndense, entonces, las razones que explican por qué el derecho a la información no es absoluto en el ejercicio de las facultades que lo integran. Compréndense también por qué tampoco es censura previa la declaración,

³⁴ José Luis CEA EGAÑA citado en *supra* nota 19, pp. 13-23.

en un régimen democrático constitucional, de límites a la libertad de información, ya que se trata de restricciones o excepciones *inherentes o congénitas* al ejercicio legítimo de esas libertades, no sobreimpuestas a ellas, *ex post*, por voluntad del legislador o de un censor.

Repite este autor que tales libertades poseen, en su esencia, *limitaciones y excepciones*, pudiendo aun ser sometidas a suspensiones en los casos críticos que la Constitución y los tratados internacionales expresamente contemplan³⁵. Mas, y siendo *exclusiones* respecto de la regla generalísima que asegura el ejercicio del derecho de informar libremente, aquéllas han de ser establecidas, interpretadas y aplicadas *estricta o restrictivamente*. Pero con igual fuerza queda de manifiesto que *las áreas de reserva o secreto legítimo son ajenas a la censura previa*, porque constituyen, ontológica y deontológicamente, imitaciones y excepciones *configurativas de la libertad de informar*, cuya inobservancia la convierte en nociva licencia o en punible delito, ilícitos ambos que es insensato esperar que se consumen con secuela irreparable para obtener de la Magistratura el amparo que la Constitución les exige prodigar de manera cautelar³⁶.

Respetar aquellas áreas de nuestra vida que son de reserva o secreto legítimo, es un *presupuesto absolutamente elemental y siempre exigible de todos*, para que pueda hablarse de una *sociedad civilizada*.

Violar el principio del respeto es destruir el cimiento de tal especie de convivencia. Y es provocar, tarde o temprano, las indeseables reacciones de desconfianza, recelo, suspicacia y otros fenómenos que, si llegan a ser más o menos comunes, terminan creando el caos y la anarquía por el relajamiento y la erosión de los valores que imprimen su noble sentido a nuestra vida social³⁷.

IV. JURISDICCION CAUTELAR

Nítida es, consiguientemente, la necesidad que el ordenamiento jurídico contemple me-

canismos *preventivos y ex post* aplicables al resguardo de los derechos esenciales cuando, por el ejercicio ilícito de alguno de ellos, es decir, en que no se respetan los límites inherentes a su disfrute legítimo, pueden resultar lesionadas otras garantías fundamentales.

Particularmente relevante resulta, entonces, la vía cautelar o acción destinada a *precaver o impedir que prosiga* el quebrantamiento de la preceptiva suprema, pues no es razonable esperar su vulneración, ya consumida e irreparable, para que la Judicatura ordene medidas que eviten un daño, detengan el que ya es insoportable o impidan su mayor extensión.

Es precisamente en ese ámbito cautelar que debe encontrarse *la mayor posibilidad de eficacia* de un ordenamiento jurídico, rasgo que es de singular importancia para mantener y vigorizar la confianza de la comunidad en la solución pacífica de los conflictos.

Si alguien puede, por años, sostener que la eficacia y eficiencia del Derecho positivo dependía de la presteza con que operara la maquinaria represiva propia de la legislación punitiva, por su efecto disuasivo o intimidatorio, al ponente no le embarga duda que el sentido actual y futuro de esa eficacia se halla, mucho más, en la *vertiente preventiva* del ordenamiento jurídico, la cual reposa y eleva sobre el concepto internalizado del respeto.

8. Relevancia

La potestad cautelar es *parte medular de la función jurisdiccional*. Como *Poder-Deber* de los órganos que imparten justicia, dicha potestad no pierde trascendencia porque sea instrumental a las cuestiones de lato conocimiento.

Arranca ella de los artículos 1º inciso 1º, 19 N.ºs. 2º y 3º y 73 de la Constitución pero, más que ninguno de aquéllos, su base y finalidad consta expresamente en el *artículo 20 del mismo Código Político*.

Lúcidamente, *nuestra doctrina* se ha referido a la Potestad Cautelar manifestando que ella:

"(...) integra el concepto de garantía o tutela jurisdiccional a la que se tiene derecho frente a la inobservancia del derecho objetivo. No sería íntegra ni verdaderamente eficaz la respuesta jurisdiccional si a ella no se entendiera siempre perteneciente esta actividad complementaria y asegurativa"³⁸.

