



Informe para alegato de *Amici Curiae* ante el Exmo. Tribunal Constitucional de Chile

*En contra de la eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil en
el procedimiento ROL 1723-10- INC.**

Manuel González G.

Bernardo Busel N.

**Este informe fue revisado por el abogado asociado Lucas Sierra I. Sus autores agradecen los
comentarios al borrador inicial.*

Tabla de contenidos

1. Declaración de interés de Libertades Públicas para comparecer en el procedimiento de revisión de constitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil ante el Tribunal Constitucional.	3
2. Breve referencia al marco constitucional del derecho a la libertad de expresión. La reserva legal del constituyente.	4
3. La decisión de limitación de la indemnización de los daños del artículo 2331 del Código Civil responde a una decisión legislativa deliberada.	6
4. La variedad de supuestos contenidos en el artículo 2331 del Código Civil	7
5. Las vías para la protección de la honra y la libertad de expresión son dos: la del Derecho Penal y la del Derecho Civil.	10
6. Conclusiones	16
7. Bibliografía	18

1. Declaración de interés de Libertades Públicas para comparecer en el procedimiento de revisión de constitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil ante el Tribunal Constitucional.

Libertades Públicas es una asociación gremial que tiene como objeto la defensa, protección y promoción social de los derechos fundamentales de las personas, asumiendo como tarea general, la participación en toda clase de actividades que constituyan una oportunidad favorable para el logro de ese objetivo. Nuestra asociación surgió como la iniciativa de un grupo de abogados en defender la libertad de expresión frente a la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” que fuera impuesta por una decisión judicial. Este caso fue llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la participación de nuestra asociación.

Ni el reconocimiento de los derechos de las personas en textos normativos ni la posibilidad institucional de reclamar su respeto garantizan su vigencia efectiva cuando no existe aún en Chile una cultura cívica que los haga valer enérgicamente; esos derechos están expuestos a ser violados y desconocidos en muchas ocasiones. Libertades Públicas pretende contribuir a la formación de una cultura cívica que no sólo reconozca y respete los derechos fundamentales como la libertad de expresión, sino que también los valore como elemento garantista de la participación democrática.

La participación de Libertades Públicas como *Amici Curiae* en este procedimiento tiene especial sentido si se ven los orígenes de nuestra asociación. Nos preocupa de especialmente que una eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil afecte la posibilidad de emitir opiniones libremente sobre la base del derecho a la libertad de expresión consagrado en la Constitución Política de la República y en los

tratados internacionales vigentes suscritos por Chile generándose un desequilibrio estructural en la forma en que está concebida la libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Breve referencia al marco constitucional del derecho a la libertad de expresión. La reserva legal del constituyente.

El artículo 19 n° 12 de la Constitución Política reconoce el derecho a la libertad de expresión¹, particularmente en el inciso primero. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante CENC) se refirió a ella como

“(...) Este derecho fundamental se encuentra incorporado a nuestro ordenamiento jurídico desde los primeros tiempos de nuestra vida republicana, pero el siglo actual presenta una importante evolución con respecto a esta garantía como resultado del avance de la técnica y el rol del Estado en el mundo moderno. Es el siglo de la mecanización, de los sistemas informativos, de la internacionalización de las noticias de la concurrencia informativa de los medios audiovisuales, de la comunicación instantánea con el uso de satélites artificiales, todo lo cual hace que los medios de comunicación social constituyan, como lo dijimos entonces, un arma poderosísima no sólo capaz de influir en los procesos políticos, económicos y sociales, sino en la mentalidad y comportamiento de los pueblos.

Esta evolución ha hecho que la libertad de expresión, que es un derecho individual, tenga hoy, también, el carácter de un derecho social, representado por el derecho de la comunidad a recibir las informaciones que son el resultado de la libre expresión de las ideas.

