

**INFORME DE LA COMISIÓN DE
CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN,
JUSTICIA Y REGLAMENTO,** recaído en la
consulta que le formulara la Sala respecto
del proyecto de ley, en segundo trámite
constitucional, que regula el secreto
profesional en las obras audiovisuales.

BOLETÍN Nº 5.987-04

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informaros respecto del proyecto de ley de la referencia, iniciado en un mensaje de Su Excelencia la señora Presidenta de la República a la Cámara de Diputados.

Se dio cuenta del oficio de la Cámara de Diputados ante la Sala del Senado en sesión 60ª, ordinaria, de 14 de octubre de 2008. En esa oportunidad el proyecto se envió para su discusión a la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología. Esa Comisión despachó su informe el día 8 de enero de 2009, del que se dio cuenta en la Sala del Senado en sesión se fecha 13 de enero de 2009, y fue discutido en la sesión de 31 de marzo de 2009.

El proyecto, según señala la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, no contiene normas de quórum especial.

A las sesiones en que se estudió la materia concurrieron, por el Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes, la Ministra Presidenta, señora Paulina Urrutia, el Subsecretario, señor Eduardo Muñoz, y el Asesor Jurídico, señor Daniel Álvarez. De la Biblioteca del Congreso Nacional, los asesores señoras Alejandra Voight y Christine Widenslaufer y señor Juan Pablo Cavada.

- - -

IDEA MATRIZ

Mantener la reserva de la fuente informativa y de los materiales que permitan identificarla, al consagrar que los productores, directores y realizadores de obras audiovisuales, así como las personas que por su oficio o actividad hayan debido estar necesariamente presentes en el momento de haberse recibido la información, no pueden ser obligados a revelar su fuente, ni aún por orden judicial.

- - -

DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

El proyecto comprende un artículo único que introduce un nuevo Capítulo IV en la ley N° 19.981, sobre Fomento Audiovisual.

Este nuevo Capítulo consta de un solo artículo (14) que establece que los productores, directores y realizadores de obras audiovisuales, nacionales o extranjeros que ejerzan su actividad profesional en Chile, que estén inscritos en un registro público regulado por reglamento y administrado por el Consejo Nacional de la Cultura, tendrán derecho a mantener la reserva sobre las fuentes utilizadas en su obra. Dicha reserva se extiende a las personas que por su oficio o actividad hayan debido estar necesariamente presentes al momento de recibirse la información.

- - -

OBJETO DEL INFORME

En la sesión de la Sala del Senado de 31 de marzo de 2009, diversos señores Senadores plantearon dudas sobre el fondo del proyecto, observando la conveniencia de la idea matriz, teniendo a la vista normas recientemente aprobadas que, en sentido inverso, extienden la jurisdicción y establecen medios que facilitan la persecución criminal, como la ley antidrogas, la de pedofilia y la de lavado de dinero.

Como consecuencia de lo anterior, el Honorable Senador señor Prokuriça solicitó, en conformidad a lo dispuesto en el número 7) del artículo 131 del Reglamento del Senado, que el proyecto pasara a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento para que esta emita un informe en relación a los diferentes aspectos de orden constitucional que se encuentran insertos en esta iniciativa de ley. Votaron a favor de mandar el proyecto a la Comisión de Constitución para nuevo primer informe los Honorables Senadores señora Evelyn Matthei Fornet y señores Andrés Allamand Zabala, Jorge Arancibia Reyes, Andrés Chadwick Piñera, Alberto Espina Otero, Antonio Horvath Kiss, Carlos Ignacio Kuschel Silva, Pablo Longueira Montes, Jovino Novoa Vásquez, Jaime Orpis Bouchon, Víctor Pérez Varela, Baldo Prokuriça Prokuriça, Hosain Sabag Castillo y Guillermo Vásquez Úbeda. Votaron en contra los Honorables Senadores señores Jaime Gazmuri Mujica, Jaime Naranjo Ortiz, Alejandro Navarro Brain y Ricardo Núñez Muñoz. Se abstuvo el Honorable Senador señor Jorge Pizarro Soto.

- - -

DISCUSIÓN

La Comisión, a fin de abordar el estudio del problema, solicitó informes sobre el proyecto a la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, a la Asociación Nacional de la Prensa y, además, recibieron de los analistas de la Biblioteca del Congreso Nacional una presentación sobre la reserva de las fuentes en el derecho comparado.