³⁵ Considerandos 5º y 8º de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 2 de mayo de 1984, *Gaceta Jurídica* N.º 46, pp. 40-41.

³⁶ *Informe del Consejo de Estado* atinente al Proyecto de Nueva Constitución, reproducido en VIII *Revista Chilena de Derecho* N.º 1-6 (1991), p. 392.

³⁷ Jean PIAGET: *Estudios Sociológicos* (Barcelona, Ed. Ariel, 1977), pp. 218-220; J. Roland PENNOCK: *Democratic Political Theory* (New Jersey, Princeton U. Press, 1977), pp. 241-242.

³⁸ Raúl TAVOLARI OLIVEROS: "Protección Constitucional y Cautela Judicial", *Gaceta Jurídica* N.º 148 (1992), pp. 8 y 9.

Y análogamente elocuente es la doctrina extranjera:

"La institución cautelar es (...) probablemente la innovación más profunda que en nuestro contencioso ha introducido la jurisprudencia desde su origen, ya que la generalización de esta doctrina puede transformar todo nuestro sistema de justicia administrativa en el mejor sentido posible. (...).

Un aspecto de la institución cautelar es su capacidad para reducir los abusos de los procesos, y su utilidad como una "justicia provisional", en un tiempo en que arribar a la justicia definitiva exige lustros con normalidad"³⁹.

Obsérvese, en fin, que si el contencioso administrativo fue en el ámbito de la soberanía-autonomía, lo que más resueltamente quedó controlado por la Potestad Cautelar de la Judicatura, ello se ha extendido a la soberanía-independencia, v.gr., en la Unión Europea y algo ya en nuestra América Latina. Pero, en definitiva, nadie puede ni debe quedar sustraído de ella.

9. *Procede la Protección contra Amenaza*

La necesidad de armonizar los derechos fundamentales, en una interpretación de contexto o coherente de la Constitución, supone también evitar o precaver el daño entre ellos, más aún cuando éste es irreparable porque ocurre simultáneamente con la acción ilícita.

Para esa finalidad, el ordenamiento jurídico ha previsto medidas cautelares tendientes no sólo a solucionar las colisiones entre derechos y a que quienes han ejercido ilegítimamente los suyos respondan por el daño causado, sino que y por vía preventiva, la Constitución *ordena evitar* que esa lesión se produzca cuando, acreditados los antecedentes suficientes, queden los tribunales persuadidos de la amenaza al ejercicio legítimo de un derecho fundamental o de un daño todavía mayor al que ya han sido quebrantado.

En otras palabras, es inconcebible esperar que una garantía sea vulnerada por el ejercicio abusivo o delictual de otra, para que nada más que entonces proceda accionar los mecanis-

mos que permiten restablecer el imperio del Derecho, dar *debida* protección al afectado y hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. Los tribunales, en consecuencia, desempeñan cabalmente su Potestad Cautelar al *pre-caver* la comisión del ilícito que genera aquella colisión y su secuela de daño irreparable. Al fin y al cabo, esto es *infundir eficacia* al ordenamiento jurídico y *sostener la confianza* de sus destinatarios en punto a que los derechos humanos se hallan protegidos.

Por eso, precisamente, el Poder Constituyente ha considerado labor ineludible e irremplazable de la Judicatura, a la vez que parte intrínseca del sistema jurídico, la necesidad y obligación de *pre-caver lesiones a las garantías fundamentales, llevando de esa manera la virtualidad del texto supremo que asegura los derechos a su concreta y tangible vivencia*. Por eso, además y exactamente, es que el Poder Constituyente contempla la *procedencia del recurso de protección* no sólo contra privaciones o perturbaciones en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales, sino también y en *evidencia de toda su potencialidad cautelar, en contra de la amenaza* con que pueden ser transgredidos.

El Poder Constituyente no ha definido la locución recién aludida. Empero, entendida ella en su sentido natural y obvio, constátase que *amenaza* es la acción de *amenazar* y este verbo significa "dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro"⁴⁰, o también y en segunda acepción, "dar indicios de estar inminente alguna cosa mala o desagradable, anunciarla, presagiarla"⁴¹.