La libertad de opinión, también llamada libertad de expresión, es la más amplia de las libertades intelectuales, pues la de enseñanza, culto, petición, reunión y asociación pueden estimarse como una derivación de aquella.”²

Adicionalmente, se señaló que:

“El anteproyecto mantiene el criterio de que la garantía constitucional relativa a la libertad de opinión y de informar debe ser regida por normas de carácter represivo y no preventivo. Es decir, debe ejercerse sin censura previa, pero sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley. De este modo, queda entregada al legislador la facultad de tipificar las figuras delictivas que puedan derivarse de las acciones de informar y de emitir opiniones, como también la de

¹ Sin perjuicio del reconocimiento de la Libertad de Expresión en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 19 de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 13 y ss. de la Convención Americana de Derechos Humanos, todos tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile.

² Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, «Informe con Propositiones e Ideas Precisas,» *Revista Chilena de Derecho* VIII, no. 1-6 (1981). p.201 (el énfasis es nuestro)

determinar los abusos, que no constituyendo delitos, puedan sin embargo acarrear responsabilidad, no necesariamente penal.”³

De esta manera, se ve que no sólo se reconoció el derecho a emitir libremente opiniones, sino que además, se reconoció un sistema de distribución de competencias públicas destinado a salvaguardar el derecho a la libertad de expresión⁴ reconduciendo al legislador (y así al pueblo) las limitaciones que se pueden imponer ante el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales y sobre la base de un criterio *ex post facto*. En general, los derechos constitucionales reconocen como límite los otros derechos constitucionales, cuyo ejercicio de ponderación deberá realizarse en concreto, y las otras establecidas en la Constitución Política.⁵ Sobre la base de lo anterior, no puede reconocerse algo así como una limitación al ejercicio de la libertad de expresión, cuya base no sea de origen legal, y además, de *quórum calificado*. La libertad de expresión no está limitada a ningún constreñimiento que no sea el que el legislador democrático le haya impuesto⁶.

³ *ibid* p. 202

⁴ Lucas Mac-Clure, «Práctica Judicial, Derecho a la Honra y Libertad de Expresión. Un análisis a la Jurisprudencia Constitucional Chilena» *Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile* (2007). pp. 70 y ss

⁵ Véase el reconocimiento que se hace a la reserva legal que se hace, por ejemplo en: Francisco Grisolia, *Libertad de Expresión y Derecho a la Honra* (Santiago: LexisNexis, 2004) y Jose Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno*, Vol. II, II vols. (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004). p.611. Por todos véase las reservas *en contra*, Miguel Ángel Fernández, «Libertad de Expresión, Censura Previa y Protección Preventiva de los Derechos Fundamentales,» *Revista Chilena de Derecho*, 2001: 383-400. p.391

⁶ Así, Lucas Mac-Clure, *supra* n4 p. 73.

Incluso, es de la opinión de doctrina autorizada, que el ejercicio de la libertad de opinión es incompatible con una comprensión abusiva del derecho, por que las opiniones son sólo eso: opiniones.⁷

En este sentido, el constituyente fue particularmente cuidadoso en la configuración de las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión, como ya dijimos, garante de una sociedad democrática y cualquier constreñimiento a esa garantía, material o formal, deberá ser revisada por el legislador de acuerdo a lo previsto en la Constitución, atendida su importancia.

3. La decisión de limitación de la indemnización de los daños del artículo 2331 del Código Civil responde a una decisión legislativa deliberada.

El artículo 2331 del Código Civil no es un resabio decimonónico obsoleto. En el contexto de la dictación de la ley 19.733, el legislador reconoció su mérito en un amplio contexto, abstrayéndolo de uno sólo: cuando se cometieran los delitos descritos en dicha ley a través de medios de comunicación social.

Hay que recordar que el proyecto inicial, enviado por el ejecutivo, en el inciso final del artículo 65 disponía que “Lo dispuesto en el artículo 2331 del Código Civil se entenderá referido a los delitos de injurias y calumnias no cometidos a través de un medio de difusión”. Dicho artículo desapareció como tal –la ley finalmente tendría 48 artículos- pero lo dispuesto en él se mantuvo como decisión legislativa, específicamente en el artículo 40 “La acción civil para obtener la indemnización de daños y perjuicios derivada de delitos penados en esta ley se regirá por las reglas generales.

