

INFORME

**SOBRE EL PROYECTO DE LEY
QUE REGULA EL SECRETO
PROFESIONAL EN OBRAS
AUDIOVISUALES,**

BOLETIN No. 5.987-04

FEBRERO DE 2009

INDICE

1.- Introducción	3
2.- Contenido del proyecto de ley	4
3.- Secreto profesional consagrado en la Ley de Prensa (ley No. 19.733, Sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.....	5
a.- Norma Constitucional	5
b.- Historia de la Ley de Prensa.....	6
4.- Conclusiones.....	7

COMENTARIO AL PROYECTO DE LEY QUE REGULA EL SECRETO PROFESIONAL EN OBRAS AUDIOVISUALES,

BOLETIN No. 5.987-04

Hedy Matthei Fornet
Asesora Legal Senador Jovino Novoa V.

1.- Introducción

La Presidenta de la República presentó, en junio de 2008, un proyecto de ley que permitirá a los directores, productores o realizadores de obras audiovisuales, nacionales o extranjeros, mantener reserva sobre su fuente informativa, aún cuando fuesen requeridas por orden judicial. La reserva se aplicará también a aquellas personas que por su oficio o actividad hayan debido estar necesariamente presentes en el momento de haberse recibido la información.

Fundamenta el Ejecutivo esta proposición en la necesidad de proteger la libertad garantizada en el artículo 19 No. 25 de la Constitución Política para *crear y difundir* las artes; en que, en conformidad al artículo 1° de la Constitución Política, el Estado está al servicio de la persona humana, lo cual se expresa en un deber general y fundamental de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible; en que el inciso 5° del mismo artículo 1° consagra el deber del Estado de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional; y en que el artículo 5° de la Carta Fundamental expresa que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Todo lo anterior, sin perjuicio de las normas contenidas en la ley No. 19.981, Sobre Fomento Audiovisual, que concreta y reconoce los deberes que tiene el Estado en estas materias.

En consecuencia, y siendo que las obras audiovisuales constituyen un tipo o manifestación de obra artística, el Estado estaría obligado, según el Mensaje, a adoptar medidas para promover tanto la creación del arte como su difusión con el objeto de garantizar la libertad a la creación y difusión de obras artísticas y alcanzar una mayor realización espiritual de las personas; y remover todo obstáculo que impida su ejercicio, de forma de asegurar que todas las personas tengan igualdad de oportunidades en el desarrollo de la actividad artística e igualdad de oportunidades en acceder a la difusión de las actividades artísticas y culturales.

En relación a lo anterior, el Ejecutivo concluye en el Mensaje que “la regulación del derecho a mantener reserva de la fuente en materia de obras audiovisuales, constituye una concreción del deber del Estado de apoyar, promover y fomentar la creación y producción audiovisual, así como la difusión y la conservación de éstas”. Agrega que “si las personas son obligadas a revelar las fuentes de sus obras audiovisuales, se entorpecerá el ejercicio de la libertad artística, reconocida constitucionalmente. Si el Estado no remueve los obstáculos que están impidiendo o que podrían impedir el ejercicio de este derecho, no está cumpliendo con sus deberes constitucionales y legales” y que “reveladas las fuentes las personas no estarán dispuestas a proporcionar información que pueda servir de base para una obra audiovisual. Lo anterior, implicará una imposibilidad para ejercer la libertad artística en estas obras. Si no hay fuentes o éstas han disminuido, no puede haber creación ni difusión audiovisual. Resulta esencial entonces regular el secreto profesional en estas creaciones artísticas e impedir que las fuentes sean reveladas”.

El ex Subsecretario nacional del Consejo de la Cultura y las Artes, señor Arturo Barrios, dio los mismos argumentos a la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología del Senado.