Al emitir su informe, la **Fiscalía Nacional del Ministerio Público** advierte que sólo comenta los efectos que la norma propuesta puede generar, expresando que, en los términos en que se encuentra redactada, puede ser nociva para la investigación y persecución penal, especialmente en delitos que la sociedad considera graves o gravísimos.

Sus críticas las divide en dos ámbitos.

a) En lo que dice relación con la excesiva amplitud de la excepción (reserva de la fuente), recuerda que cuando se incorporan normas sobre reserva de las fuentes de información sus destinatarios se encuentran estrictamente acotados, por ejemplo, a una determinada profesión u oficio en particular (abogados, periodistas, sacerdotes, etc.), criterio de excepcionalidad o especificidad que no contempla la disposición propuesta, siendo sumamente amplio el criterio delimitador para su aplicación, pudiendo operar a favor de cualquier persona que se inscriba en un registro.

Sobre el punto, el Ministerio Público hace presente su preocupación, debido a que actualmente casi todas las personas tienen a su disposición los medios técnicos que permiten producir material audiovisual, sea mediante teléfonos celulares con cámara de video incorporada, o por cámaras fotográficas digitales que permiten filmar videos.

Agrega que en las investigaciones criminales es posible advertir claramente la forma como se utilizan estos medios técnicos. En tal sentido, agrega, en investigaciones de tráfico ilícito de drogas se ha establecido como determinados grupos delictivos graban la manera en que debe ser escondida la droga, en diversos objetos, y realizan videos para enseñar como elaborar algunas drogas, señalando los precursores que pueden ser utilizados y la cantidad para realizar la mezcla.

De igual forma, en investigaciones de determinados delitos sexuales, como la pornografía infantil o en los casos de "grooming", existe material audiovisual respecto del cual resulta esencial conocer a los partícipes en dichos actos, tanto a nivel de producción como de actuación.

El Ministerio Público expresa que, en investigaciones sobre bandas dedicadas a cometer robos de especies de gran valor, se ha observado que en forma previa se filman los blancos y

objetos que serán robados, y que también las investigaciones han detectado que grupos neo-nazis filman algunas de sus actividades, como las barridas, en que agreden a personas de tendencias diferentes.

Señala que estas técnicas también se observan en casos referidos a conductas terroristas, en que resulta común el encontrar filmaciones que explican la forma y procedimientos necesarios para construir bombas, fabricar armas de fuego, o planificar un atentado.

Estos ejemplos, indica, explican que no estimen aconsejable el establecer una norma tan amplia como la propuesta, en que no se distingue claramente el sujeto beneficiario del secreto profesional, salvo por el hecho de estar inscrito en un registro, lo que puede llevar a la que la norma se instrumentalizada para proteger actividades ilícitas graves, mediante la reserva de la fuente.

Manifiesta que si bien es interesante el planteamiento del representante de la Asociación de Documentalistas de Chile A.G., ante la Comisión de Educación, Cultura Ciencia y Tecnología, en cuanto a que “no todas las grabaciones constituyen una obra audiovisual, puesto que estas últimas tienen un valor agregado distinto a una secuencia continua de metalenguaje”, el problema de todas forma se produce porque la norma no distingue entre tipos de obras audiovisuales al momento de otorgarles protección, y la amplia conceptualización que hace la ley respecto de este tipo de obras, en el artículo 3° de la ley 19.981, sobre fomento audiovisual, que expresa: “a) Obra audiovisual: Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización, incorporadas, fijadas o grabadas en cualquier soporte, que éste 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;”.

b) Que no existen contrapesos claros respecto del derecho que se está concediendo.

Sobre el particular, el Ministerio Público hace presente que, en los fundamentos del proyecto, se indica que la norma que se propone introducir es similar a la del artículo 7° de la ley de prensa, pero que, desde su perspectiva, sólo se asemeja a ella, diferenciándose en aspectos como la falta de precisión de los sujetos beneficiados con ella.

Otra gran diferencia, agrega, es que el periodista se hace personalmente responsable de los delitos que pudiere cometer por la información difundida, lo que no ocurre con el realizador audiovisual por la difusión de su obra, lo cual podría llevar a que los periodistas les convenga inscribirse en el registro de realizadores audiovisuales, amparándose en la excepción que consagra, y que no trae aparejada ninguna responsabilidad.