⁷ Así, Jose Luis Cea, *supra* n5 p. 364 “(...)Personalmente, pensamos que la libertad de opinión, por su naturaleza intrínseca, nunca puede ser ejercida en términos susceptibles de ser calificados como abusivos ni delictivos, porque el rasgo de falibilidad que la singulariza vuelve siempre legítimo emitirla”.

La comisión de los delitos de injuria y calumnia a que se refiere el artículo 29, dará derecho a indemnización por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral”. En cuanto a sus efectos, la decisión es análoga a lo propuesto por el ejecutivo en el proyecto. Esta regulación no es extraña a nuestro sistema. Es importante destacar que dicho régimen diferenciado tiene sus orígenes en el Decreto Ley 425 de 20 de marzo de 1925, cuyas características comenta Arturo Alessandri “[...] si tales imputaciones (injuriosas) no se hacen por alguno de los medios señalados en el Decreto Ley N° 425 citado, rige lo dispuesto en el art. 2331 C. C.: el daño meramente moral no es indemnizable en dinero, sólo lo es el que se traduzca en una disminución actual o futura del patrimonio.”⁸

4. La variedad de supuestos contenidos en el artículo 2331 del Código Civil

Como ya se dijo, el artículo 2331 del Código Civil establece el régimen indemnizatorio de las injurias y calumnias penales y civiles, salvo los casos de injuria y calumnia contenidos en la ley 19.733 (que están configurados a partir de un modo comisivo calificado: a través de medios de comunicación social).

Sólo los delitos de injuria y calumnia cometidos por medios de comunicación social (artículos 29 y 40 de la ley 19.733) son indemnizables *pecuniariamente* por concepto de daño moral.

De lo anterior se sigue que no toda “imputación injuriosa” cometida a través de medios de comunicación social es susceptible de reparación por el daño moral sufrido. En casos de difamación cometida a través de medios de comunicación, es plenamente aplicable el

⁸ Arturo Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005 (Original, 1943)). pp. 168-169

artículo 2331 del Código Civil, al no existir delito penal de difamación⁹ (requisito establecido por la ley 19.733 para que proceda la reparación del daño moral sufrido).

Establecido el campo de aplicación del artículo 2331, es necesario evaluar cuál o cuáles de sus supuestos resultan inconstitucionales. Las posibilidades son:

1) Los delitos civiles de injuria y calumnia cometidos a través de medios de comunicación social.

2) Los delitos civiles de injuria y calumnia no cometidos a través de medios de comunicación social.

3) Los delitos penales de injuria y calumnia no cometidos a través de medios de comunicación social (es decir, distintos a los de la ley 19.733).

4) El delito civil de difamación cometido a través de medios de comunicación social.

5) El delito civil de difamación no cometido a través de medios de comunicación social.

⁹ A favor, Hernán Corral, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003). En el caso del profesor Corral, es interesante destacar que, a pesar de considerar que la disposición es inconstitucional, recientemente ha advertido que el problema debe resolverse por vía legislativa. Véase su Tribuna en *El Mercurio*, 3 enero de 2011. Pedro Anguita, «La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada,» en *Regímenes especiales de Responsabilidad Civil* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2008). Gonzalo Linazasoro, «Artículo 2331 del Código Civil: Las razones de su inaplicabilidad por inconstitucionalidad,» en *Estudio de Derecho Civil V*, 761-775 (Concepción: Legal Publishing, 2010). En contra, Enrique Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006).

En el debate actual, lo cierto es que no se escuchan planteamientos que distingan los cinco supuestos descritos. Los profesores Hernán Corral y Gonzalo Linazasoro, por ejemplo, consideran que el artículo 2331 es lisa y llanamente inconstitucional (por las razones que ofrecen)¹⁰ de manera general, atendiendo a que bajo dicho precepto las víctimas no pueden ser compensadas por los daños morales sufridos en base a una indemnización pecuniaria.