2.- Contenido del proyecto de ley

El proyecto de ley originalmente presentado señalaba que “Los productores y los directores o realizadores de obras audiovisuales, nacionales o extranjeros, que ejerzan su actividad en el país, tendrán derecho a mantener reserva sobre su fuente informativa, la que se extenderá a los materiales que obren en su poder y que permitan identificarla y no podrán ser obligados a revelarla ni por orden judicial” y que esto “se aplicará también a las personas que por su oficio o actividad hayan debido estar necesariamente presentes en el momento de haberse recibido la información”.

El Ejecutivo hace una remisión para definir “obra audiovisual” al artículo 3° de la ley No. 19.981, que en su letra a) señala que se trata de “toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización, incorporadas, fijadas o grabadas en cualquier soporte, que esté destinada a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación o de difusión de la imagen y del sonido, se comercialice o no”.

Los sujetos que podrán hacer valer la reserva son los productores y los directores o realizadores de obras audiovisuales. La ley N° 19.981 también define a los productores, directores o realizadores de obras audiovisuales. Conforme a su artículo 3° letra f), el productor audiovisual es la persona natural o jurídica o la empresa que asume la responsabilidad de los recursos jurídicos, financieros, técnicos, materiales y humanos, que permiten la realización de la obra audiovisual, y que es titular de los derechos de propiedad intelectual de esa producción particular. De acuerdo al literal g) del mismo precepto, el director o realizador es el autor de la realización y responsable creativo de la obra audiovisual.

El texto aprobado en la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología del Senado agregó una nueva exigencia a estas personas para hacer valer el secreto profesional, cual es la de estar inscrito en un Registro que creará y administrará el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y que será regulado por Reglamento. Ello, debido a que hoy en día cualquier persona cuenta con los medios para producir una obra audiovisual en su computador.

La misma Comisión agregó que las personas inscritas en dicho registro no sólo no podrán ser obligadas a revelar la fuente de información por orden judicial, sino tampoco por orden administrativa.

Finalmente, a solicitud del Senador Chadwick, se agregó al proyecto de ley que quien hiciera uso de este derecho será personalmente responsable de los delitos que pudiere cometer al difundir la obra respectiva.

3.- Secreto profesional consagrado en la Ley de Prensa (ley No. 19.733, Sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo

El Ejecutivo asegura en el Mensaje del proyecto de ley que cubre con el secreto profesional las fuentes de las obras audiovisuales, que este proyecto de ley no es una innovación sino sólo un paso más en lo relativo al secreto profesional reconocido en la Ley de Prensa a los periodistas.

Dada esta aseveración, se consideró necesario revisar la norma constitucional que consagra la libertad de emitir opinión y de informar y la tramitación de la Ley de Prensa en el Congreso¹, de forma de conocer las razones por las cuales se otorgó el secreto profesional a los periodistas.

a.- Norma Constitucional

El artículo No. 19 No. 12 de la Constitución Política, en su inciso 1º, consagra la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.

Para entender mejor esta norma constitucional, es necesario destacar que “emitir opinión” e “informar” son cosas distintas. Según el constitucionalista Alejandro Silva Bascuñán², informar representa un testimonio que se da en cuanto a la realidad y certeza de determinada circunstancia o hecho, por lo que envuelve un compromiso asumido ante terceros en cuanto a la veracidad y circunstancias del contenido del hecho o noticia. La opinión, en cambio, constituye sólo una apreciación favorable o adversa respecto de un determinado hecho.

¹ La Ley de Prensa se tramitó bajo el boletín No. 1035-07 en el Congreso Nacional, que es el que contiene toda la historia de la ley.

² Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, De los Derechos y Deberes Constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, pág. 291.

