

INTERÉS PÚBLICO INFORMATIVO Y MINUSVALORACIÓN DEL
DERECHO A LA IMAGEN DE UN POLÍTICO EN CHILE

FAIR COMMENT AND LESS PROTECTION TO THE RIGHT TO
ONE'S OWN IMAGE OF A POLITICIAN IN CHILE

Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 110-143

* El autor agradece las críticas y sugerencias efectuadas con ocasión de la revisión y arbitraje a la presente investigación.



Jorge
AILLAPÁN
QUINTEROS

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de abril de 2017.

ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2017.

RESUMEN: En Chile, prevalece la tesis que dice que el derecho a la imagen de los “personajes públicos” merece menor protección que la dispensada a las personas comunes, máxime si en la difusión de informaciones y retratos, que los involucren, concurre un “interés público”. A partir de la implicancias de un caso que afectó a un candidato a la presidencia de la República, nuestra conclusión es que la atávica comprensión del retrato de personas impide dar debida solución a fenómenos propios de la era digital ya que todas las cuestiones jurídicas involucradas terminan reducidas solamente a una ponderación entre el derecho fundamental a la vida privada del efigiado y el “interés público” que llevaría implícito la libertad de expresión.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la imagen, libertad de retrato, patrimonialidad, personaje público, libertad de expresión, interés público.

ABSTRACT: In the Chilean law, the thesis prevails that the “public figures” have a significantly diminished right to one’s own image than others, more so if a “public interest” is involved in the dissemination of news, information or portraits. Based on the case that affected a candidate for the presidency of the Republic of Chile, our conclusion is that the outdated understanding of creating portraits prevents a proper solution to typical phenomena of the digital and information age, since all the legal issues involved end up reduced only to balancing test between the fundamental right to privacy versus the contribution to a debate of “general interest”.

KEY WORDS: Right to one’s own image, freedom portrait, pecuniary rights, public figures, freedom of expression, public interest.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. PATRIMONIALIDAD Y TRAFICABILIDAD DEL DERECHO A LA IMAGEN.- III. “PERSONAJES PÚBLICOS” Y MINUSVALORACIÓN DE SU DERECHO A LA IMAGEN.- 1. La imagen como un aspecto más de la privacidad de las personas. Críticas.- 2. Minusvaloración del derecho a la imagen de los “personajes públicos”.- 3. Los “personajes públicos” como categoría subjetiva.- IV. EL INTERÉS PÚBLICO INFORMATIVO COMO JUSTIFICACIÓN DE LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.- 1. El “interés público informativo” como límite a los derechos fundamentales.- 2. Redes sociales digitales y redefinición de los medios de comunicación social.- 3. Críticas al interés público como elemento exclusivo y excluyente de la libertad informativa.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Debemos aclarar previamente por qué el análisis que ofrecemos gira en torno al instituto del derecho a la propia imagen, no obstante que la decisión judicial -de la que nos valemos hoy para presentar nuestra tesis¹- transita únicamente sobre la mayor o menor afectación del derecho a la vida privada del recurrente. Técnicamente, en el caso “Paga Marcel paga”, la cuestión de fondo estaba referida al incumplimiento de un contrato sobre cesión de derechos de imagen y creación de obra audiovisual, de manera que al tribunal superior le correspondía decidir sobre la afectación de los derechos fundamentales reclamados, por el político chileno, en atención a las posibilidades de ejercicio de los derechos de autor reconocidos a la empresa en el contrato, no obstante que la resolución de la cuestión de fondo se entregara a la jurisdicción civil. En un principio, así lo estimó la Corte de Apelaciones de Santiago declarando inadmisibles las acciones de protección, aunque sin pronunciarse sobre la afectación de los derechos fundamentales reclamados por el recurrente². Tras el recurso de reposición interpuesto por éste, el tribunal admitió a tramitación dicha acción³ aunque -y reconociendo nuevamente la existencia de un contrato oneroso entre las partes- solo se abocó a determinar si los datos privados comerciales o información alfanumérica del candidato presidencial, comunicada públicamente a través del portal Youtube, poseía el suficiente “interés público” informativo para justificar la prevalencia de la libertad de expresión por sobre la privacidad de aquel.

1 Nos referimos al fallo del recurso de protección acaecido en *Claude con La Toma*: Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de febrero de 2014, causa rol N° 146.986-2013. Ante la opinión pública, este caso es conocido como “Paga Marcel paga”.

2 La inadmisibilidad fue declarada por la Corte el 19 de diciembre de 2013.

3 El día 2 de enero de 2014.

• Jorge Aillapán Quinteros

Abogado, Universidad de Concepción. Diplomado en Propiedad Intelectual, Universidad de Chile. Becario CONICYT y candidato a Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Freire 480-C, Penco, VIII región, Chile. Correo electrónico: abogado@aillapan.cl.

En otras palabras, el tribunal soslayó verificar si de los antecedentes aportados, tanto en el recurso como en el informe de recurrida, ésta se encontraba autorizada para comunicar públicamente -en la forma que se le reprochaba- no solo dicha información alfanumérica sino, ante todo, los retratos del recurrente y, en consecuencia, si con dicha acción afectaba ilegítimamente el derecho fundamental a la imagen de éste, sin perjuicio de entregar la ulterior resolución del contrato oneroso a los jueces de fondo. La Corte -a nuestro juicio, en un rotundo error- solo optó por acudir al estándar del "interés público" para decidir que la conducta de la empresa recurrida no merecía reproche jurídico alguno, más aun si el recurrente era un "personaje público" pues, y ante el ordenamiento jurídico chileno, la protección de la intimidad e imagen de estos se estima ha de ser más reducida que la de una persona ordinaria.

Según la parte expositiva del fallo, los hechos fueron los siguientes:

a) El recurrente contrató los servicios audiovisuales de la recurrida a fin de que creara una serie de videos destinados a ser exhibidos en la "franja electoral presidencial", transmitida por la Asociación Nacional de Televisión de Chile (ANATEL), durante el segundo semestre del año 2013. Tras mutuas acusaciones de incumplimientos, la recurrida no solo abandonó su labor sino que, además, utilizó parte de las imágenes en la creación de una nueva obra audiovisual -titulada "Paga Marcel paga"- subida al portal de vídeos Youtube con el objeto de denunciar que el recurrente no había pagado la totalidad de los servicios contratados, cuestión que originó la presentación del recurso de protección por parte de éste⁴.

b) Mediante la acción, el recurrente pretendía obtener amparo para su derecho a la propia imagen, fundando su petición en los numerales 4 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política, esto es, como integrante del derecho a la vida privada y del derecho de propiedad, en cuanto bien incorporal. Paralelamente, solicitó amparo a su derecho al debido proceso y, de esa manera, evitar el uso de Youtube como "medio de presión para obtener el pago de una supuesta deuda", según se lee en la parte expositiva de la sentencia.

c) Como peticiones concretas, el recurrente solicitó a la Corte "bajar" el video de Internet y, además, que la recurrida publicara la sentencia que acogiera el recurso de protección.

II. PATRIMONIALIDAD Y TRAFICABILIDAD DEL DERECHO A LA IMAGEN

En el caso "Paga Marcel paga" la Corte de Apelaciones de Santiago tuvo la oportunidad de pronunciarse prácticamente sobre todos los aspectos involucrados

⁴ El video en cuestión está disponible en: <[https://www.youtube.com/watch?v=Pg-wPscNZNk&ytcChannel=Franja%20Prohibida%20\(oficial\)](https://www.youtube.com/watch?v=Pg-wPscNZNk&ytcChannel=Franja%20Prohibida%20(oficial))>, visto el 20 de marzo de 2017 a las 17:50 horas de Chile continental.

en el estudio del derecho fundamental a la propia imagen. Y aunque reiteró la tesis que incluye a éste dentro del derecho a la vida privada, especial análisis merece lo relativo a sus posibilidades de ejercicio.

Se ha manifestado ya que, en Chile, la calificación del derecho a la propia imagen como personalísimo o fundamental no es una mera cuestión terminológica, toda vez que trasciende hasta su posibilidad de tráfico o comercio, en el ámbito patrimonial⁵. En este sentido, si los derechos personalísimos son -por definición- extrapatrimoniales⁶ aquel no debiera ser incluido en esta categoría pues el mismo Derecho positivo chileno le reconoce expresamente patrimonialidad y traficableidad, por ejemplo, en el Código del Trabajo⁷, en la ley N° 19.039 sobre Propiedad industrial⁸, además de las normas y principios que regulan los servicios prestados por retratistas -pintores, dibujantes, fotógrafos, camarógrafos, cineastas, etcétera- y que están recogidos en el Código Civil⁹ o en la ley N° 17.336, sobre Propiedad intelectual¹⁰. Sin embargo, la

- 5 Vid. AILLAPÁN QUINTEROS, J.: "Derecho a la propia imagen: ¿derecho personalísimo?, ¿derecho fundamental? Precisiones terminológicas para el ordenamiento jurídico chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n. 2, 2016, pp. 435-462. No obstante, últimamente DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 23, 2017, pp. 59-60 y 63, ha propuesto que los "derechos fundamentales" y los "derechos de la personalidad" constituyan una categoría única y transversal. En cuanto trasunto de la distinción Derecho Público/Derecho Privado, para este autor resulta una dicotomía innecesaria, entre otras razones, porque hacen referencia a la misma realidad, porque el efecto horizontal de los derechos fundamentales tiene amplia acogida en la dogmática y, en definitiva, porque los tribunales siempre habrán de reparar las infracciones reclamadas por la personas.
- 6 Nosotros seguimos aquella doctrina que define a los "derechos de la personalidad" precisamente por su imposibilidad de tráfico y comercio, de ahí que la terminología "derechos extrapatrimoniales" resulte más expresiva y comprensiva de aquella categoría, vid. GUZMÁN BRITO, A.: *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en Derecho positivo*, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 55. Recientemente, LARRAÍN PÁEZ, C.: "Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 26, 2016, pp. 131-132 ha reafirmado esta tesis, señalando que el derecho a la imagen es un derecho de la personalidad, de carácter extrapatrimonial asimilable, precisamente, con el derecho a la vida privada y no con el derecho de propiedad. Para otros autores chilenos, en cambio, es lo "personalísimo" lo que define a los "derechos de la personalidad", entendiendo por "personalísimo" una cualidad exclusiva y excluyente de los seres humanos, razón que explica la negación del derecho a la propia imagen en las personas jurídicas o morales, vid. FERRANTE, A.: "La protección a la imagen y su materialidad en el ordenamiento chileno", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 23, 2017, p. 137.
- 7 Así, en el artículo 145-I: "El uso y explotación comercial de la imagen de los trabajadores de artes y espectáculos, para fines distintos al objeto principal de la prestación de servicios, por parte de sus empleadores, requerirá de su autorización expresa. En cuanto a los beneficios pecuniarios para el trabajador, se estará a lo que se determine en el contrato individual o instrumento colectivo, según corresponda". El artículo 152 bis F ofrece una redacción similar respecto al derecho a la imagen de los deportistas y profesionales que desempeñan actividades conexas. A partir de esta regulación, FERRANTE, A.: "La protección", cit., p. 146, propone que la normativa laboral chilena solo reconoce un "derecho de uso de explotación" de la imagen, lo que implica que "el trabajador no posee derecho a la propia imagen a lo largo de su actividad laboral". Sin embargo, no compartimos esta interpretación básicamente porque -a nuestro juicio- lo que hace el legislador es reconocer un caso especial de tráfico y comercio de los derechos de imagen, pero y ante todo, porque el constituyente chileno no ha establecido excepción o restricción alguna ni, mucho menos, ha habilitado al legislador para limitar el derecho a la propia imagen de los trabajadores asalariados.
- 8 Señala el artículo 20, en su letra c), que no podrán registrarse como marcas "el nombre, el seudónimo o el retrato de una persona natural cualquiera, salvo consentimiento dado por ella o por sus herederos, si hubiera fallecido". Es decir, el retrato de una persona puede registrarse como una marca comercial en Chile, ya por ella misma, ya por un tercero que obre en virtud de un contrato de "cesión de derechos de imagen".
- 9 Particularmente los artículos 2006 y siguientes que regulan el arrendamiento de servicios inmateriales.
- 10 Como, por ejemplo, el artículo 34 que señala: "corresponde al fotógrafo el derecho exclusivo de reproducir, exponer, publicar y vender sus fotografías, a excepción de las realizadas en virtud de un contrato, caso en el cual dicho derecho corresponde al que ha encargado la obra, y sin perjuicio de lo que establece el N° 1) de la letra c) del artículo 24./ La cesión del negativo o del medio análogo de reducción de la fotografía, implica la cesión del

dogmática chilena, aun reconociéndole patrimonialidad y traficableidad al derecho a la imagen, se rehúsa a negarle su naturaleza extrapatrimonial y, así, ha terminado justificando su posición mediante la tesis que afirma que éste presentaría dos aspectos o facetas, es decir, que es un derecho “bipolar” o “bifronte”¹¹. Bajo este prisma, la faceta “negativa” o “extrapatrimonial” habilitaría a toda persona para impedir que terceros creen retratos de ella, sin contar con su autorización previa, aspecto que contaría con pleno amparo constitucional. En cambio, la faceta “positiva” o “patrimonial” habilitaría a lucrar con la imagen, aunque solo a ciertas personas y, además, no formaría parte del contenido protectivo del derecho fundamental a la propia imagen¹².