Comienza a hacerse visible entonces, que los cinco supuestos descritos tienen características particulares que hacen razonable justificar un tratamiento diferenciado.

Es evidente que desde la perspectiva de la lógica interna del Código Civil, el artículo 2331 merece sospechas, al introducir una importante excepción al régimen de indemnizaciones pecuniarias del sistema civil chileno.

Pero el problema en cuestión debe adoptarse desde la perspectiva del derecho constitucional en general, y del reconocimiento del derecho a la libertad de expresión y honra en particular.

En primer lugar, es importante destacar que el sistema de reparación de daños que establece el artículo 2331 no desconoce la situación en las que las víctimas de delitos civiles o penales de injuria, calumnia o difamación se encuentran respecto de esos intereses (la reparación civil del daño moral sufrido por vulneraciones a su derecho a la honra). Lo que el artículo 2331 excluye es la indemnización *pecuniaria* por concepto de daños no

¹⁰ El profesor Hernán Corral, señala que la inconstitucionalidad se produce porque se deja sin reparación por daño moral a las víctimas siendo de carácter implícito su consagración en la Constitución. Así, Hernán Corral, *supra* n9 pp.74-75. Por su parte, Gonzalo Linazasoro señala que la inconstitucionalidad se produce por afectación del núcleo esencial del derecho al honor al dejarlo desprotegido (de toda forma) mediante la limitación de los daños indemnizables. Así, Gonzalo Linazasoro, *supra* n9 p.774

patrimoniales o morales. Dicha cuestión es central, puesto que siguen operativos todo el resto de medios de reparación, como por ejemplo, el deber de rectificación o aclaración. Coincidimos en la observación acerca de la necesidad de reparación por vía civil de los atentados contra la honra, en atención al contenido esencial de dicho derecho. Pero ciertamente es un exceso sostener que sólo la reparación pecuniaria de la dimensión extra patrimonial de dicha afectación es la única consistente con la constitución. Es importante subrayar que cuando el constituyente ha querido sentar una regla indemnizatoria, así lo ha dicho expresamente (error judicial y expropiación). Cuando nada dice, el campo completo se abre al legislador democrático.

5. Las vías para la protección de la honra y la libertad de expresión son dos: la del Derecho Penal y la del Derecho Civil.

En el derecho chileno, es evidente que la opción por la protección civil de la honra, en lo que dice relación con el daño moral y su reparación *pecuniaria*, resulta problemática, por los deficitarios estándares de valorización y evaluación de dichos daños.¹¹ Adicionalmente, por las características sustantivas y procedimentales de ambos regímenes de responsabilidad, es notorio que el derecho penal está mejor posicionado para determinar el ejercicio ilegítimo del derecho de libertad de expresión, en la forma de la comisión de delitos de injurias o calumnias. El Derecho Penal, en este contexto, se caracteriza por su focalización exclusiva en la conducta (=expresiones) con independencia de los daños producidos. A diferencia de ello, en sede civil lo relevante es vincular una conducta (=expresión) calificable como injuriosa –sin mayores exigencias- a un daño producido.

¹¹ Juan Pablo Rodríguez, *La evaluación del daño moral en la jurisprudencia* (Santiago: Legal Publishing, 2009). pp.55 y ss.

Esto implica que el reconocimiento de la indemnización de daño moral opere como límite a la libertad de expresión en sede civil.

La referencia al derecho comparado puede ser utilizada para cuestionar estas observaciones. Es evidente que el derecho de daños juega un importante rol en el sistema de protección de la libertad de expresión y el derecho a la honra en los ordenamientos jurídicos de mayor influencia. Pero es importante destacar que los estándares de definición de las expresiones ilegítimas por una parte, y los estrictos criterios para evaluar y delimitar la existencia de daños morales, por otra, hace que la comparación con nuestro ordenamiento jurídico no sea del todo apropiada.