Por las razones antes expuestas, el Ministerio Público señala que no comparte ni encuentra adecuada la norma propuesta,

valorando la posibilidad de participar en la discusión legislativa respecto de sus alcances, que puede afectar el trabajo de dicha Institución.

Por su parte, **la Asociación Nacional de la Prensa**, al remitir su opinión sobre la iniciativa, indica que ella amplía las normas de protección a la libertad de información y de reserva de las fuentes, establecidas por la ley N° 19.773, a quienes no son periodistas ni ejercen funciones que digan relación con la difusión de información.

Expresa que, para justificar tal medida, se recurre a argumentos apoyados en la Constitución y tratados internacionales, expresando que la libertad de crear y difundir las artes se encuentra consagrada en la Carta Fundamental, al igual que el deber del Estado de apoyarla y promoverla, y que la obra audiovisual necesita, para su creación o difusión, de la libertad artística que, aparentemente, sólo puede ser garantizada por el secreto profesional.

Señala que el mecanismo propuesto por la iniciativa consistiría en extender a los artistas audiovisuales el secreto profesional que el artículo 7° de la ley N° 19.733, Ley de Prensa, (sobre libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo) reconoce a los periodistas.

Agrega que el cuerpo legal antes citado determinó quiénes son periodistas y a ellos, a los directores y editores de medios de comunicación social, y a los corresponsales extranjeros que ejercieran sus actividades en Chile, se les reconoció el derecho de mantener reserva de su fuente informativa, consagrando esta forma especial de secreto profesional en beneficio de personas que tienen como actividad propia la de buscar y difundir información.

Señala que el número 12 del artículo 19° de la Constitución Política garantiza la libertad de emitir opinión y la de informar para toda persona, y que en su regulación legal se estableció que en la realización de un trabajo informativo sólo algunos pueden protegerse con la reserva de las fuentes, -en cuya virtud no pueden ser obligados a revelarlas ni aún judicialmente-, sin que adviertan cuál es la lógica del raciocinio según el cual los realizadores audiovisuales deban estar protegidos por un mecanismo análogo.

Indica que en la iniciativa no se explicita en que forma puede ser entorpecido el trabajo de tales creadores si no cuentan con reserva de las fuentes, a menos que se acepte que cumplen una función similar a la de los periodistas, y más que una labor artística realicen una investigación basada en fuentes reales, al igual que cualquier reportaje de televisión.

Reitera la Asociación su opinión en el sentido que la reserva de las fuentes es una institución excepcionalísima que protege y facilita la labor periodística, actividad que normalmente debe realizarse con

una celeridad tal que impide investigar completamente una materia sobre la cual se cuenta con retazos de información.

Hace presente que, durante el trámite del proyecto, al quedar de manifiesto que el concepto de realizador de obras audiovisuales o documentalista era excesivamente amplio el Ejecutivo busco limitarlo, para lo cual presentó una nueva redacción de la disposición que les obliga a inscribirse en un registro público, a cargo del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, determinando que sólo los inscritos tendrán derecho a mantener la reserva de las fuentes.

Señala que el proyecto se inició en defensa de la libertad artística, pero que en su actual estado se ha llegado a que cualquier productor audiovisual, incluso el de piezas publicitarias, queda amparado por el derecho a la reserva de las fuentes, desvirtuando completamente una institución específica de la profesión periodística, sin que se haya dado una explicación coherente y razonable para tal iniciativa.

Por su parte, a solicitud de vuestra Comisión, los asesores de **la Biblioteca del Congreso Nacional** realizaron un estudio sobre el secreto profesional de los creadores audiovisuales en el derecho comparado.

En su presentación se indica que sobre el secreto profesional aplicado específicamente sobre los creadores audiovisuales, fuera del ámbito periodístico, no se ha encontrado información en casi ningún país, excepto en el caso de España.

Sobre el particular, expresa que el artículo 20 de la Carta Fundamental española contempla el secreto profesional, en relación al ejercicio de la libertad de expresión, delegando en el legislador su regulación.¹

Agrega que la ley de prensa de 1966 (ley 14/1966) no se refiere al secreto profesional, y ni siquiera define que ha de entenderse por periodista.