En el caso de estudio, podemos identificar dos momentos en que la Corte -implícitamente, al menos- le reconoce traficableidad y patrimonialidad al derecho a la imagen. El primero corresponde a la declaración de inadmisibilidad del recurso, presentado por el candidato presidencial Marcel Claude, señalando que: “[l]os hechos descritos sobrepasan los márgenes del recurso de protección, toda vez que ellos dicen relación con la existencia de un contrato con la recurrida, cuestión que debe ser debatida, probada y resuelta en el procedimiento judicial que corresponda (...)”. Posteriormente, en el fallo mismo del recurso, la Corte volvió a pronunciarse sobre dichas cualidades, llegando incluso a calificar los alcances de la convención ocurrida entre las partes. En efecto, y probado que “no se completó la ejecución del contrato”¹³, el tribunal fue indebidamente más allá especulando y calificando respecto a la propiedad de dichas imágenes o, mejor -y técnicamente-, respecto a la titularidad de los derechos de autor sobre la obra audiovisual encargada: “al margen de cuál haya sido la finalidad con que fueran entregadas, lo cierto es que las imágenes captadas de don Marcel Claude no se obtuvieron en forma subrepticia. Antes bien, se trata de grabaciones que siempre estuvieron destinadas a su difusión

derecho exclusivo reconocido en este artículo”. En Chile, el reconocimiento de patrimonialidad y traficableidad, en el derecho a la imagen, es una doctrina incipiente, aunque poco consistente y hasta confusa. Por ejemplo, FERRANTE, A.: “La protección”, cit., pp. 145 y 158, reafirmando dichas cualidades -incluso respecto al comercio de datos personales- sostiene que lo que regulado en el artículo 34 de la ley N° 17.336 no sería un verdadero derecho a la imagen, sino “otra exteriorización del derecho de propiedad intelectual”.

- 11 Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, H.: “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, *Revista Ius Et Praxis*, año 13, n. 2, 2007, p. 275. La doctrina iberoamericana, en general, tiende a identificar dicha cualidad “bifronte” del derecho a la imagen con las categorías *right to privacy* y *right to publicity* creadas, al amparo del Derecho estadounidense, para regular el ejercicio extrapatrimonial y patrimonial, respectivamente, del derecho a la propia imagen. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos”, cit., pp. 85 y ss., reconociendo que éstas últimas han sido también la base de la distinción entre el “aspecto civil” y el “aspecto constitucional” de éste, rechaza su incorporación al sistema español pues el derecho a la propia imagen, de acuerdo a la L.O. 1/82 de 5 de mayo, es indisponible y solo moralmente indemnizable.
- 12 En general, dicho aspecto, solo se reconoce a aquellas personas que “lucran” con su imagen tales como modelos o celebridades, vid. NOGUEIRA ALCALÁ, H.: “El derecho”, cit., pp. 272-274. Para España, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos”, cit., p. 70, sostiene que la aparente patrimonialidad y traficableidad reconocida al derecho a la imagen (artículo 2.2 de la L.O. 1/82 de 5 de mayo), solo implica que el consentimiento dado por la persona, a un tercero, es una autorización en la intromisión de su derecho, excluyendo la antijuricidad en la conducta de éste último. En otras palabras, y aunque en la convención haya existido un pago en dinero, no se generará un contrato oneroso ni un acto de disposición desde que el derecho a la imagen es un derecho indisponible (artículo 1.3 de la L.O. 1/82 de 5 de mayo), es decir, “res extra commercium”.

- 13 Considerando 2°.

pública y en el contexto de una campaña política. Quien así lo hace, una vez que las grabaciones son publicadas por los medios de comunicación social, no puede pretender una exclusividad sobre ellas, menos aún si se considera que -en último término- son objeto de financiamiento con cargo al erario nacional”¹⁴.

Efectivamente, entre recurrente y recurrido, tuvieron lugar juicios -civiles¹⁵ y penales¹⁶- destinados a resolver la señalada disputa contractual, de manera que a priori podríamos calificar de acertada la resolución de la Corte, máxime si el objetivo del recurso de protección no es resolver esas cuestiones¹⁷. Pero no, pues igualmente se pronunció sobre los alcances del contrato de cesión de derechos de imagen y creación de obra audiovisual, con lo cual no solo excedió de sus funciones sino que, además, realizó una antojadiza calificación jurídica de los hechos. El principal error del tribunal fue confundir las disputas patrimoniales subyacentes con el reclamo de afectación de derechos fundamentales alegado por el recurrente, esto es, su garantía al debido proceso y el amparo de su derecho a la propia imagen. Huelga decir que dicho error deriva de la incomprensión del hecho que a la creación de retratos concurren, necesaria y simultáneamente¹⁸, dos estatutos jurídicos: el derecho a la propia imagen del efigiado y la propiedad intelectual sobre la obra¹⁹, por eso la asertividad de la célebre frase que afirma que constituyen “dos caras del mismo fenómeno”²⁰, constatación que obliga al juzgador -enfrentado al amparo constitucional del derecho a la propia imagen- a determinar previamente quién es el titular de los derechos de autor sobre un retrato y, a partir de ahí, resolver si se trata de una afectación ilegítima a aquel derecho fundamental, al margen de las responsabilidades civiles, penales o administrativas que puedan perseguirse en sede legal, metodología que en más de alguna oportunidad han aplicado nuestros tribunales ordinarios: “[e]stablecido lo anterior resulta indispensable analizar a quien pertenece la fotografía del actor que se utilizó en el reportaje de la revista (...) puesto que ello ha de determinar a quién correspondía autorizar su publicación, sin

14 Considerando 8°.

15 Nos referimos al juicio ordinario, sobre resolución de contrato e indemnización de perjuicios, caratulado *Claude Reyes con Producciones y Talleres la Toma*: 26° Juzgado Civil de Santiago, rol n. C-20.560-2013. La demanda fue ingresada el 18 de diciembre de 2013.

16 Nos referimos a la querrela, por giro doloso de cheques, caratulado *Producciones y Talleres la Toma con Claude Reyes*: 4° Juzgado de Garantía de Santiago, rol interno del tribunal n. O-2262-2014. La querrela había sido ingresada, el 4 de marzo de 2014, ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, pero fue conocida por aquel tribunal debido a la declaración de incompetencia de este último.

17 Esto lo reafirmaría, la Corte, en el considerando 1° del posterior fallo: “(...) el pronunciamiento que ha de recaer en ella no versa sobre la resolución de las disputas contractuales y crediticias sostenidas por la partes. Al ser así, cabe desechar la alegación de improcedencia planteada por la recurrida”.

18 Pero manteniendo su autonomía, es decir, dichos estatutos no se “fusionan” como erradamente sostienen algunos autores, vid. FERRANTE, A.: “La protección”, cit., pp. 137 y 145.

19 El video u obra audiovisual, en este caso.

20 CIFUENTES, S.: *Derechos personalísimos*, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 522.

perjuicio de dejarse consignado desde ya que la imagen pertenece obviamente al actor'²¹.

Lamentablemente aquello no ocurrió, pues para la Corte lo único relevante era que dichas imágenes no se habían obtenido “en forma subrepticia”, en el entendido que no se había violado la intimidad del recurrente. ¡Total confusión!, pues reconociendo que existía un contrato bilateral no atendió a él, pero sí se abocó a determinar las posibilidades de actuación de la recurrida. Todavía más, pues al no existir infracción a la intimidad del candidato presidencial, el tribunal consideró irrelevante atender a “la finalidad con que fueran entregadas” las imágenes, máxime si “siempre estuvieron destinadas a su difusión pública y en el contexto de una campaña política”, pues “quien así lo hace, una vez que las grabaciones son publicitadas por los medios de comunicación social, no puede pretender una exclusividad sobre ellas”. Sin embargo, sirviéndonos de la experiencia comparada, podemos constatar que la forma en que se obtienen y trafican las imágenes infractoras si trascienden al momento de brindar amparo al derecho fundamental a la imagen. Así ocurrió en un par de conocidos casos, juzgados en España, que enfrentaron al Tribunal Supremo con el Tribunal Constitucional respecto a si la ilicitud en la obtención de las imágenes, por parte del medio de comunicación, condicionaba el ejercicio legítimo de la libertad de información. En aquellos casos las fotografías fueron captadas con el consentimiento de los efigiados, pero se hicieron llegar a los medios de comunicación sin su anuencia -o sea, de forma subrepticia- antecedente que para el Tribunal Supremo resultaba irrelevante, no así para el Tribunal Constitucional que calificó aquellas como documentos personales, privados y reservados, aun si los retratados eran personajes públicos, brindándole amparo al derecho a la imagen de éstos²². Pues bien, mismo procedimiento y razonamiento debió de haber aplicado la Corte de Apelaciones de Santiago, pues si la recurrida no estaba contractualmente autorizada para comunicar públicamente las imágenes, mal podría justificarse su conducta, incluso si el video había sido creado con el consentimiento del candidato presidencial²³.

La otra cuestión controvertida dice relación con la actitud de la Corte en orden a justificar el comportamiento de la recurrida en el hecho que nadie puede pretender exclusividad sobre las grabaciones, por estar destinadas a su difusión pública por los medios de comunicación y en el contexto de una campaña política, “menos

21 *Bustamante con Editorial Televisa*: 20° Juzgado Civil de Santiago, 28 de agosto de 2001, rol n. 3385-2000, considerando 13°, disponible en el portal <www.pjud.cl>, visto el 8 de junio de 2017 a las 16:30 horas de Chile continental.

22 Seguimos el relato de los casos efectuados en DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: “El derecho a la propia imagen de los personajes públicos. Algunas reflexiones a propósito de las SSTC 139/2001 (caso Cortina) y 83/2002 (caso Alcocer)”, *Revista española de Derecho constitucional*, año 23, n. 67, 2003, pp. 288, 291, 294 y 311-312.

23 Previendo que se trata de un derecho extrapatrimonial, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos”, cit., pp. 71-72, señala que si el consentimiento de la persona efigiada fue dado solo para la “captación” ello no implica necesariamente autorización para “publicar” o “comunicar públicamente” la imagen de aquella, sea en el mismo o en otros medios de comunicación o, incluso, para otros fines que los previstos en el acuerdo.

aun si se considera que -en último término- son objeto de financiamiento con cargo al erario nacional”, como señaló en su fallo. Y aunque no es momento para explayarnos respecto a las cuestiones técnico-jurídicas sobre Propiedad intelectual, involucradas en dicha decisión, no podemos dejar de especular brevemente sobre ésta. A propósito del financiamiento, todo parece indicar que la Corte estaría justificando su decisión en el inciso I del artículo 88 de la ley N° 17.336 en cuanto prescribe que “el Estado, los municipios, las corporaciones oficiales, las instituciones semifiscales o autónomas y las demás personas jurídicas estatales serán titulares del derecho de autor respecto de las obras producidas por sus funcionarios en el desempeño de sus cargos”, aunque -como señala el inciso II de la misma norma- “mediante resolución del titular podrá liberarse cualquiera de dichas obras, para que formen parte del patrimonio cultural común”, texto que debe concordarse con el inciso final del artículo II de la misma ley: “las obras del patrimonio cultural común podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra”. Nuestra interpretación no debe extrañar pues así se ha sugerido ya, incluso, en la literatura jurídica chilena de mediados del siglo XX²⁴. Sin embargo -y asumiendo que eso era lo que estaba pensando el tribunal-, resulta un argumento tan absurdo como si acaso a un productor cinematográfico se le negara a priori el derecho de comunicación pública sobre su película financiada con recursos públicos, toda vez que la finalidad de estas obras es ser exhibidas en salas de cines o en televisión. Aparte, la Corte asume que dicha campaña está financiada con fondos estatales como si acaso estuviese prohibido, en Chile, financiar campañas políticas con dineros provenientes del propio candidato o aportes de empresas privadas.

Lo preocupante, en este caso, es que pese a reconocer la existencia de una convención onerosa entre privados la Corte desentendió a ella y fue a justificar en el “interés generalizado”²⁵, que causan las conductas e informaciones referidas a personajes públicos, no solo el libre uso de material protegido por la Propiedad intelectual²⁶ sino, también, la misma “funa” realizada por la empresa en contra del candidato presidencial. Para la Corte, “es una realidad indesmentible que actualmente no existe el monopolio de la información, originaria y preponderantemente radicado en los medios de comunicación social. Hoy en día las personas disponen de

24 En el sentido que las imágenes, reproducidas en los medios de comunicación, pertenecen al “dominio público”, vid. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. Y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R.: “Las servidumbres a que obliga la grandeza. La esfera de intimidad y las personalidades públicas”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año 36, n. 144, 1968, p. 44. Refiriéndose al mismo fenómeno, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos”, cit., p. 73, recurre a la expresión “derecho a la redivulgación” de los medios de comunicación.

