

FUNDAMENTACION Y TEXTO DEL ANTEPROYECTO DE
MODIFICACION DE LA LEY 16.643

I. FUNDAMENTACION

El 17 de mayo de 1984 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 18.313 que modificó algunos artículos de la Ley sobre Abusos de Publicidad, N° 16.643.

La Asociación Nacional de la Prensa, la Asociación de Radiodifusores de Chile, el Colegio de Periodistas de Chile y diversos medios de comunicación formularon críticas en torno a las modificaciones introducidas por dicha ley y a la manera como ella reglamentaba o concretaba lo dispuesto en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de 1980.

El Ministro Secretario General de Gobierno invitó a las instituciones antes mencionadas, como también al Departamento de Ciencias y Técnicas de la Comunicación de la Universidad de Chile y a la Escuela de Periodismo de la Universidad Católica de Chile para que designaran representantes que participaran en el análisis de dicha ley para ir precisando y aclarando aspectos que podían parecer dudosos en esta nueva legislación.

Como consecuencia de lo anterior, se encomendó a una Comisión formada por los profesores universitarios José Luis Cea, en representación de la Asociación Nacional de la Prensa; Alfredo Etcheberry, en representación de la Asociación de Radiodifusores de Chile; Sergio Contardo, en representación del Departamento de Ciencias y Técnicas de la Comunicación de la Universidad de Chile; y Tomás P. Mac Hale, en representación de la Escuela de Periodismo de la Universidad Católica de Chile, la redacción de un anteproyecto específico de articulado que enmendara aquellos aspectos de la ley que han merecido mayores críticas.

La Comisión celebró varias reuniones y concluyó por aprobar el texto del anteproyecto que entrega a la consideración de las autoridades y de la opinión pública como expresión del deseo de las instituciones representadas en ella. El texto completo del referido anteproyecto se acompaña a este

informe, y aunque la mayor parte de sus disposiciones se explican por sí mismas, se resumen a continuación sus fundamentos y propósitos.

1. A juicio de la Comisión, la Constitución hizo bien en consagrar como una garantía individual el respeto a la honra y el derecho a la intimidad o vida privada, en lo que sigue la tendencia de casi todos los modernos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos.

Introduce, sí, la Constitución, la noción de respeto “por la vida pública”, lo que carece de cabal significación. La persona que ejerce funciones públicas o desempeña, en general, una actividad de esta naturaleza, tiene derecho, como todo ciudadano, a que se respete su honor y no se le injurie ni calumnie. Pero aparte de ello, su actuación está siempre sometida a la observación y a la crítica de los ciudadanos y de los medios de publicidad. Obligar a “respetar” las actuaciones de los funcionarios públicos, aunque ellos no se hayan ganado este respeto, es poner un freno injustificado a la crítica.

Tampoco parece acertado que la Constitución haya entrado en la misma disposición, luego de afirmar la garantía, a describir minuciosamente una figura delictiva, tarea propia de un Código Penal y no de una Constitución. Ello es tanto más notable cuanto que respecto de otros delitos muy importantes para la Constitución, como el terrorismo o los atentados contra la vida del que está por nacer, la tarea de tipificar las respectivas conductas y establecer las sanciones se deja entregada, como es lógico, al legislador.

A ello debe añadirse que la tipificación hecha por la Constitución es deficiente: contiene expresiones ambiguas, confusiones y aparentes contradicciones, que tornan más difícil su reglamentación específica.

En suma, estima la Comisión que habría sido preferible no legislar sobre la materia y mantener las disposiciones de la Ley 16.643, salvo tal vez en la actualización de sus penas pecuniarias, que han perdido significación por estar expresadas en sueldos vitales. Promulgada la ley 18.313, la mejor solución sería la de su derogación completa. La honra y la intimidad son bienes jurídicos dignos de protección, pero ella debería brindarse frente a los ataques provenientes de cualquiera persona, no solamente cuando se producen a través de los medios de publicidad. En otras palabras, puede dictarse una ley penal especial, no limitada a dichos medios, o una modificación del Código Penal, para proteger tales bienes jurídicos.

Sólo para el evento de que no sea posible una derogación completa, y en el deseo de paliar los inconvenientes más graves de la ley 18.313, la Comisión propone un texto de modificación de la ley 16.643 (tal como éste quedó después de promulgada la ley anteriormente citada).

