

Los límites de la tolerancia: Libertad de expresión y debate público en Chile.

Desde el inicio de este decenio, al salir de un período de dictadura militar que duró diecisiete años, Chile se ha ganado la admiración internacional por su vitalidad económica. No obstante, un acuerdo tácito entre las autoridades actuales y los ex gobernantes militares del país, ensombrece esta situación esperanzadora. El hecho de que Chile no haya modificado sus leyes en conformidad con las normas internacionales sobre derechos humanos, además de mantener en vigencia leyes que contradicen dichas normas, debilita la consolidación de la democracia en el país.

Donde este problema se manifiesta quizás con mayor peso, es en torno a la libertad de expresión. Es posible que este derecho, tan fundamental para la democracia, se vea más vulnerado en Chile que en ningún otro país democrático del hemisferio occidental. Hoy, por ejemplo, políticos, periodistas y humoristas que han hecho o publicado observaciones estimadas injuriosas por funcionarios públicos, han sufrido detenciones y condenas por atentar contra el orden público. Y civiles que han criticado a las fuerzas armadas, han debido responder ante un tribunal militar a cargos de sedición. Las cortes de apelaciones prohíben libros y artículos para proteger la honra de quienes figuran en ellos; y la Constitución Política contempla expresamente la censura del cine, mientras que la autocensura está muy extendida en la televisión.

Este libro, analiza las limitaciones que rodean el debate público en Chile y busca sus raíces en la historia reciente del país y los fundamentos que las sustentan hoy. Aquí se culpa, en parte, a las leyes restrictivas y a los jueces que no resguardan la libertad de expresión; pero la crítica más áspera se reserva para los dirigentes políticos de Chile, quienes han esquivado su responsabilidad de hacer frente a este legado esencialmente antidemocrático.

HUMAN RIGHTS WATCH

LOS LÍMITES DE LA TOLERANCIA: Libertad de expresión y debate público en Chile

LOM Ediciones

HUMAN RIGHTS WATCH

# Los límites de la tolerancia. Libertad de expresión y debate público en Chile

LOM

COLECCIÓN NUEVO PERIODISMO



## Introducción

### I. LIBERTAD DE EXPRESION Y TRANSICION A LA DEMOCRACIA

Desde la década de los ochenta se ha dado en llamar transición a la democracia a los procesos de cambio político que apuntan a dejar atrás un pasado dictatorial, una situación de conflicto armado interno u otra forma de ruptura radical del orden político o de ausencia del Estado de derecho, y avanzar hacia la fundación o reconstrucción de un sistema democrático. Chile ha sido generalmente señalado como uno de los casos más dignos de estudio de transición hacia la democracia.

En Chile, distintas personalidades públicas sostienen puntos de vista divergentes -a veces sobre bases semánticas- sobre cuán avanzada estaría la transición a la democracia en el país o en qué momento cabría estimar que ha finalizado. Sin embargo, una amplia mayoría, incluyendo a muchos que dan la transición por concluida, creen que la democracia chilena puede y debe profundizarse, aunque difieran acerca de la extensión y oportunidad de los cambios que sería preciso introducir.

Mirado el país desde la perspectiva internacional, es claro que Chile vive bajo un régimen democrático y sujeto al estado de derecho, pero en diversos aspectos de sus leyes, instituciones y prácticas se encuentra por debajo de normas y estándares internacionales que se ha comprometido jurídicamente a respetar.

Uno de los campos en que se advierte esta deficiencia de modo más crítico es la vigencia y protección efectivas de la libertad de expresión. De hecho, en este informe se concluye que dicha libertad está sujeta a restricciones en un grado tal, que quizás no tenga equivalente entre las democracias occidentales.