25 Considerando 9°.

26 Quizás, y a propósito de las limitaciones y excepciones al Derecho de autor contempladas en la ley N° 17.336, la norma a la cual podría haber acudido la Corte -para justificar el actuar de la recurrida- es el artículo 71 Q: “es lícito el uso incidental y excepcional de una obra protegida con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra protegida. La excepción establecida en este artículo no es aplicable a obras audiovisuales de carácter documental”.

información de primera fuente. Las tecnologías modernas propician su adquisición y divulgación en forma inclusive instantánea²⁷. Luego -justificando el escrache o denuncia realizado por la recurrida-, sentencia: "por consiguiente, la información contenida en el video es de interés público, de momento que está referida a un conflicto contractual y al protesto de un documento mercantil, potencialmente capaz de incidir en la coherencia de un discurso con la conducta que se observa en los hechos. Datos de esa naturaleza son relevantes para crear opinión, contribuyen a que otros puedan tomar decisiones informadas, lo que es consustancial al ejercicio democrático. La circunstancia de que allí se vierta una 'versión' de los hechos no merma la legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión, precisamente porque es eso, una opinión; porque, además, no rebasa los márgenes de una crítica razonable y, en fin, porque la autodeterminación de las personas públicas debe replegarse con una intensidad mayor, al estar sometidas al escrutinio de cualquier observador"²⁸. En nuestra opinión, sin embargo, esa "funa" no podía ampararse en la libertad de expresión pues solo era una forma de autotutela que buscaba compeler ilegítimamente al candidato presidencial a cumplir sus obligaciones comerciales²⁹.

III. "PERSONAJES PÚBLICOS" Y MINUSVALORACIÓN DE SU DERECHO A LA IMAGEN

I. La imagen como un aspecto más de la privacidad de las personas. Críticas

En Chile, y ante la ausencia de un reconocimiento expreso del derecho a la propia imagen, la naturaleza jurídica de la relación entre una persona y "su imagen" se ha explicado en base a tres tesis³⁰. La primera dice que formaría parte del contenido esencial del derecho fundamental a la honra (artículo 19 N° 4 de la Constitución Política)³¹. Una segunda tesis señala que la persona puede reclamar dominio ya sobre la imagen en sí misma, ya sobre su derecho, hipótesis ambas que se apoyan en el concepto de "cosa incorporal" recogido en el artículo 583 del Código Civil y en el artículo 19 N° 24 de la Constitución³². Sin embargo, la doctrina más

27 Considerando 7°. Todo indica que la Corte hizo suya aquella tesis que plantea que "la ligazón entre democracia y opinión pública es incuestionable", CLIMENT GALLART, J.A.: "Opinión pública y libertad de expresión", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 23, 2017, p. 250.

28 Considerando 9°.

29 Como dijimos al comienzo, además de reclamar amparo para su derecho a la imagen, el recurrente pretendía evitar que la empresa acudiera a la autotutela y continuara con esa denuncia o "funa" a través de Youtube. Comentarios sobre este último aspecto, en AILLAPÁN QUINTEROS, J.: "La funa 2.0", disponible en <<https://www.elquintopoder.cl/tecnologia/la-funa-2-0/>>, visto el 5 de junio de 2017 a las 11:23 horas de Chile continental.

30 Para un panorama de las tesis esgrimidas en el Derecho comparado, vid. CIFUENTES, S.: *Derechos personalísimos*, cit., p. 502 y ss.

31 PFEFFER URQUIAGA, E.: "Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información", *Ius et Praxis*, vol. 6, n. 1, 2000, p. 469, por ejemplo, ha dicho que "el derecho a la imagen surge vinculado al honor y a la privacidad o intimidad".

32 Para justificar el derecho a la imagen, en cuanto derecho de propiedad, las explicaciones abundan. Se ha dicho, por ejemplo, que el derecho a la imagen forma parte de la vida privada y éste, a su vez, se expresa en derechos de propiedad, que garantizan la exclusividad en el goce económico de los atributos de la personalidad -imagen, voz, nombre- e incluso, el secreto de aspectos de la vida privada -la historia de la propia vida privada-, vid. BARROS

extendida, durante las últimas cuatro décadas, dice que nuestra imagen forma parte del contenido protectivo del derecho fundamental a la vida privada reconocido en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política. Así lo entiende la literatura más autorizada en nuestro medio³³, como también una constante jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema³⁴. De hecho, fue éste también el criterio aplicado por la Corte de Santiago al fallar el presente recurso, definiendo el derecho a la propia imagen como una “derivación de la privacidad, en su forma de autodeterminación, esto es, la capacidad que tiene cada individuo para moldear su propia vida; dado que -en función de lo que esa persona desea- existe la posibilidad o imposibilidad de captar, reproducir y/o difundir imágenes del sujeto, en cuanto proyecciones de su personalidad”³⁵.

Interesante resulta que, a lo largo de la sentencia, el tribunal haya discurrido sobre la autodeterminación de las personas para crear y traficar sus retratos³⁶. Lamentablemente, eso sí, volvió a subsumir la protección de la imagen en el derecho a la vida privada, tradicional ejercicio que ha marcado los derroteros por las cuales transita aquella prerrogativa en Chile, supeditando su amparo a la afectación de la privacidad de las personas. Y es de lamentar no solo porque dicha tesis perpetúe su inclusión en la categoría civil de los “derechos personalísimos”³⁷, sino que, además, persevera en el error de incluirlo en el contenido esencial del derecho fundamental a la vida privada ya que -y no obstante las intersecciones que puedan surgir entre

BOURIE, E.: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 543 y 564. Una interpretación más sui generis aduce FERRANTE, A.: “La protección”, cit., p. 154, para quien, en Chile, no existe un derecho a la imagen stricto sensu y que éste solo sería el marco o “silueta” en el que toman forma el honor, la intimidad y otros derechos. Para este último autor, lo que sí existe en nuestro medio, sería un derecho negativo -o prerrogativa inhibitoria- unida a un “derecho a la explotación de la imagen” -de origen laboral-, ambas facetas expresiones del derecho de propiedad de la persona sobre su imagen y cuya fuente sería el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Por último, agrega que aunque el derecho a la imagen no es un derecho de la personalidad, igual compatibiliza con dicha categoría.

- 33 Vid. NOGUEIRA ALCALA, H.: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, t. I, tercera edición, Editorial Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 741-761; LARRAÍN PÁEZ, C.: “Responsabilidad civil”, cit., pp. 130-131, 134 y 174.
- 34 Recientemente, la Corte Suprema ha dicho que “tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que su protección deviene procedente y encuadra en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, por encontrarse implícitamente comprendida en el atributo de privacidad de la persona, que esa norma se encarga de tutelar”. Este fallo corresponde a *Araya con Bernini*: Corte Suprema, 5 de mayo de 2016, rol n. 2536-2015, considerando n. 7. Sobre esta tendencia, manifestada en la jurisprudencia dictada durante el período 1981-2004, recomendamos: RODRÍGUEZ PINTO, M.S.: “Protección de la vida privada: líneas jurisprudenciales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n. 3, 1999, pp. 719-744, y ANGUIA RAMÍREZ, P.: “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981-2004): un intento de sistematización”, en AA.VV.: *Libertad de expresión en Chile* (F. GONZÁLEZ, ed.), Santiago, Universidad Diego Portales, 2006, pp. 319-521.
- 35 Considerando 5°.
- 36 Considerandos 1° y 5°. Cabe destacar que esta idea de “autodeterminación”, tratándose del derecho a la propia imagen, ha sido ya considerada por la doctrina europea y, en particular, por la española, vid. IGARTUA ARREGUI, F.: “El derecho a la imagen en la jurisprudencia española”, en AA.VV.: *El mercado de las ideas* (coordinador P. SALVADOR CODERCH) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 320; PASCUAL MEDRANO, A.: “Personajes Públicos y derechos a la propia imagen”, *Leyes y Sentencias. Revista de Legislación y Jurisprudencia*, n. 109, 2010, p. 28; RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho sobre la propia imagen de la persona que ocupa un cargo público o ejerce una profesión de notoriedad o de proyección pública (art. 8.2.A de la L.O. 1/1982)”, *Revista de Derecho Privado*, n. 95, 2011, p. 4.
- 37 Y, por definición, imposibles de traficabilidad y patrimonialidad, vid. GUZMÁN BRITO, A.: *Las cosas*, cit., p. 85.

ellos³⁸- se trata de institutos claramente diferenciados desde que el derecho a la propia imagen consiste fundamentalmente en la autodeterminación, que tiene toda persona, para autorretratarse o convenir con un tercero para que la retrate, gratuita u onerosamente.

Está suficientemente avalado ya³⁹ que el derecho a la propia imagen surgió para regular el ejercicio de los derechos de autor del retratista sobre su obra, es decir, como un límite a la Propiedad intelectual⁴⁰. Distinto es que, desde mediados del siglo XX, el desmedido ejercicio periodístico y, en especial, el abuso en la publicación de retratos no consentidos de personajes públicos llevara a la jurisprudencia -europea y estadounidense- a controlar dicha actividad aduciendo amparo de la honra o privacidad de los efigiados, momento en que se forjó la tesis que incluye el derecho a la propia imagen en el contenido protectivo de aquellas prerrogativas⁴¹ y que, en Chile, ha encontrado la más amplia acogida como señalamos recientemente. Y aunque útil en décadas pasadas, se trata ésta de una tesis anacrónica, toda vez que impide dar solución adecuada al fenómeno de la creación y tráfico de imágenes pues no alcanza a resolver aspectos básicos en su juzgamiento, por ejemplo, cuando los retratos son obtenidos en contextos o lugares donde no puede alegarse privacidad o, también, cuando las imágenes son creadas con ocasión de una convención onerosa entre particulares, tal como ocurrió en el fallo que comentamos ahora.

2. Minusvaloración del derecho a la imagen de los “personajes públicos”

Según la Corte, en el caso “Paga Marcel paga”, la preferencia por uno de los derechos fundamentales en conflicto dependía del resultado que arrojará la ponderación entre la privacidad del recurrente y el interés público que generan las informaciones sobre él, máxime si “fue y ha sido un personaje de connotación pública”⁴². Y es que, a juicio del tribunal, los personajes públicos aceptarían implícitamente “un mayor riesgo de que sus derechos puedan verse afectados por críticas o revelaciones negativas, desagradables y hasta invasivas”⁴³, más si se

38 Estas posibles intersecciones han sido explícitamente graficadas, por ejemplo, en HASSLER, T.: *Le droit à l'image des personnes, entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, Lexis Nexis, Francia, 2014, p. 11.

39 Vid. AZURMENDI ADARRAGA, A.: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, segunda edición, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, México D.F., 1998, pp. 51-59.

40 Modernamente, al menos. No obstante, se ha sugerido, también, que sus orígenes remotos estarían en el Derecho Romano, vid. ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas*, séptima edición, Editorial Rodhas, Lima, 2014, p. 499.

41 Todo indica que, en el ámbito europeo, dicha concepción continúa vigente. Con referencia a jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. PASCUAL MEDRANO, A.: “Personajes Públicos”, cit., pp. 42-45. Respecto al origen de esta tendencia jurisprudencial en Europa, vid. AZURMENDI ADARRAGA, A.: *El derecho*, cit., pp. 60-79.

42 Considerando 8°.

43 Considerando 6° y apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. En Estados Unidos, tratándose de funcionarios públicos, esta doctrina ha sido conocida como la “teoría de la asunción del riesgo”, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión. (Algunos criterios empleados por la jurisprudencia chilena y comparada y su importancia relativa)”, *Revista Ius et Praxis*, año 21, n. 1, 2015, p. 248.

trata del particular caso de un candidato a la presidencia de la República, hecho que justificaría la abdicación “de parte de su privacidad” y habilitaría a que “sus electores se informen sobre el modo en que se desenvuelve en sus relaciones comerciales o contractuales”⁴⁴. En consecuencia, la conclusión de la Corte fue que la “autodeterminación de las personas públicas debe replegarse con una intensidad mayor, al estar sometidas al escrutinio de cualquier observador”⁴⁵.

No existen límites claros para definir el universo de los “personajes públicos”. Por lo demás, como veremos luego, dicha consideración subjetiva -para justificar la menor protección a la privacidad y propia imagen- viene cediendo en pos del “interés público”⁴⁶. Sin perjuicio de ello, hay que reconocer que la dogmática y jurisprudencia chilenas están contestes respecto a la menor protección que el ordenamiento jurídico les otorgaría a su derecho a la vida privada y, por ende, a su derecho a la imagen⁴⁷. Según Lovera Parmo, en Chile, para el caso de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la vida privada, tradicionalmente se ha puesto atención en las personas involucradas, estableciéndose una suerte de jerarquía para determinar su protección según se trate de funcionarios públicos de elección popular; funcionarios públicos no electos popularmente, personajes de influencia pública, personajes del ámbito público del espectáculo o de la farándula, y, por último, aquellos ciudadanos anónimos o cualquiera, y en donde el “umbral de protección aumenta en la medida que uno se aleja cada vez más de los funcionarios públicos de elección popular y se sitúa, para maximizar su protección, cerca de los

44 Considerandos 8° y 9°. En el sistema estadounidense, según se comenta, los primeros casos en que se acudió al interés público informativo para justificar la intromisión en la privacidad decían relación precisamente con aquellas personas que postulaban a cargos públicos, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I. “Notas críticas a la figura del ‘personaje público’ como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 3, n. 2, 2005, pp. 168-169.