En relación a esta garantía, el autor agrega que es necesario considerar que es un supuesto ineludible, en el debido ejercicio de la libertad de opinar y de informar, que las circunstancias en que se está desarrollando la vida social sean de tal naturaleza que toda persona que conviva en el seno de la sociedad mayor se encuentre en condiciones de poder llegar a conocer la verdad, cuya percepción haya de requerir como base para la formación de su propio pensamiento o para la actuación consecuente que de él derive. En consecuencia, es inherente a la consagración de la libertad de opinar e informar, el reconocimiento simultáneo, por parte de la sociedad, del derecho de toda persona a informarse, como medio ineludible para que pueda conocer la verdad que va a ser percibida por su inteligencia.

Silva Bascuñán hace referencia a un fallo del Tribunal Constitucional de 30 de octubre de 1995 sobre esta materia, que señala que “si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales³”.

Finalmente, Silva Bascuñán concluye que definidos el alcance de la libertad de opinar y de informar y del derecho de ser informado, ha de reconocerse que tales garantías representan a su vez medios que sirven de instrumentos para el mejor ejercicio de la libertad de pensar y de opinar y que esta actividad se desarrolla por profesionales para lograr el mejor manejo de los medios de que se sirve y para la formación ética de quienes a través de su desempeño crean, conjuntamente, posibilidades de progreso o arriesgan la comisión de daños incalculables a la colectividad. Señala también que como conclusión lógica de la naturaleza de la profesión periodística se debe reconocer el derecho a publicar lo que se le informa pero también el que no esté obligado a informar aquello respecto de lo cual expresamente hubiera aceptado guardar silencio. En consecuencia, se debe reconocer al periodista el derecho y el deber de guardar el secreto de sus fuentes de información, aún ante requerimiento judicial⁴

De todo lo anterior, no cabe duda que la labor periodística cumple una función vital para el pensamiento y consecuente actuar de cada individuo, ya que si no está bien informado, si no conoce a cabalidad la realidad de los hechos sobre los cuales debe tomar decisiones y adoptar posturas, su vida entera puede tomar un rumbo distinto y perjudicial para él. La misma conclusión se puede aplicar al comportamiento de grupos de personas, de la sociedad y del país. Es en pos de este bien que la ley ha considerado posible guardar reserva sobre las fuentes de información de los periodistas.

b.- Historia de la Ley de Prensa

En la historia de la Ley de Prensa, el Ejecutivo dio un nuevo argumento a la necesidad de guardar reserva de las fuentes de información de los periodistas.

³ Ibid. pág. 296 y 207.

⁴ Ibid. págs. 314 y 315.

En efecto, en el Mensaje con que se inició la tramitación del proyecto de ley que dio lugar a la Ley de Prensa, el Ejecutivo estableció que “la plena vigencia de las libertades de opinión e información es requisito de la esencia de la democracia. La dignidad de la persona, piedra angular de su sistema de valores, el ejercicio de las competencias atribuidas al pueblo gobernado por el poder constituido, y el control por éste de los diversos órganos delegatarios de su soberanía, sólo son posibles merced a la garantía efectiva del ejercicio de dichas libertades” y que corresponde al legislador, en cumplimiento de su misión de servicio de la persona humana y de respeto y promoción de sus derechos esenciales, “mejorar el estatuto de tales libertades, cada vez que el perfeccionamiento del Estado de Derecho Democrático así se lo demande”.

Agrega el Ejecutivo que el derecho del pueblo gobernado a la información, sin la cual el ejercicio de sus competencias sería simplemente ilusorio, les induce al “reconocimiento sin reservas de la función pública, que cumple la prensa en el concierto democrático”.

En consecuencia, el Ejecutivo fundó la necesidad de contemplar el secreto profesional para el periodista en que éste constituye un requisito esencial del Estado Democrático de Derecho; en la función pública que cumple la prensa en el concierto democrático; y, al igual que el autor Silva Bascañán, en el hecho que llegar a conocer la verdad es la base para la formación del pensamiento de toda persona y la actuación consecuente que de él derive. Es decir, es la información el medio ineludible para que todo individuo pueda conocer la verdad que va a ser percibida por su inteligencia y que va a determinar su actuar, el que sin duda va a determinar su vida y el desarrollo de toda la sociedad.