Sin perjuicio de ello, señala, en España existe un proyecto de ley que otorgaría excepcionalmente para la Radio y Televisión Estatales Españolas un régimen legal particular en torno al Secreto Profesional para los creadores audiovisuales, que admitiría excepciones ante órdenes judiciales.²

¹ Constitución española. Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos:

a. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 b. A la producción y creación literaria, artística, científica, y técnica.
 c. A la libertad de cátedra.
 d. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

² En el citado informe se expresa:

El informe expresa que en los países consultados, Argentina, Brasil, Costa Rica, México, Panamá y Perú, existe secreto profesional restringido a la actividad periodística.

Sin perjuicio de lo anterior, informa sobre la regulación del secreto profesional en España, Estados Unidos de Norteamérica y Bélgica.

1.- España: El secreto de las fuentes de la información periodística o “cláusula de conciencia” está presente en el artículo 20 Nº 1 letra d) de la Constitución Española, que establece el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, e indica que la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y el secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

Esa ley es la ley de prensa de 1966, cuyo artículo 33 reenvía la regulación de la actividad periodística a un decreto. Por su parte, el artículo 199 del Código Penal Español sanciona al profesional que incumpla su obligación legal de sigilo o reserva, obligación en la que se hayan los periodistas en virtud de la cláusula de conciencia.

“Artículo 10. Las libertades de expresión e información, que el artículo 20 de la Constitución Española reconoce a todos, se concretan para los profesionales de la información audiovisual en un conjunto de derechos específicos dirigidos a garantizar su independencia al servicio del derecho del público a ser informado. En el ámbito de la Corporación RTVER, estos derechos comprenden:

- a. La libre expresión e información en el marco de los principios editoriales establecidos en la Ley de Radio y la Televisión de titularidad estatal.
- b. La cláusula de conciencia.
- c. El secreto profesional.
- d. La libertad de creación.
- e. El derecho a participar en el proceso de rectificación.
- f. El derecho a participar en los Consejos de Informativos.
- g. El derecho a desarrollar una carrera profesional, sin perjuicio de lo establecido por la normativa laboral vigente en cada momento.

Art. 19. Los profesionales de la información audiovisual están obligados a mantener en secreto la identidad de las fuentes que hayan facilitado informaciones bajo condición, expresa o tácita, de reserva. Dicha obligación también alcanza a otros profesionales de los servicios informativos que hayan conocido la identidad de esas fuentes en el ejercicio de sus funciones.

Art. 20. El secreto profesional ampara el derecho a no revelar estas fuentes ante los requerimientos de la dirección o de cualquier particular o poder público, **salvo en caso de resolución judicial motivada.**

Art. 22. El derecho al secreto profesional ampara igualmente la confidencialidad de los materiales de trabajo. La Dirección de las empresas de la Corporación RTVE no permitirá, **excepto si así lo ordena la autoridad judicial**, el registro del lugar de trabajo de los profesionales y los archivos, la cesión de materiales informativos ni la interceptación de cualquier tipo de comunicaciones y sus soportes, si con esas actuaciones se puede poner en peligro la confidencialidad de las fuentes.

Art. 23. La Dirección de la Corporación RTVE guardará reserva sobre la autoría de las informaciones y materiales informativos difundidos sin firma. **Esta reserva se podrá levantar si estas informaciones o materiales si así lo requiera la autoridad judicial.** En todo caso, el profesional afectado habrá de ser informado del levantamiento del secreto.”.

En la actualidad está en trámite un estatuto de información de la Corporación de Servicio Público de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal (RTVE), cuyo artículo 19 establece que "...los profesionales de la información audiovisual que laboren para ese medio están obligados a mantener en secreto la identidad de las fuentes que hayan facilitado bajo condición, expresa o tácita, de reserva.". El concepto de "profesionales audiovisuales" es , a juicio de la Biblioteca, suficientemente amplio como para parangonarlo con la noción de creador audiovisual que plantea el proyecto sobre el Secreto de las Obras Audiovisuales, pero teniendo siempre presente que está referido únicamente al personal que labora en RTVE.

Con todo, hace presente que el artículo 20 de ese proyecto prescribe que la obligación de secreto profesional no opera en caso de resolución judicial.

2.-Estados Unidos de Norteamérica: el "privilegio del periodista" o derecho a negarse a testificar en juicio está regulado de forma distinta en los distintos Estados de la Federación, con diferentes coberturas, que de alguna manera tienden a fortalecer el derecho establecido en la Primera Enmienda³. Con todo, a nivel federal, la Corte Suprema de Estados Unidos ha establecido un límite al privilegio del periodista en el caso *Branzburg vs Hayes*, que perentoriamente indica que la Primera Enmienda no protege a un periodista que haya sido testigo de actividad delictiva de revelar su información ante un gran jurado.