45 Considerando 9°.

46 Vid. LOVERA PARMO, D.: “El interés público como estándar. Libertad de expresión y vida privada”, en AA.VV.: *Libertad de expresión en Chile* (F. GONZÁLEZ, ed.), Santiago, Universidad Diego Portales, 2006, pp. 62-63, 74 y 77. Al respecto, se ha dicho que la noción de “intimidad devaluada” es un factor desorientador a la hora de constatar que lo efectivamente relevante es el “interés público” -representado por el ejercicio de alguna función pública- y no el título que ostenta el funcionario o la condición “pública” de una persona, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Evaluación crítica de la noción de que los funcionarios públicos tienen una intimidad más reducida que la de una persona ordinaria. (A propósito de algunas decisiones del Consejo para la Transparencia)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n. 3, 2014, p. 880.

47 Esta minusvaloración continúa siendo una arraigada tradición en nuestro medio, normalmente confundiendo el derecho a la vida privada con la imagen de la persona, vid. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R.: “Las servidumbres”, cit., p. 48; NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (honra y vida privada)*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2002, pp. 163-165 y 191; VERDUGO MARINKOVIC, M., PFEFFER URQUIAGA, E., NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *Derecho Constitucional*, t. I, reimpresión de segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 250-251; LARRAÍN PÁEZ, C.: “Responsabilidad civil”, cit., p. 146. Para el caso español, vid. BATALLER RUIZ, E.: “El derecho a la imagen de los famosos: el caso Elsa Pataky”, *Revista Boliviana de Derecho*, n. 15, 2013, p. 157. Según COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada”, cit., pp. 227-228 y 257-259, pese a que en nuestro país sigue siendo la tesis dominante -particularmente en la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia-, la tendencia que muestra el Derecho comparado es la contraria desde que el influjo de la noción de la privacidad reducida o del mayor riesgo al que se ven expuestas las figuras y funcionarios públicos es inexistente o mínima, normalmente accesoria a la existencia de un interés público en la información. Anteriormente, en este último sentido, se había manifestado GONZÁLEZ CIFUENTES, C.: *El derecho a la intimidad de los altos cargos*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011, pp. 151-152.

ciudadanos cualquiera"⁴⁸. Las justificaciones esgrimidas para esta jerarquización son diversas, desde que los personajes públicos estarían en mejores condiciones fácticas -que las personas comunes- para contrarrestar los abusos de la prensa⁴⁹, hasta que el principio de igualdad obligaría a dar un trato diferenciado a la hora de regular los hechos de interés privado y público, más aún si aquellos han estado involucrados en situaciones que comprometen su honestidad⁵⁰. En otras ocasiones, el mismo Tribunal Constitucional ha sostenido que la minusvaloración de la privacidad de los personajes públicos se fundaría en el principio democrático, reconocido en el artículo 4 de nuestra Constitución, que "exige que el gobierno pueda ser objeto de control por parte de la ciudadanía a través del escrutinio público"⁵¹.

Sin perjuicio de lo señalado, la tesis más arraigada, en nuestro medio, dirá que los personajes públicos tienen el "[d]eber de soportar la intromisión de los medios de publicidad, en sus vidas públicas, como una servidumbre propia de su vida de notables"⁵². Es esta última, precisamente, la doctrina que sigue dominando y por la cual se afirma que, en Chile, el derecho a la propia imagen de los personajes públicos cedería⁵³ ante el ejercicio de la libertad de información desde que existiría un "verdadero consentimiento tácito conferido a la prensa, y a los demás medios de publicidad"⁵⁴ para que estos capten su imagen, consecuencia de la capacidad de las personas para autodeterminarse respecto a su derecho a la vida privada y a su

-
- 48 LOVERA PARMO, D.: "El interés", cit., p. 62. Respecto a los funcionarios públicos -en cuanto especie del género "personajes públicos"-, COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Evaluación crítica", cit., pp. 875-878 y 880-881, señala que la tesis del "menor umbral de protección" no aplicaría necesariamente a ellos pues la Constitución no limita expresamente ni establece la pérdida o suspensión erga omnes del derecho a la vida privada como si lo hace, por ejemplo, con el derecho a sufragio, para optar a cargos públicos, respecto al derecho de huelga, e incluso respecto a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (artículo 19 N° 5 de la Constitución) donde sí se habilita al legislador para regular su ejercicio. De esta manera, concluye el autor, el legislador chileno no está habilitado para limitar el derecho a la vida privada respecto a los funcionarios públicos, cuestión reafirmada por cierta jurisprudencia en el último tiempo.
- 49 Aunque ello ocurriría solo en países desarrollados, no en Chile, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., pp. 184 y 192-193; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Evaluación crítica", cit., 890.
- 50 Vid. CASTRO FRIAS, M.: "Privacidad, vida pública y honra frente a la libertad de expresión. Soluciones a un conflicto", *Revista de Derecho Público*, vol. 64, 2002, pp. 260-261 y 282. En contra, se ha manifestado COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Evaluación crítica", cit., p. 879, para quien, al no existir habilitación constitucional que justifique la noción de "intimidad devaluada", toda minusvaloración respecto a los personajes públicos importaría una grave vulneración a la igualdad ante la ley. En este último sentido, aunque para el caso de España, vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "El derecho", cit., p. 21.
- 51 Así, en *Bordachar Sotomayor y otros con Pontificia Universidad Católica de Chile-Canal 13*: Tribunal Constitucional, 23 de septiembre de 2010, rol n. 1463-2009, considerando 19°.
- 52 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R.: "Las servidumbres", cit., p. 46.
- 53 En España, por su parte, el Tribunal Supremo ha llegado a sostener que "en los personajes públicos el derecho al honor disminuye, la intimidad se diluye y el derecho a la propia imagen se excluye", DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: "El derecho", cit., p. 305.
- 54 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R.: "Las servidumbres", cit., p. 46. MONREAL, E.: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, segunda edición, Siglo XXI Editores S.A., México, 1981, pp. 205-207, se pronunciaba en un sentido similar, aunque, a su juicio, la fórmula más clara de solución sería fijar el límite de aquella renuncia según la vinculación del personaje con su actuación pública -o con los efectos de aquella resultan para la comunidad- y, también, atendiendo a su voluntad de franquearse al público. Incluso, se ha propuesto que "cuando, por las circunstancias, no pueda construirse un consentimiento ni siquiera tácito, habrá que tener en cuenta la exposición imprudente al daño que funcionará como elemento atenuador de la responsabilidad del agente invasor", vid. CORRAL TALCIANI, H.: "La vida privada y la propia imagen como objetos de disposición negocial", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n. 8, 2001, p. 166.

derecho a la imagen⁵⁵. Y así, también, lo sostuvo la Corte de Apelaciones de Santiago cuando señaló que el efigiado “de modo libre y consciente se ubicó en una posición que trae consigo que la información referida a su conducta social pasa a ser de interés generalizado”⁵⁶, interesante considerando pues el tribunal no solo avala la tesis del “consentimiento tácito” sino que, además, la refuerza con la idea del “interés público” o “generalizado” que despertarían las informaciones referidas a personajes públicos⁵⁷. A mediados del siglo XX se justificaba solo la injerencia en actividades de su vida profesional, aunque ya en la década de 1980 se proponía extender dicha intromisión incluso en la intimidad de éstos desde que “en gobernantes, dirigentes políticos y otras personas notorias hay problemas de su vida privada que pueden llegar a determinar su conducta pública o, cuando menos, a pesar en ella, y siendo así, los demás ciudadanos tienen el derecho de estar informados de ellos y la prensa tiene el deber de darles la noticia correspondiente”⁵⁸. En el particular caso de los candidatos a cargos públicos, el objetivo sería que los electores pudieran conocer, en todo momento, las aptitudes de dichos postulantes⁵⁹.

3. Los “personajes públicos” como categoría subjetiva

Al igual que ocurre con la privacidad y el derecho a la imagen, en Chile, no existe texto positivo que defina a los “personajes públicos”, de ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia⁶⁰ se hayan encargado de construir dicho concepto en una tendencia que, desde mediados del siglo pasado, es claramente expansiva⁶¹. Hacia 1968, los profesores Domínguez⁶² incluían en este universo a todas aquellas personas que alcanzan una evidente notoriedad ya sea por su profesión, por su situación en la sociedad o por la publicidad desmedida de que gozan -y que también buscan- como ocurre con actores, políticos, hombres de empresa, escritores, figuras de sensación, etcétera. Dos décadas después, Novoa Monreal⁶³ diría que lo decisivo era que dichas personas se conviertan en objeto de atención para la

55 Vid. BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 561. Según COVARRUBIAS CUEVAS, I: “Notas críticas”, cit., pp. 183-184, en España el argumento central para justificar la minusvaloración de la privacidad de los personajes públicos es precisamente esta autodeterminación por la cual asumen voluntariamente los riesgos contemplados en el ordenamiento jurídico, específicamente, renunciar a su anonimato. También para España, se ha dicho que si un personaje público accede a un lugar abierto al público cualquier persona podrá captar su imagen, pues así lo permite la ley, aunque el límite estaría determinado por aquellos espectáculos a lo que se accede pagando un boleto, pues en dichos casos la tesis del “consentimiento tácito” no procede, vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho”, pp. 13-16 y 25.

56 Considerando 9°.

57 Misma situación se ha descrito para el Derecho comparado, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I: “Notas críticas”, cit., pp. 189-190.

58 NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., p. 206.

59 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I: “Notas críticas”, cit., pp. 188-189.

60 Para un panorama de su desarrollo en la jurisprudencia estadounidense y española, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I: “Notas críticas”, cit., p. 167.

61 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I: “Notas críticas”, cit., p. 169.

62 Vid. DOMINGUEZ ÁGUILA, R. y DOMINGUEZ BENAVENTE, R.: “Las servidumbres”, cit., p. 46.

63 Vid. NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., pp. 204-205.

mayor parte de los miembros del cuerpo social, ya por razón de las funciones públicas que desempeñan, por la actividades sociales que realizan, por pertenecer a la historia contemporánea, por los poderes o influencia política que ejercen, porque de su criterio o decisiones pueden depender medidas de alcance general, por su inteligencia, conocimientos o gran capacidad intelectual, por sus virtudes artísticas, deportivas, incluso por la vida delictual que desarrollen o por verse involucrados accidentalmente en acontecimientos que atraen la atención pública.

Estas últimas opiniones anticipaban ya que la terminología usada, para referirse al mismo concepto, resultaría sumamente diversa. En efecto, podemos comprobar que -en el contexto que ofrecemos- se utilizan como sinónimos las expresiones "personajes públicos"⁶⁴, "personalidades públicas"⁶⁵, "personajes notorios"⁶⁶, "personas célebres"⁶⁷, "personas que han entrado en la historia contemporánea"⁶⁸, "personas de proyección pública"⁶⁹, "personajes famosos"⁷⁰, "persona-noticia"⁷¹ y, también, el de "figuras públicas"⁷², sean éstas voluntarias o involuntarias⁷³. Y si bien, desde una perspectiva subjetiva, el concepto "personaje público" estuvo definido, en sus inicios, por el desempeño de un cargo público realizado por una persona natural -electa o designada⁷⁴-, con el correr del tiempo, lo determinante vino a ser

64 Como ocurre en el considerando 9° de la sentencia que ahora comentamos. LOVERA PARMO, D.: "El interés", cit., p. 62, entiende por "personajes públicos" a las "autoridades, políticos, científicos, artistas, deportistas, etcétera. Sobre el uso de esta terminología en España, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., pp. 185-188.

65 DOMINGUEZ ÁGUILA, R. y DOMINGUEZ BENAVENTE, R.: "Las servidumbres", cit., p. 46. BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 561, incluye dentro de las "personalidades públicas" a los "artistas, deportistas, figuras del espectáculo", a cuyo respecto la protección de su privacidad sería incluso menor que la de aquellos que desempeñan cargos públicos.

66 DOMINGUEZ ÁGUILA, R. y DOMINGUEZ BENAVENTE, R.: "Las servidumbres", cit., p. 46. NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., p. 204, habla de "personas notorias". En España se ha llamado "personajes que poseen notoriedad pública", a aquellas personas que tienen "frecuente presencia en los medios de comunicación exponiendo al conocimiento de terceros su actividad profesional, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., pp. 185-188.