No es posible ocultar la gravedad de esta situación. Como se señala en esta introducción, la libertad de expresión e información es la piedra angular de las libertades públicas y del sistema democrático. Por eso mismo, abogar por su cabal respeto y promoción en Chile —que es el propósito central de este informe— tiene un contenido a la vez sustantivo e instrumental. Sustantivo, porque es internacionalmente aceptado que la plenitud de la democracia no puede concebirse sin el correspondiente pleno goce de la libertad de expresión, en todas sus facetas. Instrumental, porque el creciente perfeccionamiento de la protección de esta libertad facilita el debate público sobre el mejoramiento de la democracia chilena en su conjunto.

Este informe concluye que en las leyes, la cultura política y la tradición judicial chilenas ha prevalecido una tendencia autoritaria, cuando se trata de balancear la libertad de expresión y las restricciones que pueden afectarla. Dicha tendencia tiene raíces históricas que anteceden con mucho al gobierno militar del período 1973-1990, aunque el legado de ese régimen contribuyó a exacerbarlas. También demuestra este informe que la justicia chilena no ha tomado en cuenta debidamente las normas internacionales sobre derechos humanos que han sido incorporadas, con una jerarquía especial, a la legislación interna, luego que Chile ratificara las respectivas convenciones internacionales.

Por estas razones, conviene reseñar la gestación y contenido del consenso internacional que actualmente existe sobre los alcances de la libertad de expresión, así como sobre su particularísima relevancia para el sistema democrático.

## II. LA LIBERTAD DE EXPRESION Y SU VINCULO CON LAS IDEAS DE DEMOCRACIA Y DE DERECHOS HUMANOS.

En los tiempos modernos dos han sido los períodos históricos de intenso desarrollo conceptual y valoración ética de la libertad de expresión. El primero se remonta a más de dos siglos atrás y estuvo asociado con los albores del pensamiento moderno sobre el régimen democrático y con las revoluciones que buscaban instaurarlo en Europa y las Américas. El segundo se inicia un siglo y medio más tarde y está vinculado a la emergencia de un sistema de protección internacional de los derechos humanos.

En años recientes, a partir del término de la Guerra Fría y de los procesos de transición a la democracia, se ha dado un renovado interés por la libertad de expresión, el cual se nutre tanto del legado de pensamiento libertario como de las normas y conceptos de derechos humanos.

Es útil hacer un breve recuento histórico de este legado dual que sirve de marco al activismo actual en pro de la libertad de expresión.

Aun cuando hay antecedentes más remotos, la libertad de expresión, tal como hoy se la conoce, tiene sus raíces en los tiempos de la Ilustración. El pensamiento de los filósofos y pensadores políticos que inspiró a las revoluciones liberales del siglo XVIII, se refleja en los principales instrumentos de dichas revoluciones, entre ellos la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, la Constitución de los Estados Unidos y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional Constituyente de Francia.

Los conceptos básicos del pensamiento liberal pueden sintetizarse como sigue: los seres humanos nacen libres y son iguales en dignidad y derechos; entre los derechos fundamentales e inalienables de la persona humana se cuentan los que conciernen a su vida, seguridad y libertad; la soberanía reside esencialmente en la nación y el propósito de la organización política es, fundamentalmente, garantizar los derechos y libertades de las personas; por tanto, la legitimidad

de los gobiernos deriva del consentimiento de los gobernados y no de fundamentos de otro tipo, como el origen divino del poder, el derecho dinástico de la realeza o el reconocimiento de poderes de facto.

El pensamiento liberal, más tarde enriquecido por otros aportes doctrinarios, afirmaba su confianza en la fuerza creativa de la libertad individual y de la libre interrelación y competencia de ideas y opiniones. Por lo mismo, proclamaba la capital importancia de la libertad de expresión, particularmente en lo que se refiere a la comunicación de informaciones y opiniones por todos los medios, incluida la prensa.<sup>1</sup> La libertad de expresión era tenida como el núcleo de un sistema de libertades que comprendía la libertad de conciencia, esto es el derecho a sostener opiniones o creencias religiosas o de otro tipo, así como los derechos de reunión, manifestación y petición.<sup>2</sup>

En esa época se formularon proposiciones que hoy son vastamente aceptadas como esenciales a la noción de democracia. Por ejemplo, que no corresponde a las autoridades políticas o religiosas, o a los jueces, determinar la bondad o validez de las ideas u opiniones, si no que ellas deben competir libremente unas con otras; y que la protección de la libre expresión carece de sentido si no se extiende también a las ideas u opiniones que son generalmente aborrecidas.