En fin, es necesario destacar que el anteproyecto presentado forma un todo orgánico y coherente, y sus disposiciones guardan relación las unas con las otras y con las restantes de la Ley 16.643, de modo que la Comisión no estima que ellas puedan ser consideradas aislada o parcialmente, sino en el contexto en el cual se insertan.

2. La Constitución asegura el respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia.

Ya hemos señalado precedentemente las razones por las cuales la Comisión ha estimado que el respeto por la vida pública se identifica totalmente con el honor de la persona que desempeña tales actividades, y como tal puede ser ofendido sólo a través de los delitos contra el honor, contenidos en el Código Penal y en la Ley 16.643.

El respeto y protección por la honra de una persona y de su familia se traducen en la sanción de los delitos de calumnia e injuria, tradicionales en la doctrina y las legislaciones, y que en nuestro Código Penal cubren por completo el campo de las posibles ofensas contra el honor. No puede extenderse la sanción penal a expresiones u opiniones que no significan un ataque a la honra, sino que simplemente producen disgusto o molestia, o afectan únicamente la vanidad o el amor propio de un ciudadano.

El derecho a la intimidad (o la "vida privada", como la llama el texto constitucional) es un derecho de naturaleza diferente; es el reconocimiento de que el concepto amplio de "libertad" exige que cada persona tenga un ámbito de desarrollo y expresión de su manera de ser que le esté reservado; del cual pueda excluir a los extraños, y donde tenga derecho a no ser importunado por la indebida curiosidad ajena. Este derecho, aunque no incorporado antes a los textos constitucionales, era protegido a través de diversas figuras del Código Penal, como la violación de domicilio, la violación de correspondencia y ciertas formas de violación de secretos. Es indudable que el desarrollo de la ciencia y la técnica moderna hacen posibles hoy otras formas mucho más variadas y más profundas de intromisión en la esfera de intimidad de una persona, que deben ser sancionadas.

Sobre la base de este doble criterio (protección del honor, protección de la intimidad) la Comisión procedió en la forma que se explica a continuación.

3. Por lo que toca a la protección del honor, el anteproyecto no innova fundamentalmente en lo que es el texto del art. 21 de la Ley 16.643. Por razones de técnica, para no hacer variar la numeración de los artículos, la Comisión ha preferido refundir en un solo artículo los que anteriormente llevaban los números 21 y 22.

Como figuras delictivas concretas se han mantenido las tradicionales de la injuria y la calumnia, conservando las penas corporales del Código Penal, pero elevando y actualizando las penas pecuniarias, que según se ha dicho, ya carecían de virtud intimidatoria o retributiva. No obstante, se propone reducir considerablemente los elevados mínimos y máximos introducidos por la ley 18.313. Así, tanto el mínimo como el máximo de esta última ley han sido reducidos a la mitad, y el nivel superior se ha reservado para los casos de mayor gravedad, en tanto que los de menor relevancia tienen asignados máximos proporcionalmente más reducidos.

El anteproyecto modifica ligeramente las disposiciones actuales sobre el delito de chantaje o extorsión, actualizando las penas pecuniarias e

introduciendo la posibilidad de adicionarla con una pena corporal (independientemente de la que pudiere proceder a título de injuria o calumnia) en casos especialmente graves por el daño pecuniario o por el daño moral causados, o por ambos a la vez.

El anteproyecto precisa el concepto de “familia” y “familiares” para los efectos de esta ley, que es uno de los aspectos más criticados en la reforma legal. En efecto, la Constitución emplea aquel término, pero no lo define, y tampoco lo hace la ley 18.313, aunque sí trae una enumeración de vínculos de parentesco y matrimonio en el art. 21A, estimada con razón como injustificadamente amplia.

Ha parecido conveniente también introducir una precisión típica en materia de calumnia e injuria, haciendo extensiva a estos delitos la disposición del art. 15 que niega el derecho de respuesta cuando se trate de opiniones expresadas en artículos de crítica literaria, artística, científica o histórica. La Comisión cree del caso establecer una presunción de no delictividad de estas publicaciones, aunque admitiendo siempre la posibilidad de que la forma de expresar opiniones críticas revele el propósito manifiesto de ofensa personal, al margen del espíritu crítico que también pudiere concurrir.

En materia de *exceptio veritatis* el anteproyecto mantiene el sistema seguido hasta ahora por la ley 16.643, que la vincula fundamentalmente a la existencia de un interés público real, que naturalmente no es la simple curiosidad pública, sino la conveniencia de la divulgación de un hecho oculto.