67 NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., p. 204.

68 Vid. NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., p. 204; PASCUAL MEDRANO, A.: "Personajes Públicos", pp. 39 y 41. Según BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 561 nota al pie n° 84, el Derecho alemán distingue, incluso, entre "personas absolutas de la historia actual" y "personas relativas de la historia actual" para justificar la mayor o menor afectación, respectivamente, de su privacidad.

69 Como figura accesoria de "personajes que poseen notoriedad pública", vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., pp. 185-188.

70 Según PASCUAL MEDRANO, A.: "Personajes Públicos", cit., p. 27, en España se designa como tales a aquel subgrupo de "personajes públicos" habituales del ámbito de la farándula o espectáculo.

71 ROYO JARA, J.: *La protección del derecho a la propia imagen*, Editorial Colex, Madrid, 1987, p. 163.

72 Concepto forjado en el ámbito del Derecho estadounidense, vid. CASTRO FRIAS, M.: "Privacidad", cit., p. 260. Según COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., p. 169, la noción de "figura pública", en la jurisprudencia de aquel país, fue recogida por el Restatement (Second) of Torts de 1977, que la definió como aquella persona que "en virtud de su cargo, actividades o posición, se ha transformado en objeto de la atención pública".

73 BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 562. En contra de calificar a una persona privada, como "personaje público", por el solo hecho de ser protagonista de un asunto de relevancia pública se ha manifestado PASCUAL MEDRANO, A.: *El derecho fundamental a la propia imagen*, primera edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 155. A propósito del Derecho comparado, COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., pp. 173-175 y 180-181, señala que si bien en España se ha desarrollado la noción de "figura pública", fue la Corte Suprema estadounidense la que amplió dicha noción, distinguiendo entre "figuras públicas a todo evento", "figuras públicas solo para un limitado grupo de asuntos", y "figuras públicas involuntarias", según la congruencia entre la controversia y el sujeto objeto de la difamación, sin perjuicio de que la Corte no explicara claramente ese estándar de congruencia.

74 Al menos, en Estados Unidos, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., pp. 168, 171 y 173. Sobre la representatividad política, en la evolución del concepto "cargo público", de acuerdo a la jurisprudencia española,

la “notoriedad”⁷⁵ y/o “popularidad”⁷⁶ de ésta, inclusive si se trataba de una persona moral o jurídica⁷⁷. Pero, como dijimos arriba, dicho criterio ha sido complementado -y hasta reemplazado- por uno objetivo, de manera que hoy la mayor o menor afectación de la privacidad y derecho a la imagen de una persona dependerá del “interés público” que generen las informaciones referidas a ella, sin importar si se trata de un ciudadano anónimo⁷⁸ o, incluso, si ese interés es restringido o circunscrito en términos territoriales⁷⁹.

IV. EL INTERÉS PÚBLICO INFORMATIVO COMO JUSTIFICACIÓN DE LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

En nuestro caso de estudio, junto al argumento del “personaje público”, la Corte justificó la preferencia de la libertad de información -sobre el derecho a la propia imagen- en la concurrencia de un “interés público informativo”: “esa misma exposición [en cuanto personaje público] hace también que la información relacionada con ellas tenga vocación de interés generalizado, especialmente cuando concierne a las actuaciones que el personaje evidencie en sus actuaciones en sociedad” (sic)⁸⁰. Incluso, agrega el tribunal, que si dicha información es de carácter privada, comercial o contractual, automáticamente resulta “de interés público (...) potencialmente capaz de incidir en la coherencia de un discurso con la conducta que se observa en los hechos”⁸¹. Es decir, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó aquella tendencia que dice que el “interés público” tendrá la aptitud de mudar ontológicamente lo privado en público⁸², esto es, que aquello dejaría de serlo por estimarse que hay un interés público en conocer y develar los hechos o conductas resguardadas por la intimidad. No obstante, a nuestro juicio, el tribunal

vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho”, cit., pp. 7-9.

75 Esta expresión en CASTRO FRÍAS, M.: “Privacidad”, cit., p. 260.

76 Esta expresión en DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: “El derecho”, cit., p. 290.

77 Referenciando al sistema estadounidense, CASTRO FRÍAS, M.: “Privacidad”, cit., p. 260.

78 Según COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, cit., pp. 177-181, a esta solución habría allegado, hace décadas, la jurisprudencia estadounidense cuando quienes generaban noticia eran personas privadas. En el mismo sentido, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “El interés público como convergencia entre la libertad de expresión, el acceso a la información y el derecho a la vida privada”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 44, 2015, p. 299.

79 Vid. DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: “El derecho”, cit., p. 304; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, pp. 175-177.

80 Considerando 6°.

81 Considerando 9°. Al parecer, esta última afirmación estaría basada en aquella tesis que sostiene que el ejercicio de la función pública es una tarea que, en distinto grado, persigue contribuir a la justa distribución de los bienes y cargas comunes y a la eficaz administración de los mismos y, en donde, por extensión, habría interés público en conocer “en qué sentido la conducta personal de un servidor público o alguna circunstancia suya que lo afecte podría incidir significativamente en la promoción u obtención de esta finalidad común por la vía de comprometer el desempeño de su función”, COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “El interés”, cit., p. 300.

82 En otra ocasión, la Corte Suprema ha justificado -precisamente en el interés público informativo del artículo 30 de la ley N° 19.733- la conducta de unos periodistas chilenos que, de manera subrepticia y sin contar con autorización para ello, grabaron una conversación sostenida en la consulta particular de una médica para, luego, difundir dichos audios por televisión. En aquella oportunidad, dijo la Corte: “(...) los hechos que se atribuyen a los inculpados se ajustan a tales circunstancias, lo que acredita la legitimidad de su actuación inserta en el ejercicio de la función periodística es aras de un interés social prevalente”. La cita corresponde a *Cordero con Lara y otros*: Corte Suprema, 21 de agosto de 2013, rol n. 8.393-2012, considerando 6°.

también podría haberse cuestionado -atendiendo a los hechos de la causa- que el bien común igualmente se beneficia amparando la vida privada. En otras palabras, que en el resguardo de ésta también existe interés público, el que operaría como legítima restricción a la libertad de expresión⁸³, tal como explicaremos más adelante.

La incontenible expansión de la categoría subjetiva “personaje público”, unida a la serie de dificultades de tipo dogmático-constitucional que conlleva la tesis del “consentimiento tácito”⁸⁴, llevaron a la doctrina y jurisprudencia a avanzar en la construcción y defensa de un criterio objetivo que evaluara y justificara las intromisiones que la prensa realiza en la privacidad y derecho a la imagen de las personas⁸⁵. Los antecedentes remotos en la generación de dicho estándar general pueden encontrarse en la jurisprudencia estadounidense de mediados del siglo XX⁸⁶, aunque posteriormente su reconocimiento se universalizaría, siendo invocado en la actualidad hasta por tribunales internacionales⁸⁷. En Chile, es el art. 30 de la ley N° 19.733, o “ley de Prensa”, el que reconoce expresamente al “interés público” como criterio o estándar a la hora de evaluar si la afectación de ciertos derechos fundamentales -con ocasión del ejercicio de la libertad de información- resultan legítimas. Y aunque existen variados pronunciamientos de nuestros tribunales superiores ordinarios y del Tribunal Constitucional⁸⁸, en la actualidad, la construcción y desarrollo de dicho test se ha llevado a cabo principalmente por el Consejo para la Transparencia, a propósito de la solicitud de acceso a información pública a través de la ley N° 20.285 o “ley de Transparencia”⁸⁹. En cuanto manifestación del “principio de proporcionalidad”, para este Consejo dicho estándar consiste en un proceso de ponderación entre el beneficio que reporta el dar a conocer la información solicitada

83 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “El interés”, cit., p. 282.

84 Por ejemplo, si acaso estas autorizaciones -tácitas y genéricas- justifican anticipadamente vulneraciones a los derechos fundamentales, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, cit., pp. 191-192.

85 Vid. PASCUAL MEDRANO, A.: “Personajes Públicos”, cit., p. 45. Por supuesto, en este ámbito, Chile ha seguido el modelo transitado en Estados Unidos y España, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, cit., pp. 169, 177-181, 188-189, y 191-192.

86 Se dice que, en Estados Unidos, el “fair comment” -equivalente al “interés público” utilizado en Europa continental- justificaba la intromisión en la privacy de cualquier tipo de persona, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, cit., pp. 167-168 y 189-190; BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 561.

87 Aunque, por ejemplo, en las denominaciones empleadas por tribunales internacionales de derechos humanos su conceptualización y justificación es variable. La tendencia habla desde dar protección al Estado, a alguna “necesidad social imperiosa”, a la “sociedad en su conjunto”, a “intereses o derechos generales” como, asimismo, que la revelación de información de personajes públicos puede acarrear “consecuencias importantes para la comunidad”, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “El interés”, cit., pp. 271 y 276-277.

88 Desarrollo no exento de dificultades, eso sí, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 38, 2012, pp. 510 y 521; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “El interés”, cit., pp. 269-271; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada”, cit., pp. 243, 247 y 251 nota al pie 144.

89 Según COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Evaluación crítica de la noción de que los funcionarios públicos tienen una intimidad más reducida que la de una persona ordinaria. (A propósito de algunas decisiones del Consejo para la Transparencia)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n. 3, 2014, pp. 873-875, en Chile, la minusvaloración de la privacidad de los “personajes públicos” -y específicamente de los funcionarios públicos- ha sido corroborada con la jurisprudencia desarrollada por el Consejo para la Transparencia, sobre la base del texto del artículo 30 de la ley N° 19.733. Señala el autor que para este Consejo, la minusvaloración se justifica en el “interés público” que existe por conocer detalles de la función pública que desarrollan esas personas y, también, en el fomento de la publicidad y transparencia de los órganos del Estado.

versus el daño que su divulgación generaría en los derechos de las personas, y aunque ni del texto, contexto ni de la historia fidedigna de la "ley de Transparencia" fluye antecedente alguno que pudiera dar pie para sostener la legitimidad acerca de la procedencia de aplicar dicho test, se asume que la concurrencia de un "interés público" justifica la intromisión y difusión de datos o informaciones amparadas por derechos fundamentales⁹⁰.

Ahora bien, la definición de qué es el "interés público", en sí mismo, no es una cuestión pacífica en nuestro medio⁹¹. Se ha dicho que el bien común, como categoría general, tendría expresiones concretas en el fomento y protección, por ejemplo, de la salud de la población, la seguridad pública, el correcto desempeño de las funciones públicas y, también, en el interés por acceder y difundir opiniones e informaciones⁹² ámbito que, en definitiva, terminaría cooptando el concepto "interés público". Desde esta última perspectiva, décadas atrás, Novoa Monreal decía que "hechos de interés para el público" son "todos aquellos que permiten a éste un ejercicio más efectivo de sus derechos y el cumplimiento mejor de sus obligaciones para con la sociedad y con los demás individuos, un conocimiento más apropiado de sus valores nacionales y culturales, la formación de un sentido crítico para la apreciación de los hechos, el desenvolvimiento de sentimientos de amistad y de respeto mutuo con otros hombres, grupos o pueblos y una compenetración más perfecta con las aspiraciones y necesidades de su propio pueblo y las de otros, esto último como medio de acrecentar la cooperación y comprensión mutua y de reducir tensiones y conflictos"⁹³. Claro está que no toda información conllevará "interés público" per se sino que solo aquella que posea cierta entidad de acuerdo al lugar donde ocurra, las personas involucradas y el cargo o función desempeñada por éstas⁹⁴. Así, se ha dicho, por ejemplo, que una reunión de trabajo de un ciudadano común no habilitaría para afectar ilegítimamente su derecho a la propia imagen, pues se trataría de un simple hecho de la vida pública. Distinto sería el caso de una reunión de trabajo de un Ministro de Estado o del Presidente de la República, ya que esos sí corresponden a auténticos "hechos de interés público"⁹⁵. El problema, no obstante, es que aun así sigue siendo una delimitación problemática pues el énfasis se pone en la persona involucrada más que en el hecho en sí mismo⁹⁶. Y si hasta el lugar en donde ocurren los

90 Según se dice, el Consejo para la Transparencia no ha seguido siempre la misma denominación para ese test pues, también lo ha designado como el de la "figura pública devaluada en su intimidad" o "datos sensibles como barrera infranqueable al derecho de acceso". En cambio, cuando el perjuicio se predica respecto de otros bienes públicos -como la seguridad o el interés nacional- la operación pasa a llamarse "test de daño", vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Las falencias", cit., pp. 504-505 y 514-516.

91 Vid. BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, p. 559.

92 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés", cit., p. 273.

93 NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, p. 157.

94 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés", cit., pp. 260-261 y 299.

95 Vid. CASTRO FRIAS, M.: "Privacidad", cit., p. 262. Anteriormente, para el caso español, vid. DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: "El derecho", cit., pp. 306-307.