Esto es así, porque en el derecho chileno existe una notoria carencia de estándares jurisprudenciales consistentes para la determinación del daño moral y una ausencia casi absoluta de criterios de determinación para dichos daños a nivel legislativo.¹²

En Canadá y en Estados Unidos por ejemplo, se identifica una clara tendencia a establecer criterios diferenciados para la determinación del ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión, dependiendo contenido de la información y de la fuente emisora.¹³ En general,

¹² La única norma del ordenamiento jurídico chileno que regula la valorización del daño moral es el artículo 41 de la ley 19.966 (“ley auge”) que dispone: “La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas.

No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos.”

¹³ Así, por ejemplo se ve en la jurisprudencia norteamericana derivada del caso *Gertz v. Robert Welch Inc.*, (1974). Véase a propósito de esto véase el capítulo *Constitutional limitations on recovery* en Dan Dobbs, *The Law of Torts* (St. Paul, MN: West Group, 2004). p.1169 y ss.

los países de tradición anglosajona, por su parte, cuentan con auténticos “tipos privados”¹⁴ o *torts*, que cuentan con su propio ámbito de aplicación y en torno a los cuales existe un sofisticado desarrollo académico y jurisprudencial sobre sus límites y extensión. En Chile la situación es precaria a este respecto y por ello es razonable que se haya preferido la vía penal de protección de la honra en situaciones paradigmáticamente atentatorias contra ella, como las injurias y calumnias, garantizando de mejor modo la libertad de las personas en términos del nivel de su exigencia procedimental para atribuir responsabilidad, o dicho de otro modo, que es más exigente y cautelosa para la determinación del ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión (y su correspondiente afectación a la honra de una persona).

En Chile, por “imputaciones injuriosas” en sede civil pueden entenderse no sólo las injurias y calumnias que cumplieran con los requisitos típicos penales, sino también supuestos más amplios, que, identificables como expresiones “injuriosas” y vinculadas causalmente a un daño moral, implicarían la condena del demandado. Es evidente, entonces, que frente a la ausencia de criterios delimitadores del daño moral, la técnica que mejor protege al sujeto que expresa sus opiniones es la del Derecho Penal.

El legislador, en su esfera legítima de competencia constitucional, a través de la dictación de la ley 19.733, tomó la decisión de resolver los conflictos entre libertad de expresión y honra en sede penal, estableciendo el requisito de condena en dicha sede por delitos de injuria o calumnia para la procedencia de indemnización por daño moral. Desde la perspectiva del emisor de las expresiones calificables como injurias o calumnias, la sede penal garantiza de mejor manera su derecho a la libertad de expresión, por las garantías procesales involucradas.

¹⁴ Carlos Peña, «Informe sobre el proyecto de ley de protección del honor y la intimidad de las personas,» en *Temas de Responsabilidad Civil*, 75-104 (Santiago: Ediciones Diego Portales, 2004). p.86

Es ésta una cuestión crucial, pues el ejercicio del periodismo y la intervención en el debate público a través de medios de comunicación masivos merecen la mayor protección en un estado democrático. La objeción es obvia: dicho régimen de responsabilidad ofrece las garantías aludidas en atención a los derechos fundamentales que se amenazan vulnerar y su grado de afectación. Pero es por esa misma razón que se han establecido los supuestos paradigmáticamente gravosos para la honra para ser regulados por el derecho penal. Que no esté tipificado el delito de difamación cometido a través de medios de comunicación social es consistente con la reforma constitucional que eliminó el inciso segundo del artículo 19 N° 4 (que establece el derecho al honor). Dicha disposición establecía: “La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente un daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares.” La consecuencia de la reforma constitucional es obvia: la difamación cometida por medios de comunicación social no debe ser configurada, necesariamente, como un delito penal. La valorización democrática del derecho a la libertad de expresión, en el contexto de medios de comunicación social, es tan elevada, que se decidió eliminar un delito que castigara la difamación por exigencia constitucional. Evidentemente, el ámbito de competencia del legislador se amplió a este respecto (la decisión sobre la necesidad de un tipo penal de difamación es de su prerrogativa exclusiva).