3.-Bélgica: Destaca el caso belga porque en ese país no existió ley de protección de las fuentes periodísticas hasta el año 2005, legislación que fue promovida por la condena a esa nación hecha por la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Ernst v. Bélgica*.

La ley en cuestión asegura la protección de las fuentes a todo aquél que contribuye directamente en la recopilación, edición, producción o distribución de información para el público a través de un medio de comunicación. Este derecho ampara a los periodistas para negarse a entregar la información que tengan, con ocasión de las actividades antes señaladas, cuando esa información implique revelar la identidad de la fuente, pero ese derecho cede cuando la información se relaciona con la persecución o prevención de delitos que constituyen grave amenaza a la integridad física de una o más personas, es requerida por vía judicial, y no puede ser obtenida de otra manera.

En conclusión, el informe señala que el sistema de secreto de las fuentes que el proyecto plantea, aplicado específicamente

³ "El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión o prohibiendo el libre ejercicio de dichas actividades; o que coarte la libertad de expresión o de la prensa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al gobierno la reparación de agravios."

sobre la actividad de los creadores audiovisuales y fuera del ámbito periodístico, no ha sido detectado aún en ningún país.

- - -

La Ministra Presidenta del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, señora Paulina Urrutia, reiteró los fundamentos hechos presentes durante el estudio de la iniciativa en la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología. Explicó que el proyecto introduce una modificación en la ley que crea el Consejo del Arte y la Industria Audiovisual, que entre sus finalidades principales considera la promoción y difusión de la creación audiovisual en nuestro país.

Agregó que la iniciativa busca profundizar dicha legislación, la que, sin perjuicio de reconocer un conjunto de derechos y libertades fundamentales a los creadores de obras audiovisuales, no regula expresamente el secreto profesional y el consecuente derecho de reserva de las fuentes de productores, directores y realizadores audiovisuales, afectando, por esa simple omisión, el proceso creativo de este sector.

Señaló que la libertad de creación artística está reconocida en el artículo 19, Nº 25, de la Constitución, y que constituye una forma particular de ejercer la libertad de expresión, también garantizada constitucionalmente, al asegurar a toda persona la libertad de crear y difundir las artes.

Indicó que la referida libertad de creación y difusión de las obras audiovisuales conlleva también deberes correlativos, dentro de los cuales están los deberes del Estado, que conforme a nuestra Carta fundamental está al Servicio de la persona humana, y que el acceder al arte, siendo un elemento relevante para el desarrollo espiritual de las personas, exige el cumplimiento del deber general del Estado de promover tanto la creación del arte como su difusión.

Manifestó que el proyecto regula el derecho a la reserva de las fuentes utilizadas en el proceso de creación de una obra audiovisual, las que entiende como creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonido, incorporadas, fijadas o grabadas en cualquier soporte, destinadas a ser mostradas a través de los medios de difusión de la imagen y del sonido.

Expresó que en tales obras no sólo es relevante la creación sino que también su difusión, para lo cual estimó fundamental el que los productores, directores y realizadores, y ciertas personas relacionadas, puedan ejercer el derecho de reserva de las fuentes, porque si cualquier autoridad u organismo del Estado puede exigir la revelación de las fuentes tenidas en consideración para crear o difundir una obra audiovisual, la libertad artística en este ámbito queda completamente desfigurada y se le quita su componente esencial, poniendo en riesgo la disposición a proporcionar información que pueda servir de base para una obra

audiovisual. Expresó que no se desea innovar sino que hacer aplicable la regulación del derecho de reserva de las fuentes de los periodistas a los productores, directores y realizadores audiovisuales.

Señaló que, atendiendo las observaciones planteadas en la Comisión de Educación, el Ejecutivo manifestó su acuerdo en la creación de un registro público de productores, directores y realizadores audiovisuales profesionales, entendiendo el concepto de profesionalidad en un sentido amplio, como el de una persona que practica habitualmente una actividad; como el empleo, facultad u oficio que alguien ejerce por el que se recibe una retribución.

Denotó que no se trata de cualquier persona que utilizando una herramienta audiovisual registre o grabe un conjunto de imágenes sincronizadas o con sonido, pues eso no lo transforma automáticamente en creador audiovisual en los términos en que lo define la ley.