<sup>1</sup> El artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, en 1789, indica el status especial de la libertad de expresión y prensa al señalar que "la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los más preciosos derechos del hombre, por lo tanto, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad, en los casos determinados por la ley".

<sup>2</sup> La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en sus Arts. 10 y 11 establece sucesivamente las libertades de conciencia y de expresión. El artículo 10 reza: "nadie debe ser molestado por sus opiniones, aunque sean religiosas, con tal que estas manifestaciones no perturban el orden público establecido por la ley".

Por su parte, la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos vincula la libertad de expresión y esos otros derechos al decir que "el Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios".

Al mismo tiempo, junto con reconocer la necesidad de una sociedad políticamente organizada, cuyos órganos debían contar necesariamente con una fuerza pública capaz de mantener el orden y hacer cumplir las leyes, el pensamiento liberal abrigaba una primordial desconfianza frente al Estado. Por lo mismo, la libertad de expresión se concebía no sólo en su dimensión creativa, sino también en su papel cautelador, como instrumento indispensable para mantener los poderes del Estado bajo el control crítico de los ciudadanos.<sup>3</sup>

No puede resumirse fácilmente la compleja historia que va desde las primeras revoluciones liberales hasta el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, cuando la comunidad internacional se ocupa de proclamar los mismos derechos fundamentales (junto con otros muchos) y, más tarde, de organizar su promoción y defensa por encima de fronteras. Interesa, sí, destacar brevemente algunos hitos, para comprender mejor la etapa actual de activismo por la libertad de expresión y otros derechos fundamentales.

En los dos siglos que han transcurrido desde las revoluciones liberales hasta nuestros días, el reconocimiento o negación de los derechos fundamentales de la persona estuvieron íntimamente ligados a las proposiciones doctrinarias y conflictos ideológico-políticos que marcan ese período histórico.

Las ideas originales de la democracia liberal inspiraron el proceso independentista de las Américas, aun cuando en la mayoría de los países la democracia tardaría mucho tiempo en echar raíces más o menos firmes. Entretanto, en Europa, luego de la restauración absolutista, el ideario democrático liberal se reafirmó a partir de las revoluciones de 1848. Paralelamente emergieron en la segunda mitad del siglo XIX otras ideologías, de raigambre socialista, social-religiosa o nacionalista, que inspiraron la creación de poderosas organizaciones políticas que

<sup>3</sup> El artículo 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establece "el derecho de todo ciudadano de comprobar por sí mismo la necesidad de una contribución pública, consentirla libremente y seguir su empleo...". Y el artículo 15 señala que "la sociedad tiene derecho a pedir cuenta de su administración a todo empleado público".

dieron marco a agudas demandas y luchas sociales. En medio de estos procesos, en los países más avanzados, la protección de las libertades públicas se fue extendiendo, trabajosa y gradualmente, hacia otros sectores sociales y razas además de los dominantes de la sociedad y, más tarde, a ambos sexos.

El siglo XX ha sido llamado "siglo breve" (si se considera que comienza con la Primera Guerra Mundial y finaliza con el término de la Guerra Fría). También ha sido justificadamente calificado como una edad de los extremos<sup>4</sup>, por la radical exacerbación de la lucha entre ideologías políticas que lo caracteriza y que ya se insinuaba hacia fines del siglo XIX. En efecto, luego del término de la Primera Guerra Mundial, emergen como claras posiciones políticas contrapuestas, que aspiran a la hegemonía internacional, las ideologías liberal capitalista, comunista y fascista. La primera de ellas mantiene el poder, y las otras dos logran conquistarlo, en naciones de primera importancia geopolítica. La Segunda Guerra Mundial culmina con la derrota de la alternativa fascista. Los aliados de ocasión pasarían a ser los principales contendientes durante el siguiente período, de Guerra Fría, que llega a su término a fines de la década de los ochenta.