96 Vid. LOVERA PARMO, D.: "El interés", cit., p. 67. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "El derecho", cit., p. 21, ha dicho que "es la actividad, la actitud en definitiva, y no el lugar, o la persona, lo que determina y delimita los contornos de lo

hechos resulta relativizado, justificándose la prevalencia de la libertad de información -por sobre el derecho a la imagen-, incluso cuando los retratos han sido captados en espacios de acceso restringido⁹⁷. Desde otra perspectiva, se ha planteado que el interés público alcanzaría solo a las noticias que posean fines “informativos”⁹⁸, es decir, descartando las meramente comerciales o publicitarias⁹⁹ y todas aquellas noticias que tienden a satisfacer una malsana curiosidad, que despierten las bajas pasiones o que causen daño a los intereses generales de la sociedad¹⁰⁰. Claro que tampoco se trata de un criterio definitivo, pues hay quienes incluyen en esos fines informativos la posibilidad de “incrementar las ventas o la audiencia o, al menos, el prestigio del medio”¹⁰¹, aun si estos medios pertenecen al “género frívolo, de entretenimiento o espectáculo”¹⁰², aspecto sobre el que el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado favorablemente¹⁰³.

Debemos entender que el contexto de la aplicación del test del “interés público”, en el caso “Paga Marcel paga”, está en íntima y directa relación con el concepto que la Corte de Apelaciones de Santiago tiene respecto a los derechos fundamentales. Para el tribunal¹⁰⁴ éstos son normas de principios que encierran valores, “derechos prima facie”, “mandatos de optimización” que cuando entran en conflicto con otros derechos fundamentales deben ser sometidos a un balanceo o ponderación, con miras a “definir cuál de los derechos en conflicto ha de prevalecer en el caso concreto”¹⁰⁵. Así, para la Corte, “[u]n parámetro para esa ponderación es la calidad o posición que la persona involucrada ocupa en la sociedad y el interés público que pueda atribuirse a los juicios de valor inherentes a toda opinión, ya

privado”. Por lo demás, es éste el criterio que aplicó la Corte de Apelaciones en el caso “Paga Marcel paga”.

97 Vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho”, cit., pp. 22 y 28.

98 Y no solo interés informativo político o contingente sino, también, el “interés histórico, científico o cultural”, RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho”, cit., p. 16.

99 Vid. PASCUAL MEDRANO, A.: “Personajes Públicos”, cit., p. 31; CLIMENT GALLART, J.A.: “Opinión pública”, cit., p. 244. A propósito del artículo 30 de la “ley de Prensa”, LARRAÍN PÁEZ, C.: “Responsabilidad civil”, cit., p. 149, sostiene que el derecho a la propia imagen de una persona, que ejerce una función pública, cede ante la libertad de información siempre que las imágenes se hayan captado en ese contexto y para ilustrar hechos de interés público “con una finalidad estrictamente informativa”, es decir, no publicitaria.

100 Vid. NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., pp. 157, 195-196. Según CLIMENT GALLART, J.A.: “Opinión pública”, cit., p. 244, ese es el motivo por el cual se excluye la denominada “prensa rosa”, pues no es lo mismo “interés público” que “interés del público”. Aun así, este autor, opta por reemplazar el concepto “interés público” por el de “relevancia pública” e, incluso, el de “hecho noticiable”, al resultar más objetivables.

101 Incluso si las imágenes dicen relación con personas comunes y corrientes, vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho”, cit., pp. 11 y 25. En contra, BATALLER RUIZ, E.: “El derecho”, cit., p. 153, señala que el Tribunal Supremo español, bajo el término “publicación innecesaria”, descarta amparo a la libertad de expresión respecto a todas las imágenes o informaciones que no respondan a un suceso público -como, por ejemplo, la actividad íntima de ciertos personajes- o que solo busquen la obtención de mayor difusión y ganancias monetarias por parte del medio que las publica.

102 Según RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho”, cit., pp. 25-26, en España el interés público informativo dependerá del género socialmente admitido al que pertenezca el medio.

103 Aunque con la limitación de que la información no se refiera explícitamente a la intimidad personal y que sus fines no sean satisfacer la mera curiosidad de las masas, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada”, cit., pp. 253-254.

104 Apoyándose en la obra de ALEXY, R.: *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 2006.

105 Considerando 6°.

que su consideración es capaz de marcar el grado de protección que deba otorgarse a la privacidad, en su manifestación del derecho a la propia imagen”¹⁰⁶. En Chile, esta postura -respecto al balanceo- es herencia de la doctrina iniciada el siglo pasado y por la cual se propone compatibilizar el derecho a la imagen con el ejercicio de la actividad periodística¹⁰⁷ y que durante la década de 1980 se declararía expresamente a favor de la ponderación de derechos para solucionar los eventuales conflictos, primero desde el Derecho penal¹⁰⁸ y, años más tarde, desde el ámbito constitucional¹⁰⁹ e, incluso, la iusprivatística nacional¹¹⁰. En este balanceo o ponderación, la justificación que se entregaba, hacia finales del siglo XX, decía que aun cuando el derecho a la vida privada y la libertad de información no fuesen absolutos, ello no implicaba que estuvieran a un mismo nivel ya que el primero sería solo una prerrogativa de carácter individual; la libertad de información, en cambio, constituye un derecho social que interesa a toda la comunidad, de ahí que concurriendo interés público esta libertad debe prevalecer, incluso si la información da cuenta de hechos de “la vida privada de algún individuo”¹¹¹.

En la actualidad, el interés público informativo sigue siendo el parámetro escogido para justificar afectaciones a derechos fundamentales, operando en la práctica como una categoría normativa que confiere a priori prevalencia a la libertad de expresión por sobre el derecho a la imagen o el derecho a la vida privada, precisamente por la consecución de ese bien superior: el interés público informativo¹¹². No obstante, el problema principal es que la justificación y definición de dicho interés tiende a ser tautológica, de ahí que un acuerdo dogmático al respecto resulte sumamente necesario para poder avanzar en la resolución de una serie de cuestiones jurídicas contemporáneas relativas al Derecho de la comunicación o información.

I. El “interés público informativo” como límite a los derechos fundamentales

El caso “Paga Marcel paga” es una muestra más de la extendida tendencia doctrinal y jurisprudencial chilena que, en caso de conflicto, hace prevalecer la libertad de expresión por sobre otros derechos fundamentales en la medida que

106 Considerando 6°.

107 Y, en general, con el derecho a la información, vid. DOMINGUEZ ÁGUILA, R. y DOMINGUEZ BENAVENTE, R.: “Las servidumbres”, cit., p. 46.

108 Vid. NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., p. 184.

109 Vid. LOVERA PARMO, D.: “El interés”, cit., p. 95. Para el caso español, vid. PASCUAL MEDRANO, A.: “Personajes Públicos”, cit., p. 29.

110 Vid. BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 560.

111 Para NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., pp. 181, 186, 188, 195-196, y 200, el derecho a la vida privada y la libertad de información no podían calificarse como absolutos pues no figuraban mencionados en las disposiciones excluyentes contenidas en los Pactos y Tratados internacionales sobre derechos humanos. Incluso, este autor llegó a postular que la prensa ejerce un servicio público que ha de estar a disposición del pueblo para hacer efectivo su derecho a obtener información.

112 Y encontrarse “en la esencia misma del sistema democrático”, CUMENT GALLART, J.A.: “Opinión pública”, cit., p. 243.

concurra interés público en la información divulgada¹¹³. Al realizar la ponderación, la Corte insistió en atender al “interés público”¹¹⁴ o “generalizado”¹¹⁵ y, así, justificar dicha preferencia, máxime si se considera que la autodeterminación de las personas públicas, respecto a su derecho a la imagen, ha de replegarse con una intensidad mayor “al estar sometidas al escrutinio de cualquier observador”¹¹⁶. Y pese a que el tribunal no lo dice expresamente, el estándar al que alude es el contemplado en el artículo 30 de la “ley de Prensa”, norma que faculta al inculpado por el delito de injurias, causado a través de un medio de comunicación social, probar la verdad de sus expresiones si éstas dicen relación con hechos o conductas relativos al ejercicio de una función pública o si con esas expresiones buscaba defender un “interés público real”. En su inciso II, el legislador aclara que, para los efectos de dicho artículo 30, se considerarán como “hechos de interés público de una persona”: a) los referentes al desempeño de funciones públicas; b) los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real; c) los que consistieren 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, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social; e) los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos; y f) los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

En la práctica judicial chilena es de común ocurrencia supeditar la preponderancia de la libertad de expresión e información, por sobre otros derechos fundamentales, a la concurrencia de este “interés público informativo”, sea cual sea el contexto, medio o signo a través del cual se hayan divulgado las opiniones o informaciones. El año 2016, por ejemplo, la Corte Suprema dijo: “que conforme lo expuesto estamos en presencia de la develación de un hecho de relevancia pública, prevaleciendo en este caso la libertad de información por sobre el derecho al honor; en atención al derecho que tiene la ciudadanía de conocer aquellos hechos y conductas de relevancia pública de la información, que está dada por la importancia o trascendencia pública de los hechos en sí./ En consecuencia, la injerencia en el ámbito del honor ajeno encuentra su justificación en la causa del interés público, en la relevancia pública del asunto; precisamente porque, en tales casos, el derecho lesionado (honra ajena) aparece como un valor menor frente al derecho de la sociedad a formarse opinión sobre hechos delictuales cometidos al interior de un Centro Penitenciario y, además,

113 Incluso cuando se afecta la honra, vid. BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., pp. 577-578 y 586. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Las falencias”, cit., p. 520, señala que, en Estados Unidos, efectivamente se estableció una jerarquización apriorística en torno a la dicotomía libertad de expresión versus honra de los personajes públicos, aunque ello no la hacía extensiva a la privacidad, en el entendido de una intimidad reducida de éstos. De hecho, para este último caso, se recurría a la ponderación y la comprobación de un interés público informativo. Asimismo, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada”, cit., pp. 250, 258.

114 Considerando 6°.

115 Considerando 9°.

116 Considerando 9°.

la lesión del honor del recurrente no es producto de la información sino de la propia conducta del recurrente, la que puede producirle deshonor y descrédito”¹¹⁷. Más recientemente, y a propósito de una multa que el Consejo Nacional de Televisión de Chile (CNTV) impuso a un canal nacional, precisamente porque en la información divulgada no concurría el interés público informativo¹¹⁸, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló: “[q]ue la situación personal del señor (...) y su modo de vida, no es un hecho relevante y que debía ser objeto de información al público, en los términos que se planteó, según se expuso precedentemente. Tampoco se puede vislumbrar la necesidad de hacer pública esta investigación y su divulgación, pues el señor (...), no es actualmente un personaje público o por lo menos no se le dio la oportunidad que libre y voluntariamente, decidiera dar a conocer su actual modo de vida. No es contradictorio que exista una publicación en una página web, pues lo hace a través de un seudónimo, lo que constituye claramente una barrera entre su vida privada y lo público de sus actividades”¹¹⁹. En consecuencia, concluye la Corte: “[q]ue, en este caso, existiendo una colisión de derechos entre el N° 4 y el N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, claramente y por las razones dadas, esta Corte estima que prevalece el derecho a la vida privada, a la honra y a la imagen de (...), concordando con lo razonado por el CNTV en la resolución que se impugna¹²⁰; como también que hubo un trato irrespetuoso, por la forma en que fue abordado y que se refirieron a su persona, pues aun cuando las palabras estén reconocidas en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, el problema se suscita al dar a conocer su situación, que se encuentra dentro del ámbito privado e íntimo, sin darle la posibilidad de decidir su divulgación o publicidad, en forma libre y voluntariamente”¹²¹.

De la jurisprudencia citada, se desprende que el único límite al “interés público informativo” son aquellos hechos, datos o informaciones pertenecientes a la esfera privada de las personas, en especial los “relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica”, tal y como prescribe el inciso final del artículo 30 de la ley N° 19.733¹²². En una primera aproximación, este último inciso parece confirmar la tesis que afirma que solo en la promoción y resguardo de la libertad de expresión o información puede existir interés público y, de paso, que la intimidad deviene en límite o excepción a éste. Sin embargo, las dificultades que conlleva perseverar en esta tesis dicen relación con el amplio margen de discrecionalidad que entrega el artículo 30

117 *Salgado con Canal 13*: Corte Suprema, 24 de mayo de 2016, rol n. 17.732-2016, considerando 6°.

118 *Universidad de Chile con CNTV*: Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de julio de 2017, rol n. 3590-2017.

119 Considerando 8°.

120 De acuerdo al considerando 3° de este fallo, el CNTV había señalado, en sede administrativa, que: “aquí el bien jurídico protegido es el de la privacidad, por lo que no existe ningún interés público que justifique divulgar tal información”.