Estimó que la opinión del Ministerio Público incurre en una importante confusión, al no diferencia una obra audiovisual con un registro audiovisual. La obra audiovisual, señaló, está definida por el artículo 3º de la ley N° 19.981, de Fomento Audiovisual, como “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 de cualquier otro medio de comunicación o difusión de la imagen y del sonido, se comercialice o no.”, por lo que el objeto de protección del proyecto no considera los registros casuales sino las obras que contienen algún nivel de elaboración artística.

Además, continuó expresando, el que una persona haya utilizado herramientas audiovisuales durante la comisión de un delito, como los que señala el Ministerio Público, no lo habilita para acogerse a los beneficios de la norma, establecida para beneficiarios claramente estipulados.

Señaló que el proyecto no protege al autor de cualquier tipo de obra audiovisual sino sólo al que integre un registro público de productores, directores y realizadores audiovisuales profesionales, a cargo del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, en el cuál deberán inscribirse previamente aquellas personas que requieran ampararse bajo el derecho de reserva de las fuentes. El proyecto agrega, además, que las personas que integran este registro y que hacen uso del derecho a la reserva quedan personalmente responsables por los delitos que pudieren cometer con la divulgación de la obra respectiva, además de las responsabilidades civiles y penales comunes.

El Honorable Senador señor Vásquez indicó que fue uno de los Senadores que solicitó que este proyecto fuera estudiado por la Comisión de Constitución, por los efectos que una disposición como la

propuesta puede tener en la responsabilidad penal de los sujetos considerados en ella.

Observó que una correcta lectura del artículo arroja que el creador será sancionado por el ilícito que cometa al difundir la obra, pero no se indica que al reservar la fuente será responsable de los delitos que se cometan al momento en que está grabando, pues impetrando el derecho a reserva, por ejemplo, puede ser que el creador realice un reportaje sobre la pedofilia y sostenga que está una obra audiovisual o un informativo sobre la forma como cometen sus delitos los pedófilos, y bastaría con que la persona que los registra los integre posteriormente a una obra audiovisual para negarse a entregar los antecedentes necesarios para la captura de los pedófilos.

Señaló que la redacción del artículo se refiere a la responsabilidad penal personal por la difusión de la obra, y no a la responsabilidad penal en que se incurre por la participación como autor, cómplice o encubridor del ilícito filmado, y que la figura propuesta resulta útil, o puede terminar siendo útil, para realizar apología de la violencia, de la pornografía infantil, o de la pedofilia, sin que sea posible investigarlo pese a que existan imágenes, porque la figura contenida en la iniciativa está mal concebida.

La segunda objeción, manifestó, es de índole constitucional, porque el derecho a reserva sobre las fuentes sólo pueden impetrarlo los creadores que integran un registro público, lo que presenta un problema práctico. La mayoría de las personas que laboren en la industria audiovisual tendrán que ingresar a este registro, para lograr el amparo que el proyecto ofrece, de forma tal que, la adscripción al registro, podría terminar siendo una limitación a la libertad de trabajo, cuya fórmula de garantía constitucional prohíbe exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo. Desde otro punto de vista, podría vulnerar los derechos constitucionalmente garantizados de igualdad ante la ley, de libertad económica y de libre asociación, ya que los realizadores audiovisuales tendrían diferente régimen legal según se inscriban o no en tal Registro, lo que pareciera infringir las referidas garantías constitucionales.

Su Señoría agregó que el secreto del médico, del confesor y del abogado, establecido en el artículo 303 del Código Procesal Penal⁴, se refiere a la regulación del ejercicio de profesiones de carácter universitario que confieren una obligación legal de guardar el secreto que se les hubiere confiado. Este secreto, señaló, está establecido en razón de la

⁴ Artículo 303.- Facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto. Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto. Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado.

función especial que estos profesionales cumplen, porque si el paciente no tiene la suficiente confianza en el médico no podrá proporcionarle la información necesaria para su tratamiento, o si el cliente no tiene la confianza suficiente en el abogado no podrá brindarle los antecedentes necesarios para su defensa, interés privilegiado que cede cuando hay un interés público contrapuesto comprometido. Así, por ejemplo, indicó, la obligación del médico cesa cuando se trata de enfermedades infecciosas⁵, pues de acuerdo al Código Sanitario, en algunos casos no sólo no debe guardar el secreto, sino que está obligado a rebelarlo. De igual manera, agregó, el Código de Ética de los Abogados considera situaciones ante la cual el abogado queda liberado de su deber de reserva.