4. En cuanto a la protección de la *intimidad*, el anteproyecto reemplaza la actual figura del art. 21A por otra de contenido mucho más preciso, y en buena medida más próximo al texto constitucional.

En efecto, se contemplan aquí dos figuras delictivas:

(1) La imputación de hechos determinados relativos a la vida privada o familiar de una persona (el actual texto habla de “difusión”, en circunstancias que la Constitución dice “imputación”), resulta sancionable si se comete por alguno de los medios de difusión del art. 16 (lo que es también exigido por la Constitución) y si causa daño a una persona (como lo señala la Constitución, en tanto que el actual texto extiende la sanción casi ilimitadamente al incluir también los casos en que la publicación “pueda causar” daño). Además, se precisa en qué debe consistir este daño: en provocar respecto del ofendido la hostilidad, el menosprecio o el ridículo. Si la publicación no tiene ninguna de estas consecuencias, no se advierte la razón para imponerle sanción penal, la más severa del ordenamiento jurídico. La pena es pecuniaria y sus límites son equivalentes a los de las formas intermedias de la injuria. No obstante, la Comisión ha estimado de especial gravedad los casos en que un órgano de difusión emprende una campaña sistemática o reiterativa de intrusión en la vida privada de otra persona, y contempla para tal caso una elevación de las multas al doble y la imposición de una pena corporal adicional.

2) La segunda figura se refiere a la publicidad que se otorgue a las imágenes o grabaciones de la intimidad de una persona, obtenidas a escondidas por procedimientos técnicos, siempre que esa difusión se haga por alguno de los medios señalados en el art. 16, y que ella provoque igualmente la hostilidad, el menosprecio o el ridículo hacia la persona afectada.

Considera la Comisión de especial importancia la precisión de los ámbitos de la vida pública y la vida privada. La carencia de criterios claros a este respecto ha sido un de las más fuertes críticas que se han dirigido a la ley 18.313. La Comisión ha escogido el camino de enumerar específicamente aquellas áreas o categorías de hechos que en ningún caso pueden considerarse como pertenecientes a la vida privada o familiar. Del mismo modo, se señala que los hechos relativos a la vida sexual, conyugal y doméstica pertenecen a la vida privada, con la lógica excepción del caso en que constituyan delitos de acción pública y además se hayan realizado con grave escándalo. Es evidente que en tales casos la reserva ha cesado por sí misma y que el interés de la justicia no permite mantener ocultos tales hechos al amparo de la "intimidad".

Del mismo modo, la ley 18.313 no consideró ningún caso de justificación de la invasión de intimidad, pese a que el texto constitucional se refiere a la sanción del daño que se causa "injustificadamente", lo que obliga al legislador a considerar cuáles son los casos en que el daño resulta justificado. Asimismo, la referida ley no asigna relevancia alguna a la *exceptio veritatis* en el delito del art. 21A, en tanto que la Constitución le reconoce valor expresamente. En consecuencia, el anteproyecto considera dos casos en que se admitirá la *exceptio veritatis* con valor justificante: la primera, vinculada también a la existencia de un interés público real en la divulgación del hecho privado, por la influencia que éste tiene en el desempeño de las funciones públicas o profesionales del afectado; la segunda, establecida en beneficio de este último, y que es el derecho que se le otorga a exigir del inculpado que pruebe la afirmación que hizo, de modo de lograr una constancia judicial de que el ofensor no pudo probar la verdad de lo dicho. De otro modo, el culpable sería castigado, pero ante la opinión pública quedaría la duda acerca de la efectividad de la imputación.

5. En materia de acciones civiles e indemnizaciones, el anteproyecto introduce también innovaciones importantes:

(1) El daño moral ya no se presume, como hace la ley 18.313, y debe acreditarse. Se limita su titularidad al ofendido, que excluye de su ejercicio a los familiares, y si a falta de aquél la ejercieren éstos, se les obliga a proceder conjuntamente.

(2) Se señalan las circunstancias que deben servir de criterio al juez para establecer el monto de la indemnización, y para evitar toda posible arbitrariedad en un terreno tan impreciso, se fija un límite superior absoluto en materia de indemnización por daño moral, que es igual a cinco veces el monto máximo de la multa prevista para el respectivo delito.