De lo anterior, no se sigue, sin embargo, que la vía de protección de la honra por difamaciones cometidas a través de medios de comunicación social deba contemplar la

reparación de los daños morales, en ausencia de un delito penal, como modo de protección de la honra en dichas situaciones de difamación.

En el estado actual en que se encuentran los estándares de evaluación y valoración del daño moral a nivel legislativo y jurisprudencial¹⁵, el reconocimiento del daño moral en casos de la evaluación civil del ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión operaría como un límite inaceptable al ejercicio de la libertad de expresión, generando una situación de incerteza jurídica que no se ha tenido en consideración en este debate. En lo que dice relación con la limitación de la indemnización de daños no patrimoniales, la regulación chilena, en términos de su constitucionalidad, es consistente con el régimen indemnizatorio del Código Civil italiano. El artículo 2059 establece que los daños no patrimoniales sólo deben ser resarcidos en los casos que determina la ley, haciendo referencia al artículo 185 del Código Penal. Por la aplicación de ambas reglas, sólo son indemnizables los daños morales derivados de la comisión de un delito penal. El Tribunal Constitucional italiano¹⁶ ha sostenido que la regla civil es constitucional, en atención a que el derecho civil sólo cumple funciones reparatorias.¹⁷

Como ya se dijo, el artículo 2331 del Código Civil chileno no excluye la reparación de los daños morales sufridos en los casos que regula, sólo excluye su reparación pecuniaria.

Como ya se dijo, el legislador optó por la vía del Derecho Penal para la protección del derecho a la honra y la libertad de expresión en los casos de intervención a través de medios de comunicación social. Sólo cuando se cometa el delito penal de injuria o calumnia

¹⁵ Véase Juan Pablo Rodríguez, *supra* n11 pp. 51 y 52

¹⁶ 184 (Corte Costituzionale, 30 de Junio de 1986). Disponible en: <http://www.cortecostituzionale.it>

¹⁷ Sobre esto véase Hernán Corral, *supra* n9 76-77, pero con conclusiones contrarias.

a través de medios de comunicación social el afectado podrá reclamar indemnización por daño moral.

Complementando lo dicho acerca de la conveniencia, en el caso de Chile, de la vía penal de protección, es conveniente hacer referencia al informe en derecho en que el profesor Carlos Peña comenta el sistema civil de reparación de perjuicios vinculado al proyecto de ley de protección del honor y la intimidad de las personas, que se inclinaba por la vía civil. En él, Peña observa las dificultades que tendría, desde una perspectiva civil, la idea de “intromisión ilegítima” porque habría que trasladar el el foco desde la prueba del daño a la antijuridicidad de la intromisión. *Mutatus mutandi*, puede predicarse lo mismo de las injurias. Por una exigencia propia del principio de legalidad, en sede penal el adjudicador se concentra en la concurrencia de la conducta prohibida, y en sede civil, de los efectos dañosos. Como se dijo antes, en sede civil, la noción de “imputaciones injuriosas” –cuya amplitud es patente- junto con el reconocimiento de la indemnización de daño moral, sin criterios de definición objetivos, genera una preponderancia en la utilización del daño moral como justificación de la atribución de responsabilidad. De este modo, el daño moral representa un límite a la libertad de expresión que en sede penal no existe, porque su análisis es irrelevante para el tipo. Carlos Peña comenta en el citado informe que el proyecto tenía como “[...] objetivo principal desplazar la protección de la intimidad o la privacidad desde la técnica del Derecho Penal a la técnica del Derecho Civil. En vez de enfatizar la aplicación de penas, ese proyecto favorece la aplicación de indemnizaciones.” En atención a dicha aseveración, es pertinente revisar lo que se disponía en el artículo 11 del proyecto de ley de protección del honor y privacidad –relevante a este respecto por su

favorecimiento a la vía civil:- regulaba expresamente los criterios para la determinación del daño moral, con un nivel de detalle sin precedentes en nuestra legislación.¹⁸

Resulta justificado, entonces, el régimen actual de indemnización de daños en los casos en que existe tensión entre la libertad de expresión y el derecho a la honra.