121 Considerando 9°.

122 A menos que sean “constitutivos de delito”, eso sí, pues en esos casos igualmente serán considerados como hechos de interés público.

al juzgador para definir cuándo concurre aquel “interés público informativo”¹²³ y, además, con la negación de otras formas de interés público que podrían concurrir; por ejemplo, en el resguardo del derecho a la propia imagen o de la vida privada. En efecto, una nueva línea interpretativa viene proponiendo esto último, en el sentido que el juzgador puede apelar al “interés público”, incluso, para justificar la prevalencia del derecho a la vida privada o a la imagen por sobre la libertad de información. Para esta incipiente doctrina¹²⁴, el concepto, test y metodología elaborado a partir del artículo 30 de la ley N° 19.733 merece una urgente y profunda revisión, y desde ya postula que en presencia de un conflicto entre la libertad de información y el derecho a la imagen¹²⁵ habrá que atender no solo al interés público de quienes desean acceder o revelar información sino que, y al mismo tiempo, se deberá ponderar el interés público de quien pretende resguardar su imagen¹²⁶.

Que la defensa de la libertad de expresión y de información es de vital para toda sociedad democrática no lo vamos a negar¹²⁷; mas ello no implica una patente de corso ni puede servir de amparo a la difusión de cualquier tipo e informaciones¹²⁸, máxime si la tendencia internacional avala el reconocimiento universal del derecho fundamental a la imagen¹²⁹. En nuestro país, el ejercicio prácticamente absoluto de la libertad de expresión se explica en la aversión que existe hacia la censura, trauma heredado de la reciente dictadura militar ocurrida entre 1973 y 1990¹³⁰. Y aunque no sea el único antecedente, sin duda constituye un imponderable a la hora de explicar la sobre-reacción que existe por defender la libertad de expresión y las empresas de comunicación en Chile, más aun cuando se reivindica el papel

123 En circunstancias que todo indica que ni el constituyente habilitó al legislador para aquello ni éste, por su parte, ha habilitado al juzgador, vid. LOVERA PARMO, D.: “El interés”, cit., pp. 73 y 75; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, cit., p. 183; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “El interés público”, cit., pp. 275-276; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada”, cit., p. 240.

124 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada”, cit., p. 259.

125 O el derecho a la vida privada, a la honra, etcétera.

126 O su intimidad, honra, etcétera. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Evaluación crítica”, cit., p. 892 y ss., va aun más allá y plantea, en relación al citado artículo 30, que el “interés público” por conocer hechos privados que afecten a “personajes públicos”, y en especial, a los “funcionarios públicos”, puede justificarse en el ejercicio de la libertad de expresión -vía “ley de Prensa”-, pero no el derecho al acceso a la información pública -vía “ley de Transparencia”-, básicamente, porque respecto a la primera cabría la posibilidad de sopesar o balancear derechos fundamentales, en cambio, atendiendo a la “ley de Transparencia” la posibilidad de balanceo entre el acceso a la información y el derecho a la vida privada estaría expresamente vedado.

127 En la actualidad se afirma que la libertad de expresión, además de un derecho subjetivo, constituye una “garantía institucional de la opinión pública libre, base misma del pluralismo político y sostén de una democracia representativa”, CLIMENT GALLART, J.A.: “Opinión pública”, cit., p. 243.

128 Tradicionalmente, lo “público” y la “opinión pública” se han considerado referidos, directa o indirectamente, a la configuración y participación política de la ciudadanía. De ahí la prevención respecto a que no toda opinión, expresión o información puede quedar cubierta por la garantía de la libertad de expresión ya que se corre el riesgo de transformar todo en “político” o “público”, desvirtuando la misma garantía que ampara dicha libertad, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Evaluación crítica”, cit., pp. 886-887.

129 Vid. PASCUAL MEDRANO, A.: “Personajes Públicos”, cit., p. 47.

130 Aunque, la nuestra, no es la opinión mayoritaria. Por ejemplo, para LOVERA PARMO, D.: “El interés”, cit., pp. 56 y 84, es la libertad de expresión la que -en la jurisprudencia de las últimas décadas- “ha resultado fuertemente dañada en frente de la vida privada, tanto así, que Chile posee uno de los estándares más bajos de libertad de expresión”.

que éstos se han irrogado en defensa de la democracia occidental¹³¹, en cuanto “vigilantes de las acciones de los políticos, vigilantes del poder y de sus abusos, y, sobre todo, defensores de los intereses de los ciudadanos”¹³², poder factual que solo responde a la deontología periodística para autorregularse y, en cuya virtud, se justifica la indagación y divulgación de las más íntimas miserias humanas, incluso de aquellas que no merecen reproche jurídico y que ni siquiera el Estado está habilitado para investigarlas ni, mucho menos, divulgarlas a la opinión pública¹³³. En el caso “Paga Marcel paga”, la Corte de Apelaciones de Santiago justificó el accionar de la empresa recurrida en que “[e]l fenómeno de las llamadas ‘redes sociales’ -Facebook, Twitter, Whatsapp, Youtube- tiene múltiples dimensiones y, entre las virtuosas, está la de servir como medios de encuentro virtual, de plataformas de expresión de datos, inquietudes, opiniones e ideas y, en lo que resulta de modo especialmente atingente, actúan también como mecanismos de control ciudadano”¹³⁴. Se trata, sin embargo, de una decisión sumamente cuestionable. Y no solo desde la perspectiva del derecho a la propia imagen pues entre los hechos que, de acuerdo al inciso final del artículo 30 de la “ley de Prensa”, no serán considerados de interés público, se encuentra la información alfanumérica patrimonial, financiera y/o comercial de las personas, datos personales que encuentran amparados, además, en la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada¹³⁵. Mayor dificultad ofrece la justificación de esta sentencia si consideramos que -jurídicamente, al menos- el deber por demostrar la administración patrimonial de los políticos no alcanza a un candidato a la presidencia pues la obligación de declarar intereses y patrimonio, impuesta en el inciso III del art. 8 de la Constitución Política, afecta solo al “Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale”, norma que se ve reforzada por el artículo 21 N° 2 de la “ley de Transparencia” en cuanto permite denegar total o parcialmente el acceso a la información pública “[c]uando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”. Por último, y pese a no estar vigente al momento de la resolución de dicho caso, podemos traer a colación el artículo 23 de la ley N° 20.880, sobre “probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses”¹³⁶, ya

131 Como relata la literatura jurídica reciente, tanto en Chile como en el ámbito internacional, es un valor compartido el que la libertad de expresión, de opinión y el derecho de acceso a la información pública resultan esenciales para la vigencia del régimen democrático, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Evaluación crítica”, cit., pp. 882-884.

132 URIARTE, E.: “La crisis de la imagen de la política y de los políticos y la responsabilidad de los medios de comunicación”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 111, 2001, p. 50. A juicio de CLIMENT GALLART, J.A.: “Opinión pública”, cit., pp. 250-251, los *mass media* cumplen “una función social” y no solo de informar sino, también, de controlar al gobierno y otras instituciones.

133 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, cit., pp. 193-195.

134 Considerando 7°.

135 Vid. BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 574.

136 Publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 2016.

que establece la obligación de constituir un mandato especial de administración de cartera de valores y la enajenación forzosa para las autoridades señaladas en su título III, a excepción de los "candidatos a Presidente de la República, diputados o senadores, consejeros regionales y alcaldes", quienes "podrán de forma voluntaria someterse a las normas de este Título al momento de inscribir la correspondiente candidatura en el Servicio Electoral".

2. Redes sociales digitales y redefinición de los medios de comunicación social

En cuanto a la plataforma a través de la cual se difundió la información patrimonial y comercial del recurrente, de forma audiovisual, debemos tener en cuenta que la proliferación de esos canales comunicativos hace prácticamente imposible -a los tribunales de justicia y otros entes regulatorios- controlar los contenidos difundidos en Internet¹³⁷. Tradicionalmente, en el ámbito jurídico chileno, se ha considerado a la actividad periodística profesional como la única capaz de dar vida y poner en práctica el anhelo por la libertad a emitir opiniones, pensamientos, y pareceres libres de toda censura, de ahí que se la considere como único sujeto pasivo de la regulación pertinente -y, en especial, del estándar del "interés público"-, descartando su aplicación a particulares¹³⁸. Incluso, se ha sostenido que la responsabilidad de una persona, ajena a la industria del periodismo, que "publica en su blog una noticia sobre algún personaje público, se regirá por las reglas generales del Derecho Civil, pero no por el régimen especial de la ley N° 19.733"¹³⁹. No obstante, la actualidad legislativa chilena dicta otra cosa ya que el tradicional concepto de medio de comunicación, incorporado en la "ley de Prensa"¹⁴⁰, está siendo discutido en el parlamento precisamente para regular el ejercicio de la libertad de expresión a través de plataformas y redes sociales que operan en Internet¹⁴¹. Sin ir más lejos,

137 En Chile, el Consejo Nacional de Televisión está, desde hace algún tiempo, sumamente empeñado en dicho control, vid. <http://www.latercera.com/noticia/presidente-del-cntv-pide-mayor-fiscalizacion-contenidos-inadecuados-internet/>.

138 Vid. LOVERA PARMO, D.: "El interés", cit., pp. 55 y 90-91. De manera similar, la jurisprudencia española ha dicho que "la protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción", vid. BATALLER RUIZ, E.: "El derecho", cit., p. 156. A propósito del caso estadounidense, como indica COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Evaluación crítica", cit., pp. 883 y ss., la ampliación de la categoría subjetiva de los personajes o figuras "públicas" -desde los cargos electivos hasta los ciudadanos comunes- brindó cobertura constitucional al rol de la prensa para reportear hechos de la vida privada de las personas.

139 FEDDERESEN MARTÍNEZ, M.: "Responsabilidad civil y actividad periodística en Chile", *Cuadernos de análisis jurídicos, serie colección Derecho privado*, n. IV, 2008, p. 75.

140 Artículo 2: "Para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado./ Se entenderá por diario todo periódico que se publique a lo menos cuatro días en cada semana y cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley".

141 Nos referimos al proyecto de ley que modifica la ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, para exigir a los diarios electrónicos, el cumplimiento de las exigencias establecidas, para los medios de comunicación social (boletín N° 9461-19), y al proyecto que modifica, también, la ley N° 19.733 con el objeto de consagrar expresamente a los diarios electrónicos como medios de comunicación social (boletín N° 9460-19) y que pretende sustituir el inc. II del artículo 2° por el siguiente: "se entenderá por diario todo periódico impreso en papel o publicado por vía digital o electrónica a lo menos cuatro días en

la misma Corte reconoció, en este caso, la ampliación de dicho concepto:“(…) de otra parte, es una realidad indesmentible que actualmente no existe el monopolio de la información, originaria y preponderantemente radicado en los medios de comunicación social. Hoy en día las personas disponen de información de primera fuente. Las tecnologías modernas propician su adquisición y divulgación en forma inclusive instantánea”¹⁴². Sin desconocer el avance que esto significa, igual subsisten las dificultades para hacer efectiva la responsabilidad ex post por los abusos cometidos a través de plataformas digitales. Incluso, el mismo “derecho a réplica”, contemplado en el artículo 16 de la ley N° 19.733¹⁴³, se muestra como una quimera¹⁴⁴. Como se ha sostenido en el último tiempo, todo indica que cuando la única modalidad reparatoria, a causa de esos abusos, es la indemnizatoria, no queda sino reconsiderar la vía preventiva para impedir la afectación de los derechos fundamentales¹⁴⁵. A ello, debemos agregar las particularidades transfronterizas que implica administrar justicia en el escenario actual, no solo por las dificultades técnicas que conlleva identificar a los responsables en la cadena del flujo informativo, sino -y evidentemente- porque los tribunales chilenos no pueden extender su imperio sobre empresas tecnológicas domiciliadas en territorio extranjero. Por eso que obligar a Facebook o a Youtube a censurar y, mucho menos, “bajar” un video resulte hoy prácticamente inviable y, en consecuencia, nuestras Cortes estén ensayando la fórmula que ordena directamente al infractor o usuario retirar las imágenes que ha comunicado indebidamente a través de Internet¹⁴⁶.

cada semana y cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley”. Ambos proyectos fueron ingresados el 15 de julio de 2014, vía moción parlamentaria.

142 Considerando 7°.

143 Artículo 16: “ Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que se establecen en los artículos siguientes, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida”.

144 A juicio de LARRAÍN PÁEZ, C.: “Responsabilidad civil”, cit., p. 150, nota al pie n. 117, este derecho de aclaración y rectificación ni siquiera tiene relación directa con los problemas del derecho a la propia imagen.

145 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Libertad de opinión e información: algunos tópicos interesantes en la jurisprudencia chilena”, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, año 2, n. 1, 2014, p. 108. Anteriormente, se ha dicho que “el ordenamiento jurídico chileno permite la tutela preventiva de los derechos a la honra, vida privada e imagen, ya sea a través de la acción constitucional de protección deducida por amenaza al ejercicio legítimo de un derecho constitucional, ya sea a través de una acción civil común de responsabilidad por daño contingente prevista en el artículo 2333 del Código Civil, aunque esta plantea dificultades en cuanto a la celeridad del procedimiento”, CORRAL TALCIANI, H.: “Sobre la responsabilidad civil de los periodistas y de los medios de comunicación social por atentados a la honra, intimidad e imagen”, *Información Pública*, vol. 4, n. 2, 2006, p. 30. Una opinión contraria manifiesta PINO EMHART, A.: “Cambios recientes en la defensa de interés público (privilegio Reynolds) respecto a la acción de responsabilidad por difamación del derecho inglés”, *Revista chilena de Derecho Privado*, n. 23, 2014, cit., pp. 263-264 y 273-274, pues a su juicio la tendencia actual es dar prioridad a la libertad informativa, incluso en países que tradicionalmente fueron más proclives a proteger la privacidad.