6. La Comisión propone la derogación del art. 34A para el cual no se advierte justificación.

7. Los delitos de los arts. 21A y 21B actuales, como no son injuria ni calumnia, son delitos de acción pública, conforme a la regla general en materia de abusos de publicidad, según el art. 38 de la ley 16.643. Parece una inconsecuencia, por cuanto son delitos de menor gravedad que las injurias (no ofenden el honor, ni conllevan el ánimo de injuriar). El anteproyecto establece el carácter de delitos de acción privada para las figuras del art. 21 (injuria y calumnia) y del art. 22 (quebrantamiento de intimidad).

8. Para evitar el abuso injustificado de querellas sin base, el anteproyecto propone que cuando el juicio criminal termine por sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundada en que los hechos no han existido, o en que ellos no son delito, o en que el querellado es inocente, el querellante temerario o malicioso sea necesariamente condenado en costas (sin perjuicio del derecho general de indemnización del querellado).

9. Tratándose del delito específico del art. 22 de menor trascendencia que la injuria, ha parecido conveniente, por razones de tranquilidad social, limitar a treinta días el plazo de prescripción de la acción penal (no la pena).

10. Finalmente, el anteproyecto actualiza todas las penas pecuniarias existentes en la ley 16.643, expresadas en sueldos vitales, para cambiarlas en penas expresadas en ingresos mínimos. Además, armoniza las penalidades para evitar la incongruencia entre las penas de los actuales artículos 21 y 21B, donde ocurre que siendo menos grave este último delito, tiene asignada una pena muy superior a aquél.

II. ANTEPROYECTO

Tales son los fundamentos de las modificaciones propuestas.

1º Modifícase la Ley 16.643 sobre Abusos de Publicidad en la forma siguiente:

1. Sustitúyase el párrafo IV del Título III por el siguiente:

IV. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

“Art. 21: Los delitos de calumnia e injuria cometidos por cualquiera de los medios enunciados en el art. 16, serán sancionados, en los respectivos casos, con las penas corporales señaladas en los arts. 413, 418 inciso primero, y 419 del Código Penal, y con multa de diez a setenta y cinco ingresos mínimos mensuales en los casos del N° 1 del art. 413 y del art. 418; de diez a cincuenta ingresos mínimos mensuales, en el caso del N° 2 del art. 413 y de diez a veinticinco ingresos mínimos mensuales, en el caso del art. 419”.

“Los que solicitaren una prestación cualquiera bajo la amenaza de dar a

la publicidad por alguno de los medios enunciados en el art. 16, documentos, informaciones o noticias que puedan afectar el nombre, posición, honor o fama de una persona, serán sancionados con multa de veinte a cien ingresos mínimos mensuales. Si la amenaza se consumare, la multa podrá elevarse al doble del monto señalado precedentemente, sin perjuicio de las penas corporales que correspondieren conforme al inciso anterior. El tribunal podrá aplicar, además, la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, en atención a la gravedad del daño pecuniario causado por la amenaza y del daño moral ocasionado a la víctima, sus familiares y terceros por la difusión de tales documentos, informaciones o noticias, en sus respectivos casos.”

Para todos los efectos relativos a esta ley, se entenderá por “familia” o “familiares” de una persona:”

- a) El cónyuge;
- b) Los ascendientes y descendientes legítimos hasta el segundo grado de consanguinidad;
- c) Los padres y los hijos naturales;
- d) Los ascendientes y descendientes hasta el primer grado de afinidad legítima.

“No se penarán como injurias las apreciaciones personales que se formularen en artículos de crítica literaria, histórica, artística, científica o deportiva, salvo que su tenor pusiere de manifiesto el propósito de injuriar además del de criticar.”

“Al inculpado de haber causado injuria por alguno de los medios señalados en el art. 16, no le será admitida prueba sobre la verdad de sus expresiones, sino cuando hubiere imputado hechos determinados, y concurrieren también una o más de las circunstancias siguientes”:

- a) Que exista un interés público real en la divulgación de los hechos imputados;
- b) Que el afectado ejerza funciones públicas y las imputaciones se refieran a hechos propios del ejercicio de las mismas, y
- c) Que la imputación se refiera a directores o administradores de empresas comerciales, industriales o financieras que solicitaren públicamente capitales o créditos, y verse sobre hechos relativos a su desempeño en tales calidades o sobre el estado de los negocios de las empresas en cuestión.

“En estos casos, si se probare la verdad de la imputación el acusado será sobreseído definitivamente o absuelto de la acusación”.