Los inéditos extremos de inhumanidad que se conocieron durante la Segunda Guerra Mundial sacudieron la conciencia internacional y fueron determinantes en la introducción de componentes humanitarios en la construcción del nuevo orden mundial. En efecto, mirando retrospectivamente los últimos cincuenta años, se advierte con claridad que en el período de posguerra, junto al orden mundial emergente en los planos político, económico y militar, se echaron las bases de un orden internacional humanitario, incipiente al comienzo, pero que habría de cobrar creciente importancia hasta nuestros días.

El orden humanitario internacional de la posguerra descansa en tres pilares fundamentales: el sistema de los Derechos Humanos, el del Derecho Internacional Humanitario y el del Derecho de los Refugiados. El primero impone

<sup>4</sup> Ersk J. Hobbeswain, *The Age of Extremes*, New York: Vintage Books, 1966.

obligaciones internacionales a los Estados para la protección de los derechos fundamentales de la persona. El segundo apunta a regular la conducta de las partes que se enfrentan en una guerra o conflicto armado internacional o interno, así como a proteger a la población civil no combatiente. El tercero busca la protección de personas que estando fuera del país de su nacionalidad no pueden acogerse a la protección de tal país por fundados temores de sufrir una persecución arbitraria<sup>5</sup>.

Interesa en particular bosquejar el desarrollo del sistema internacional de los derechos humanos, que sirve de marco a la libertad de expresión y otros derechos afines.

Desde su emergencia en los años de la posguerra, el sistema internacional de los Derechos Humanos ha pasado por tres fases distintivas.

Durante la primera, que se extiende hasta entrada la década de los años sesenta, la iniciativa estaba fundamentalmente en manos de gobiernos, que actuaban a través de organizaciones internacionales como Naciones Unidas, el Consejo de Europa o la Organización de Estados Americanos. Durante este período se aprueban las principales declaraciones y convenciones internacionales y regionales sobre derechos humanos y se establecen, o se acuerda establecer, organismos de protección dentro del sistema de Naciones Unidas, así como en los sistemas regionales europeo y americano.

En una segunda fase, que se extiende desde los años sesenta hasta el fin de la Guerra Fría, continúa la actividad sobre derechos humanos de Naciones Unidas y de organismos intergubernamentales regionales. Sin embargo, el rasgo dominante de este período es la emergencia de un movimiento internacional por los derechos humanos, de carácter no gubernamental, que luego se expande a distintos países del mundo. Este movimiento,

<sup>5</sup> Aunque el Derecho Internacional Humanitario era de antigua data, se expande considerablemente en el período de posguerra, a partir de las Convenciones de Ginebra, de 1949, y los Protocolos Adicionales, de 1977. El sistema internacional de los Derechos Humanos tiene componentes que se desarrollaron en el período de entre guerras, pero como cuerpo sistemático de normas internacionales que cubren todo el rango de los derechos fundamentales, es un producto de la posguerra. También lo es, por entero, el Derecho Internacional de los Refugiados.

liderado internacionalmente por organizaciones como Amnistía Internacional, la Comisión Internacional de Juristas y el propio Human Rights Watch (impulsor del proyecto que produjo este informe) desarrolló un trabajo escrupuloso de documentación de violaciones de derechos humanos y difusión de información, así como campañas y denuncias para la promoción de estos valores y defensa de las víctimas de sus violaciones. De ese modo, logró atraer la atención de la prensa y la opinión pública internacionales, así como de muchos gobiernos, y contribuyó a elevar lo derechos humanos al nivel de valor fundamental de ética política, internacionalmente aceptado, que ocupa hoy día.