146 Por ejemplo, y revocando una sentencia, ha resuelto la Corte Suprema: “[s]e acoge el recurso de protección deducido en lo principal, solo en cuanto se dispone que la recurrida deberá adoptar todas las medidas conducentes para eliminar la publicación de la fotografía del actor desde Facebook”. El caso corresponde a *Venegas con Marchant*: Corte Suprema, 10 de noviembre de 2015, rol n. 9973-2015. Una medida similar adoptaría la Corte de Apelaciones de Santiago, el año 2016, señalando al efecto que: “[s]e acoge la acción constitucional de fojas 1 solo en cuanto la recurrida, Canal 13 S.A., deberá proceder a retirar de todas sus plataformas web el capítulo del programa “En su propia trampa”, exhibido el 21 de octubre de 2015, mientras no sean suprimidas todas las referencias que en él se realizan al recurrente, don (...), ya sean éstas hechas a través de imágenes o en forma verbal”. Este último fallo corresponde a *Salgado con Canal 13*: Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de

3. Críticas al interés público como elemento exclusivo y excluyente de la libertad informativa

Como corolario de este último epígrafe, podemos afirmar que hoy, en Chile, necesario resulta asumir que el "interés público" está presente no solo en el acceso y divulgación de informaciones u opiniones, sino que también en la protección del derecho a la propia imagen, de la vida privada como, asimismo, en el resguardo y promoción de otros principios y derechos fundamentales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico. Claramente, la jurisprudencia de la cual nos hemos servido demuestra que, para nuestros tribunales superiores, el "interés público" es exclusivo de la libertad de expresión e información y no uno más de las tantas expresiones que tiene el bien común, cauce del ejercicio y elemento modulador de las más diferentes libertades y derechos que pueden llegar a confrontarse¹⁴⁷. Como demuestra una incipiente -pero no menos consistente- literatura, en la actualidad se reconocen diferentes posiciones frente al denominado "interés público", siendo la más extendida aquella que pone a éste como una opción excluyente frente a otros derechos reclamados, y de donde algunos partidarios de la tesis de la "ponderación" o "balanceo" han construido el método para determinar que si el beneficio de afectar un derecho es superior a su costo, aquel debe prevalecer¹⁴⁸, tal como lo hizo la Corte en "Paga Marcel paga" al otorgar preferencia a la libertad de expresión esgrimida por la recurrida. El problema, sin embargo, es que esta posición binaria impide ver que tras el resguardo de la vida privada también pueden existir intereses públicos tan o más relevantes que el relativo a la obtención y divulgación de opiniones e informaciones. Es más, en muchas ocasiones a través de la protección de la vida privada se ha conseguido el cuidado de los mismos bienes proclamados en nombre de la libertad de información, por ejemplo, mediante la reserva de antecedentes íntimos o datos sensibles de personajes públicos cuya develación podría afectar el adecuado ejercicio de una magistratura e, incluso, la misma seguridad nacional, como ocurrió en Francia con un ex presidente de la República¹⁴⁹, o la situación que afectó a un ex Primer Ministro irlandés¹⁵⁰.

Al final, no podemos dejar de señalar que si bien, en sus orígenes, el "interés público" se configuraba como una limitación estatal respecto a los derechos de

marzo de 2016, rol n. 97662-2015, aunque -como dijimos arriba- posteriormente sería revocado por la Corte Suprema; vid. pp. 26 y ss. de la presente investigación.

147 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés", cit., pp. 298 y 303.

148 En otro extremo, se encontrarían aquellas posiciones que ponen a los derechos al margen de todo cálculo relativo a la mayor o menor intensidad del interés público proclamado, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés", cit., pp. 283-286.

149 A propósito de la intención del médico del ex presidente Mitterrand por develar detalles de la enfermedad que lo aquejaba, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés", cit., pp. 286-288, 292, 295-297.

150 A propósito del caso que enfrentó a Albert Reynolds con el periódico "The Sunday Times", vid. PINO EMHART, A.: "Cambios recientes", cit., p. 269. Y es que, como señala COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés", cit., p. 294, a veces puede ocurrir que efectivamente la información posea interés público, pero la forma en que se ha comunicado resulte lesiva a otros derechos fundamentales.

las personas, en la actualidad es la sociedad civil entera quien participa de sus configuraciones, revistiendo una multiplicidad de formas, propias de las distintas expresiones y posturas que demanda una comunidad pluralista, de manera que, a efectos de su interpretación constitucional, el "interés público" no puede ser unívoco ni estático, en términos sociológicos o históricos, toda vez que admite diversos enfoques y contenidos¹⁵¹. En conclusión, no es un aspecto exclusivo y excluyente de la libertad de expresión o información.

V. CONCLUSIONES

1. El derecho fundamental a la propia imagen consiste en la autodeterminación, reconocida a toda persona natural, para autorretratarse o convenir con terceros para que lo hagan, gratuita u onerosamente.

2. En el ordenamiento jurídico chileno, el comercio de derechos de imagen no está prohibido. Al contrario existen diversos antecedentes en donde justificar la tolerancia y regulación de su patrimonialidad y traficabilidad, de ahí que la tesis que lo califica como un derecho personalísimo -y extrapatrimonial- debiera de abandonarse definitivamente.

3. Sin perjuicio de lo señalado, el derecho a la propia imagen continúa bajo dependencia del derecho a la vida privada, sea en su consideración de derecho personalísimo o fundamental.

4. Para la dogmática chilena, la categoría "personaje público" está definida por la mínima popularidad o notoriedad mediática que alcance una persona, al margen si se trata de un político, un personaje de farándula, un ciudadano común o, incluso, una persona jurídica. Al mismo tiempo, la tesis dominante, es que los "personajes públicos" gozan de menor protección respecto a su derecho a la vida privada y, por accesoriadad, de su derecho a la imagen.

5. Ante las dificultades que conlleva la calificación de "personaje público", a efectos de justificar la minusvaloración de su derecho a la imagen, tanto la doctrina como la jurisprudencia chilenas han complementado -o derechamente reemplazado- dicha categoría subjetiva por otra objetiva: el "interés público informativo" que favorecerían determinadas publicaciones.

6. No existe consenso dogmático en orden a conceptualizar el "interés público", aunque a partir del antecedente positivo que entrega la ley N° 19.733, se estima que dicho interés se identifica únicamente con la libertad de expresión e información y

151 Vid. LOVERA PARMO, D.: "El interés", cit., pp. 68-70.

que, en caso de concurrir, hace prevalecer o vence el amparo otorgado al derecho a la propia imagen y otros derechos fundamentales.

7. Una incipiente doctrina jurídica muestra que el “interés público” no es exclusivo ni excluyente de la libertad de expresión, sino que es una manifestación más del bien común general. En este sentido, si el juzgador opta por la tesis del balanceo o ponderación entre derechos fundamentales, deberá atender y sopesar todos los intereses públicos concurrentes y no solamente determinar la presencia del “interés público informativo” para avalar la preferencia de aquella libertad sobre el derecho a la propia imagen o el derecho a la vida privada.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AILLAPÁN QUINTEROS, J.: "Derecho a la propia imagen: ¿derecho personalísimo?, ¿derecho fundamental? Precisiones terminológicas para el ordenamiento jurídico chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n. 2, 2016, pp. 433-459.

AZURMENDI ADARRAGA, A.: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, segunda edición, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, México D.F., 1998.

BARROS BOURIE, E.: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

BATALLER RUIZ, E.: "El derecho a la imagen de los famosos: el caso Elsa Pataky", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 15, 2013, pp. 148-159.

CASTRO FRÍAS, M.: "Privacidad, vida pública y honra frente a la libertad de expresión. Soluciones a un conflicto", *Revista de Derecho Público*, vol. 64, 2002, pp. 256-282.

CIFUENTES, S.: *Derechos personalísimos*, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

CLIMENT GALLART, J.A.: "Opinión pública y libertad de expresión", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 23, 2017, pp. 240-261.

CORRAL TALCIANI, H.: "La vida privada y la propia imagen como objetos de disposición negocial", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n. 8, 2001, pp. 159-175.

CORRAL TALCIANI, H.: "Sobre la responsabilidad civil de los periodistas y de los medios de comunicación social por atentados a la honra, intimidad e imagen", *Información Pública*, vol. 4, n. 2, 2006, pp. 253-286.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas a la figura del 'personaje público' como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas", *Revista Estudios Constitucionales*, año 3, n. 2, 2005, pp. 163-197.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 38, 2012, pp. 499-541.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Libertad de opinión e información: algunos tópicos interesantes en la jurisprudencia chilena", *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, año 2, n. 1, 2014, pp. 95-116.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Evaluación crítica de la noción de que los funcionarios públicos tienen una intimidad más reducida que la de una persona ordinaria. (A propósito de algunas decisiones del Consejo para la Transparencia)", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n. 3, 2014, pp. 871-906.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión. (Algunos criterios empleados por la jurisprudencia chilena y comparada y su importancia relativa)", *Revista Ius et Praxis*, año 21, n. 1, 2015, pp. 217-270.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés público como convergencia entre la libertad de expresión, el acceso a la información y el derecho a la vida privada", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 44, 2015, pp. 267-306.

DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: "El derecho a la propia imagen de los personajes públicos. Algunas reflexiones a propósito de las SSTC 139/2001 (caso Cortina) y 83/2002 (caso Alcocer)", *Revista española de Derecho constitucional*, año 23, n. 67, 2003, pp. 285-316.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 23, 2017, pp. 54-111.

DOMINGUEZ ÁGUILA, R. y DOMINGUEZ BENAVENTE, R.: "Las servidumbres a que obliga la grandeza. La esfera de intimidad y las personalidades públicas", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año 36, n. 144, 1968, pp. 28-52.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas*, séptima edición, Editorial Rodhas, Lima, 2014.

FEDDERESEN MARTÍNEZ, M.: "Responsabilidad civil y actividad periodística en Chile", *Cuadernos de análisis jurídicos, serie colección Derecho privado*, n. IV, 2008, pp. 71-94.

FERRANTE, A.: "La protección a la imagen y su materialidad en el ordenamiento chileno", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 23, 2017, pp. 134-167.

GONZÁLEZ CIFUENTES, C.: *El derecho a la intimidad de los altos cargos*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011.

GUZMÁN BRITO, A.: *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el Derecho positivo*, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

HASSLER, T.: *Le droit à l'image des personnes, entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, Lexis Nexis, Francia, 2014.

IGARTUA ARREGUI, F.: "El derecho a la imagen en la jurisprudencia española", en AA.VV.: *El mercado de las ideas* (coordinador P. Salvador Coderch) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 319-338.

LARRAÍN PÁEZ, C.: "Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 26, 2016, pp. 119-185.

LOVERA PARMO, D.: "El interés público como estándar: Libertad de expresión y vida privada", en AA.VV.: *Libertad de expresión en Chile* (F. GONZÁLEZ, ed.), Santiago, Universidad Diego Portales, 2006, pp. 55-95.

NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *El derecho a la Libertad de Opinión e Información y sus Límites (honra y vida privada)*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2002.

NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización", *Revista Ius Et Praxis*, año 13, n.2, 2007, pp. 245-285.

NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, t. I, tercera edición, Editorial Librotecnia, Santiago, 2010.

NOVOA MONREAL, E.: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, segunda edición, Siglo XXI Editores S.A., México, 1981.

PASCUAL MEDRANO, A.: *El derecho fundamental a la propia imagen*, primera edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

PASCUAL MEDRANO, A.: "Personajes Públicos y derechos a la propia imagen", *Leyes y Sentencias. Revista de Legislación y Jurisprudencia*, n. 109, 2010, pp. 27-47.

PINO EMHART, A.: "Cambios recientes en la defensa de interés público (privilegio Reynolds) respecto a la acción de responsabilidad por difamación del derecho inglés", *Revista chilena de Derecho Privado*, n. 23, 2014, pp. 263-274.

PFEFFER URQUIAGA, E.: "Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información", *Ius et Praxis*, vol. 6, n. 1, 2000, pp. 465-474.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "El derecho sobre la propia imagen de la persona que ocupa un cargo público o ejerce una profesión de notoriedad o de proyección pública (art. 8.2.A de la L.O. 1/1982)", *Revista de Derecho Privado*, n. 95, 2011, pp. 3-28.

ROYO JARA, J.: *La protección del derecho a la propia imagen*, Editorial Colex, Madrid, 1987.

URIARTE, E.: "La crisis de la imagen de la política y de los políticos y la responsabilidad de los medios de comunicación", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 111, 2001, pp. 45-64.

VERDUGO MARINKOVIC, M., PFEFFER URQUIAGA, E., NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *Derecho Constitucional*, t. I, reimpresión de segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.