Expresó que en materia de secreto nuestra legislación prefiere el interés social, y que en la reciente ley que creo la Unidad de Análisis Financiero se permite, con autorización judicial, el levantamiento del deber de reserva o secreto.

Manifestó que ninguna de estas condiciones se cumple en el proyecto, porque de acuerdo a sus disposiciones el creador audiovisual no requiere poseer ningún título profesional que requiera guardar el secreto que se le haya conferido, ni queda exceptuado del secreto en caso que el afecte intereses colectivos o sea requerido judicialmente, todo lo cual le lleva a estimar inaceptable la norma propuesta.

El asesor jurídico de la Ministra Presidente del Consejo, señor Daniel Álvarez, manifestó que es necesario distinguir las situaciones, y que si el autor de la obra audiovisual cometió un delito por el hecho de registrar y producir imágenes y sonidos, como es el caso del que hace un video de pornografía infantil, es responsable directamente por el delito y será sancionado por ello, independientemente de cualquier norma que establezca el secreto de las fuentes.

El Honorable Senador señor Espina observó que una disposición legal como la contenida en el proyecto, excluye de toda responsabilidad al autor de una obra audiovisual cuando muestra como otros planean o ejecutan un delito, o a alguien que afirma tener los datos necesarios para ubicar al culpable de un delito cometido en el pasado, permitiendo que el autor de esa obra pueda, legalmente, impedir que la policía impida un delito, o que la justicia investigue para dar con el responsable de un delito.

El Honorable Senador señor Ominami manifestó que, en su opinión, de acogerse el criterio antes expresado sería necesario

⁵ Artículo 20, Código Sanitario: "Todo médico-cirujano que asista a persona que padezca de una enfermedad transmisible sujeta a declaración obligatoria, comunicará por escrito el diagnóstico cierto o probable a la autoridad sanitaria más próxima. Igual obligación afectará a toda persona que en su casa o establecimiento tuviere uno de dichos enfermos, si no hubiere sido éste atendido por un médico-cirujano; a los directores técnicos de las farmacias que despachen recetas destinadas al tratamiento de estas enfermedades y a quienes dirigen técnicamente los laboratorios clínicos que realicen los exámenes para su confirmación diagnóstica."

eliminar el actual secreto profesional que ampara el ejercicio de las funciones del periodista.

Indicó que la materia se discutió largamente en la década pasada en el Parlamento, optándose en definitiva por la libertad de expresión y de acceso a la información, permitiéndole a los periodistas mantener la reserva de sus fuentes siempre y cuando se cumplieran una serie de requisitos que estableció la propia ley, como son el que se trate de un profesional universitario acreditado y que trabaje para un medio de comunicación social, con una dirección editorial que pueda ser hecha responsable. Además, se establecieron normas especiales respecto del delito de injurias y el de calumnias hechas con publicidad.

Agregó que la actual discusión tiene que ver exclusivamente con la posibilidad de ampliar este secreto de las fuentes, establecido en la legislación nacional para los periodistas, a los creadores audiovisuales, con resguardos que eviten el abuso o mala utilización, como sería el hecho de exigir la inscripción en el registro público que se crea al efecto.

El Honorable Senador señor Espina indicó que hay sustanciales diferencias entre la regulación legal a que se encuentra sometido el ejercicio del periodismo, y la situación que se propone para los creadores audiovisuales, en materia de reserva de fuentes.

La primera de ellas, expresó, es que sólo pueden considerarse periodistas los que tiene una formación universitaria reconocida por el Estado, sin que exista en el proyecto un requisito semejante respecto a los creadores audiovisuales, bastando que ejerzan tal actividad para resultar beneficiados con un régimen especial. La segunda diferencia, indicó, es que sólo tienen derecho a la reserva de su fuente los periodistas cuando laboran en un medio establecido, con una dirección editorial responsable, requisito que no es extensivo en este proyecto a los creadores audiovisuales, quienes podrían impetrar el derecho a la reserva de las fuentes sin que tras ellos exista una institución identificable. Y en tercer lugar, manifestó, el derecho a reserva que plantea el proyecto sólo procede respecto de los creadores audiovisuales que integran un registro, lo que, como ya explicó el Honorable Senador señor Vásquez, tiene claros visos de inconstitucionalidad.