El movimiento por los derechos humanos se basaba para su acción en normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas. Sin embargo, ese consenso aparente no podía ocultar las fundamentales diferencias ideológicas entre los contendientes de la Guerra Fría, las cuales claramente se extendían al significado mismo de democracia y al grado de protección de las libertades políticas, entre ellas, la libertad de expresión. En el clima de polarización ideológica de la Guerra Fría era difícil para las organizaciones de derechos humanos asumir una posición de prescindencia política, necesaria para la efectividad de su trabajo, y a la vez cuestionar las bases de los distintos sistemas políticos. Por tanto con algunas excepciones, las organizaciones de derechos humanos tendían a concentrarse en las violaciones de normas indiscutibles, como las que protegen la vida, la integridad física y la libertad personal frente al encarcelamiento arbitrario. No obstante, varias organizaciones estadounidenses y europeas se dedicaron durante este período a la defensa de la libertad de establecer diarios o a la lucha contra la censura<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Entre otras organizaciones internacionales no gubernamentales que se concentran en la libertad de expresión están The Fund for Free Expression, uno de los primeros componentes de Human Rights Watch, Article 19 - The International Center Against Censorship; Index on Censorship; The Committee to Protect Journalists; Reporters sans Frontières; World Press Freedom Committee; IFEX - a Clearing House for Freedom of Expression Issues. Además hay un gran número de organizaciones geminadas de periodistas, como International Federation of Journalists; de escritores, como PEN; o de propietarios de medios de comunicación, como la Sociedad Interamericana de Prensa y la Asociación Internacional de Radiofusión.

En el fondo, la libertad de conciencia y la libertad de expresión nunca dejaron de estar en el centro del activismo internacional por los derechos humanos. En efecto, la gran mayoría de las más graves violaciones de derechos humanos (fuera de las masacres cometidas durante operaciones militares en conflictos armados internos) se perpetraban como un medio para eliminar físicamente, castigar o restringir la posibilidad de acción, de disidentes políticos o religiosos; lo que quiere decir que ellos sufrían en razón de sus creencias, opiniones o ideas. El concepto mismo de preso de opinión o preso de conciencia, tan vinculado a campañas de derechos humanos, resume esa situación<sup>7</sup>.

Muchos factores concurren a explicar los cambios políticos que han tenido lugar internacionalmente a partir de los años ochenta; pero es ampliamente admitido que la sostenida campaña internacional por los derechos humanos y el lugar de preeminencia que este tema consiguió en los foros internacionales, contribuyeron a dichos cambios y a la revalorización de la democracia y del pluralismo que éstos conllevan.

Con el fin de la Guerra Fría, sin embargo, el sistema de los derechos humanos y el movimiento internacional que actúa dentro de su marco de referencia, entraron en una tercera fase, marcada por nuevos temas y desafíos. Es cierto que las graves violaciones de los derechos humanos continuaban reclamando la atención de la comunidad internacional. En diversas situaciones actuales, de quiebre de la organización del Estado y de luchas religiosas o étnicas, todavía es necesario realizar un importante esfuerzo de protección humanitaria. Sin embargo, son más los países en los cuales los principales problemas de ética política consisten en superar un legado de violaciones de derechos humanos del pasado reciente y construir un sistema

<sup>7</sup> La fundación de Amnistía Internacional tuvo su origen en un artículo de prensa publicado por Peter Benenson sobre el caso de estudiantes portugueses encarcelados por brindar por la libertad. A partir de ese artículo se convocó a una campaña internacional por la liberación de los presos de conciencia, más tarde definidos como aquellos que son encarcelados por sus creencias u opiniones o por rasgos de identidad y que no han usado de violencia ni abogado por ella.

democrático cabal, que otorgue la mayor garantía posible de promoción y respeto de los derechos humanos.

Esta ha sido la situación de Chile, luego de su retorno a la democracia en 1990, y es en este cuadro que cobra toda su importancia el examen de la vigencia de la libertad de expresión en el país.