6. Conclusiones

De lo dicho precedentemente, es evidente que el legislador ha tenido a la vista el sistema compensatorio establecido en el artículo 2331 del Código Civil y que su decisión al respecto es consistente con el marco constitucional que regula su actuación a propósito de la definición del derecho constitucional a la honra y de libertad de expresión. Como se dijo anteriormente, cuando el constituyente ha querido sentar una regla indemnizatoria, así lo ha dicho expresamente (error judicial y expropiación). Cuando nada dice, el campo completo se abre al legislador democrático. Asimismo, la exclusión de la indemnización pecuniaria en casos de afectación a la honra no implica la afectación del contenido esencial de dicho derecho, toda vez que ello no importa que los intereses no patrimoniales estén desprovistos de toda protección jurídica, en contra de lo que sostiene, por ejemplo, el profesor Gonzalo Linazasoro. El establecimiento de un régimen de compensación especial en estos casos responde a una legítima consideración a la libertad de expresión, que se vería fuertemente

¹⁸ “Art. 11. La indemnización comprenderá todo daño. Tratándose del daño moral, el juzgador, al tiempo de fijar la indemnización, atenderá a las circunstancias del caso; a la gravedad de la lesión efectivamente producida en la esfera de la personalidad; al grado o la intensidad del descuido en que hubiere incurrido el ejecutor del daño y al beneficio obtenido por el causante de la intromisión ilegítima.

El juez procurará que la indemnización sea estrictamente reparadora y no se constituya en ocasión de enriquecimiento ni para el afectado ni para quien efectuó la intromisión. En consecuencia, y atendidas las circunstancias, el juez podrá fijar una indemnización puramente simbólica.” (se omite el inciso final referido a las costas del juicio).

amenazada por la posibilidad de demandas civiles en contra de personas naturales o instituciones que investiguen sobre temas políticamente sensibles. Un sistema en el cual la indemnización por daño moral se pueda otorgar en ausencia de criterios previamente establecidos y delimitados como ocurre en el derecho comparado, traerá sin duda una inhibición del informante, fenómeno que también se conoce como “chilling effect”, que constituye un verdadero incentivo institucional a la autocensura; cuestión completamente contraria al espíritu del constituyente y a lo que una sociedad moderna requiere para desarrollo de su espíritu democrático.

7. Bibliografía

- Alessandri, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005 (Original, 1943).
- Anguita, Pedro. «La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada.» En *Regímenes especiales de Responsabilidad Civil*, de Universidad Diego Portales. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2008.
- Barros, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Cea, Jose Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Vol. II. II vols. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.
- Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. «Informe con Propositiones e Ideas Precisas.» *Revista Chilena de Derecho* VIII, n° 1-6 (1981).
- Corral, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Dobbs, Dan. *The Law of Torts*. St. Paul, MN: West Group, 2004.
- Fernández, Miguel Ángel. «Libertad de Expresión, Censura Previa y Protección Preventiva de los Derechos Fundamentales.» *Revista Chilena de Derecho*, 2001: 383-400.
- Grisolia, Francisco. *Libertad de Expresión y Derecho a la Honra*. Santiago: LexisNexis, 2004.
- Linazasoro, Gonzalo. «Artículo 2331 del Código Civil: Las razones de su inaplicabilidad por inconstitucionalidad.» En *Estudio de Derecho Civil V*, de Universidad de Concepción, 761-775. Concepción: Legal Publishing, 2010.
- Mac-Clure, Lucas. «Práctica Judicial, Derecho a la Honra y Libertad de Expresión. Un análisis a la Jurisprudencia Constitucional Chilena.» *Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*. 2007.
- Peña, Carlos. «Informe sobre el proyecto de ley de protección del honor y la intimidad de las personas.» En *Temas de Responsabilidad Civil*, de Universidad Diego Portales, 75-104. Santiago: Ediciones Diego Portales, 2004.
- Rodríguez, Juan Pablo. *La evaluación del daño moral en la jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing, 2009.