“Art. 22: La imputación de hechos determinados relativos a la vida privada o familiar de una persona, difundida a través de alguno de los medios señalados en el art. 16, efectuada sin autorización de ésta, y que provocare a su respecto la hostilidad, el menosprecio o el ridículo, será sancionada con la pena de multa de diez a cincuenta ingresos mínimos mensuales. En caso de reiteración o reincidencia en relación con una

misma persona, se impondrá además la pena de reclusión menor en su grado mínimo.”

“En las mismas penas incurrirán quienes grabaren palabras o captaren imágenes de otro, no destinadas a la publicidad y sin consentimiento del afectado, si las difundieren por alguno de los medios señalados en el art. 16 y provocaren las consecuencias señaladas en el inciso anterior”.

“No son relativos a la vida privada o familiar de una persona los siguientes hechos:”

- a) Los referentes al desempeño de funciones públicas;
- b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio sin perjuicio de las disposiciones que obligan al secreto profesional;
- c) Los que consisten en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;
- d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hayan sido captadas o difundidas por alguno de los medios señalados en el art. 16;
- e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registro o archivos públicos; y
- f) Los consistentes en la ejecución de delitos de acción pública o participación culpable en los mismos.

“Se considerarán en todo caso pertenecientes a la vida privada los hechos relativos a la vida sexual, conyugal y doméstica de una persona, salvo que ellos consistieren en delitos de acción pública y hubieren sido cometidos con grave escándalo.”

“Al inculpado de cometer el delito contemplado en el inciso primero de este artículo se le admitirá prueba de verdad de la imputación:”

- a) Si acreditare que el hecho verdadero imputado, aunque perteneciente a la vida privada, tiene grave importancia respecto del desempeño correcto y eficaz de la función pública, profesión u oficio del afectado; o
- b) Si el ofendido exigiere la prueba de la verdad de la imputación contra él dirigida, y siempre que dicha prueba no afectare el honor o los legítimos secretos de terceros.

“En tales casos, probada la verdad de la imputación, el inculpado quedará exento de pena.”

2. Sustitúyese el art. 33 por el siguiente:

“Art. 33: La acción civil para obtener la indemnización de daños y perjuicios derivada de los delitos penados en esta ley, se regirá por las reglas generales.”

3. Sustituyéndose el art. 34 por el siguiente:

“Art. 34: La indemnización de perjuicios provenientes de los delitos sancionados en los arts. 21 y 22, podrá hacerse extensiva al daño pecuniario que sea consecuencia de la depresión moral sufrida con motivo del delito por la víctima o su familia, y aún a la reparación del daño meramente moral que tales personas acreditaren haber recibido. Si la acción civil fuere ejercida por el ofendido, no podrán ejercerla sus familiares. Si sólo la

ejercieren éstos, deberán obrar todos conjuntamente y constituir un solo mandatario.”

“El tribunal fijará la cuantía de la indemnización tomando en cuenta los antecedentes que resultaren del proceso sobre la efectividad y gravedad del daño sufrido, las facultades económicas del ofensor, la calidad de las personas, las circunstancias del hecho y las consecuencias de la imputación para el ofendido. En ningún caso la indemnización otorgada por este concepto podrá exceder de cinco veces el límite máximo de la multa prevista por la ley para la respectiva infracción”.

4. Derógase el art. 34A.

5. Sustitúyase el inciso del art. 38 por los siguientes:

“Habrá acción pública para perseguir los delitos penales en la presente ley, con excepción de los contemplados en los arts. 21 y 22, que serán de acción privada. Dicha acción corresponderá al personalmente ofendido o a las demás personas señaladas en los arts. 424 y 428 del C. Penal, en los respectivos casos”.

“Si se dictare sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria por no ser constitutivos de delito los hechos que motivaron la querrela, o por estar acreditado que ellos no se verificaron, o por haberse establecido la inocencia del querrellado, la respectiva resolución condenará necesariamente en costas al querellante”.

6. Agregáse al inciso primero del art. 43 la siguiente frase:

“En el caso del delito previsto en el art. 22, el plazo de prescripción de la acción penal será de treinta días”.

2º Todas las penas establecidas en la ley 16.643 que se expresan en sueldos vitales, deberán entenderse expresadas en ingresos mínimos.

3º Todas las referencias hechas en la propia ley 16.643 y en otros textos legales a los arts. 21 y 22 de la misma, deberán entenderse hechas al art. 21 de ella, según el texto establecido por la presente ley, y derogadas en todo cuanto no fueren compatibles con el nuevo texto.