Ninguna duda cabe, en consecuencia, que nuestra Carta Fundamental estimó relevante declarar la *tutela jurídica, a través del restablecimiento del imperio del Derecho y de la debida protección* del afectado, no sólo cuando se trata de la vulneración consumada de los derechos fundamentales, sino también frente a la inminencia de un mal futuro.

Compréndese el carácter precautorio de ese arbitrio constitucional, porque hay derechos que *basta el principio de ejecución de una conducta ilícita para que sean irremediablemente lesionados en su esencia*. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la vida, ante el cual resultaría absurdo esperar su pérdida o la lesión de la integridad física o psíquica a fin de actuar contra el hechor. Medítese también en el derecho a la honra, de la cual su titular

³⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Batalla por las Medidas Cautelares* (Madrid, Ed. Civitas, 1992), pp. 19 y 21.

Consúltese también Francisco RAMOS MÁNDEZ: *Teoría General de las Medidas Cautelares* (Madrid, Ed. Civitas, 1993).

⁴⁰ *Diccionario*, citado en *supra* nota 12, p. 89.

⁴¹ *Id.*

puede ser despojado al instante de saberse que pronto se difundirá un libelo difamatorio. Así y de una sola vez serán sacrificadas su dignidad, libertad e integridad, no siéndole posible reparar el daño moral y material que, de tal modo, le ha causado. Ése es el criterio sostenido en el tópico por nuestra *jurisprudencia*:

"Para que la *amenaza* en el legítimo ejercicio de derechos protegidos por el artículo 20 de la Constitución sea suficiente para hacer procedente el recurso de protección ha de ser *seria* y no ilusoria, *actual*, *precisa* y no vaga y *concreta* en su resultado"⁴²

La Potestad Cautelar en el sistema jurídico, particularmente de cara a derechos que, por la sola amenaza, quedan ya vulnerados, adquiere entonces un rol central dentro del régimen democrático constitucional, pues refuerza la confianza en la justicia, impulsa el arraigamiento del *respeto mutuo* en la convivencia, hace sentir que es real la *sumisión de todos al Derecho* y permite concretar, cada vez más, el ideal, denotativo de una búsqueda sin término, pero en la cual se avanza, de la realización de la libertad, la igualdad, la paz y el bien común en la sociedad política.

Relevante es igualmente observar que, si se desconoce la jurisdicción cautelar respecto de amenazas contra la honra, desestimando la acción precautoria de rango constitucional en favor de la tutela legal y *ex post* de ese valor jurídico se quebranta el texto y contexto de la

Carta Fundamental, *dejan de cumplir su deber* los órganos jurisdiccionales competentes y se convierte al recurso de protección en un medio ineficaz para amparar las amenazas serias, actuales, previas y concretas a un derecho humano de indiscutible primacía.

Entiéndase con perfecta claridad, entonces, que el ilícito constitucional es distinto del homónimo penal en su naturaleza, efectos, órganos que lo sancionan y Potestad Cautelar que previene aquello que, en sede criminal, sólo es punible *ex post*.

El negativo precedente aquí impugnado, y que de no ser rechazado, podría quedar sentado, unido a lo absurdo de la tesis interpretativa en que se intente fundarlo, son otros, entre muchos, de los reparos de fondo que lo vuelven por entero desestimable.

Quede, pues, final y vigorosamente establecido que la Potestad Cautelar expresamente conferida a nuestra magistratura superior en el artículo 20 del Código Político, debe ser ejecutada pronta y cumplidamente, adoptando de inmediato las providencias que permitan salvar el derecho amagado o infringido, sin perjuicio de las acciones legales que tengan lugar en un proceso lato y no sencillo.

Resumiendo, la actividad judicial ante la lesión de cualquiera de los derechos constitucionales, derivada del ejercicio delictual o abusivo de cualquiera de ellos, debe ser pronta y oportuna, sea para reparar el mal causado o, por la vía cautelar, para evitar o precaver que éste se produzca, prosiga o cause mayores estragos de los ya sufridos.

⁴² Corte Suprema, 1 de enero de 1988, LXXXV Revista de Derecho y Jurisprudencia, 2ª P., S. 5ª, p. 307 (Enfasis agregado).