4.- Conclusiones

Como conclusión de todo lo anteriormente expresado, se puede señalar que el secreto profesional no se concede a los periodistas sólo para garantizar la libertad de opinión y de información consagrada en la Carta Fundamental. La reserva se otorgó para proteger bienes jurídicos superiores, como son el Estado de Derecho, la función pública de la prensa en democracia y el otorgamiento a cada individuo y a la sociedad de herramientas suficientes como para conocer, pensar, tomar decisiones y adoptar posturas en base a hechos lo más reales posibles.

Distinto es el caso del secreto profesional de las fuentes que se quiere otorgar a los creadores de obras audiovisuales que, como señala el Ejecutivo en el correspondiente proyecto de ley en el Mensaje y ante la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología del Senado, busca garantizar la libertad para la creación y difusión de las artes, consagrada en el artículo 19 No. 25 de la Constitución, no entorpecer el ejercicio de la libertad artística y remover todo obstáculo que pudiera afectar esta libertad. No hay bien jurídico superior a éste involucrado.

Pretender justificar la reserva de las fuentes de obras audiovisuales con argumentos como que el arte es fundamental para el desarrollo espiritual de las

personas, tampoco es posible. En efecto, si bien ello puede ser efectivo, el bien jurídico perseguido en este caso no tiene relación con los bienes jurídicos protegidos con el secreto profesional otorgado a los periodistas, que como ya se señaló son el Estado Democrático de Derecho y la posibilidad de que un individuo y la sociedad entera puedan actuar en base a la realidad de los hechos y no a meras fantasías. Sin duda, hay categorías de derechos protegidos y garantizados por la Constitución y algunas categorías son muy superiores en importancia a otras. En consecuencia, dar un trato diferente a categorías diferentes no constituye una discriminación arbitraria sino, por el contrario, una necesidad para dar a cada derecho la protección que realmente corresponde. Lo que podría constituir una discriminación arbitraria sería justamente lo contrario, es decir, dar igual trato a derechos que se encuentran en categorías muy distintas.

En este sentido, si se justificare la reserva de las fuentes de las obras audiovisuales, cabe preguntar ¿cuál sería la razón para dejar fuera de esta reserva a las fuentes de las obras literarias y de las obras teatrales, entre otras creaciones artísticas? Se estima que en este caso sí se estaría incurriendo en una discriminación arbitraria que haría que todo el proyecto de ley sea inconstitucional.

Por otra parte, si bien las obras audiovisuales, como obras artísticas, pueden influir en la vida de algunas personas determinadas y fomentar su desarrollo espiritual, el conocimiento de éstas no constituye un elemento esencial, ni menos objetivo, para alcanzar dicho desarrollo, como lo es el secreto profesional del periodista para determinar el actuar de las personas o para proteger el Estado de Derecho. En efecto, gran parte de las obras audiovisuales pueden constituir un mero pasatiempo, el que será más o menos agradable según la calidad de la misma y los gustos de la persona que la ve. En conformidad a esto último, no siempre es claro que constituyan una herramienta para el desarrollo espiritual de las personas ni tampoco se conoce algún otro bien jurídico que pudiera quedar protegido con este secreto profesional que sea de la envergadura del que se otorga a los periodistas.

Se estima, por último, que el uso de este secreto profesional puede causar graves perjuicios a las personas y a la sociedad, ya que sería posible incluso inventar fuentes para incluir en una determinada obra audiovisual lo que se desea incluir. Si bien el proyecto hace personalmente responsable al director o demás personas involucradas en su creación, se estima que la posibilidad de reparación del daño es muy menor a la que existe en la Ley de Prensa, ya que ésta exige que la reparación se publique en el mismo medio de prensa y con las mismas características que la noticia gravosa. Difícilmente se podrá obligar al productor a crear una nueva obra audiovisual que repare el daño causado con la obra anterior.