Agregó Su Señoría que la opinión del Ministerio Público da cuenta de actividades en que parte de la cadena delictiva es, justamente, el registro audiovisual. Así, por ejemplo, indicó, existen organizaciones dedicadas a perpetrar delitos con fuerza en las cosas que filman los posibles blancos para poder, después, elegir el que presente menores dificultades técnicas. También hay grupos de narcotraficantes que filman la entrega de la droga y el pago, para probar a sus proveedores el cumplimiento de sus acuerdos, e incluso quienes filman sus procedimientos como una forma de marketing a sus proveedores.

Reiteró que si las personas que realizan estas actividades preparatorias, o derechamente ilícitas, se incorporan al registro que el proyecto plantea, se tornaría imposible el requerimiento judicial para que proporcione toda la información con que cuenta para una investigación criminal.

Por último, manifestó coincidir con las prevenciones de constitucionalidad hechas presentes, en el sentido que la Carta Fundamental expresamente indica que ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar alguna actividad o trabajo, pese a lo cual el proyecto, en el fondo, establece que para que el creador audiovisual trabaje amparado por esta ley debe incorporarse en el registro que la norma crea.

La señora **Ministra Presidente del Consejo** manifestó que el proyecto puede ser perfeccionado, porque no es la idea tenida en vista en su formulación que por esta vía nuestro país se termine transformando en una especie de paraíso del delito. Agregó que el registro que establece el proyecto no debe entenderse, en ningún caso, como una afectación al derecho constitucional a la libertad de trabajo o al ejercicio de alguna actividad económica, porque las personas que quieran realizar obras audiovisuales y no integrarse al registro perfectamente pueden seguir haciendo su trabajo, y sólo si quieren acceder al beneficio de reserva de las fuentes deben inscribirse en el registro, que es la forma mediante la cual se le da seriedad a dicha reserva, precisamente para impedir que ocurra lo que el Honorable Senador señor Espina advierte como posible.

Agregó que extender la actividad habitual de los creadores sólo para los con estudios universitarios, cómo lo hace la ley de prensa para dar lugar a la reserva de las fuentes, es un error, porque a diferencia del periodismo, la formación de la capacidad artística no es algo que requiera, necesariamente, pasar por una universidad, y grandes exponentes del arte nacional, como la premio nacional Delfina Guzmán, no estudiaron en la universidad.

Finalizó señalando que no hay que dejar de lado la prerrogativa constitucional que establece el artículo 19, número 25 de la Constitución Política de la República, que asegura a todos los ciudadanos la libertad de crear y difundir las artes, libertad que está menoscabada en la actualidad por la posibilidad jurídica de requerir coactivamente al creador audiovisual las fuentes utilizadas en su obra.

El **Honorable Senador señor Espina** acotó que hay un rol de los creadores audiovisuales que dice relación con ser rupturistas con la cultura vigente, mostrar las opiniones minoritarias o las posturas que tengan pocos adeptos. Esta actividad es importante, porque permite el desarrollo de la sociedad, y debe ser protegida por algún medio que impida que ese creador pueda verse obligado a informar los pormenores del proceso creativo a quién está en una posición conservadora y es contrario al mensaje que el creador pretende dar. Sin embargo, agregó, ello

no debe amparar la comisión de delitos ni ser un medio legal para entorpecer la investigación de los mismos, por lo que es necesario que se planteen alternativas al proyecto que salven estos graves inconvenientes.

- - -

ACUERDO

Teniendo a la vista los antecedentes antes reseñados y las distintas opiniones planteadas, **la unanimidad de los miembros presentes de vuestra Comisión, Honorables Senadores señora Alvear y señores Chadwick, Espina y Gómez** acordó, en cumplimiento del encargo encomendado, dar cuenta de ellos a la Sala, para que los Honorables Senadores cuenten con mayores antecedentes al momento de emitir su pronunciamiento sobre la presente iniciativa.

- - -

Acordado en sesiones celebradas los días 8 de abril y 17 de junio de 2009, con la asistencia de los Honorables Senadores señora Soledad Alvear Valenzuela y señores Alberto Espina Otero (Presidente), Andrés Chadwick Piñera, José Antonio Gómez Urrutia (Guillermo Vásquez Úbeda) y Carlos Ominami Pascual.

Sala de la Comisión, a 28 de julio de 2009.

JUAN PABLO DURÁN GONZÁLEZ
Secretario