Durante esta tercera fase del movimiento internacional por los derechos humanos, se ha expandido notablemente la acción por la promoción y defensa de la libertad de expresión, en todas sus facetas. Diversas son las manifestaciones de este proceso: Se han establecido nuevos mecanismos intergubernamentales para la protección de la libertad de expresión<sup>6</sup>. También han surgido o se han expandido organismos no gubernamentales específicamente abocados a la libertad de expresión. Por su parte, organizaciones no gubernamentales de derechos humanos de carácter más general, que en períodos anteriores se habían concentrado en la protección de los derechos a la vida, la integridad física y la libertad de las personas, comenzaron a trabajar por la promoción de un rango más amplio de derechos y por el establecimiento de sistemas legales e institucionales que los protejan. Por esa vía se interesaron también en los procesos de democratización y en los distintos aspectos de la libertad de expresión. Simultáneamente, en esta fase la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Europea) y la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante la Corte Europea) continuaron examinando situaciones y casos relativos a la libertad de expresión; por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Interamericana) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana) comenzaron a recibir, gradualmente, un número de denuncias y peticiones de opinión consultiva sobre el mismo tema.

<sup>6</sup> La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas designó, por resolución 1983/45 de marzo de 1983, un Relator Especial para la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión. En 1998 la Comisión Interamericana acordó establecer un Relator Especial sobre Libertad de Expresión.

El anterior recuento histórico bosqueja someramente el proceso de formación de un creciente consenso internacional sobre la libertad de expresión: desde su proclamación filosófica política, en los albores de la idea moderna de democracia, pasando por su desarrollo en la legislación y práctica de los países más avanzados, hasta llegar a formar parte de un sistema internacional de protección de los derechos humanos cada vez más complejo y sofisticado.

Luego de alcanzar este último estadio, las normas internacionales sobre libertad de expresión regresan a enriquecer las legislaciones nacionales, por la vía de la incorporación del derecho internacional al derecho interno. Es el caso de Chile, que ha ratificado los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y enmendó su Constitución para reforzar la jerarquía legal de estos derechos.

En resumen, el ascendente ético universal de los derechos humanos, la vigencia de sus normas en el derecho interno de Chile, así como el hecho de que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos son el ámbito más fecundo de elaboración jurisprudencial y doctrinaria sobre esta materia, confirman que el marco de los derechos humanos es el más apropiado para examinar la libertad de expresión en Chile.

### III. EL SISTEMA NORMATIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS DENTRO DEL CUAL SE INSERTA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Ninguna de las libertades fundamentales, incluida la libertad de expresión, es absoluta. De todas las libertades fundamentales, la de expresión es la más elaborada, en las normas y jurisprudencia internacionales.

A fin de comprender el contenido de la libertad de expresión, y las restricciones o limitaciones que legítimamente pueden afectarla, es preciso referirse primeramente a la lógica implícita en los tratados generales sobre derechos civiles y políticos. Tomaremos como base la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica".

de 1969 (en adelante, la Convención Americana) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (en adelante, el Pacto Internacional), ambos ratificados por Chile. También interesa referirse a la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 1950 (en adelante, la Comisión Europea) por la riqueza de casos que han conocido la Comisión y la Corte y porque la Corte Interamericana ha tomado en cuenta la elaboración jurisprudencial de la Corte Europea.

Al examinar la lógica interna de las normas sobre derechos humanos, se advierte que buscan proteger distintos valores o intereses. En la tradición del derecho continental europeo e iberoamericano, éstos se denominan "bienes jurídicos". El grado de protección que la ley brinda a un determinado bien jurídico, por ejemplo, a partir de la severidad de las sanciones que contempla en caso de transgresión, indica la importancia que se le atribuye. Sin embargo, la mayor parte de las normas internacionales de derechos humanos no tipifican conductas violatorias ni le asignan sanción, sino que simplemente consagran determinados derechos. En esto se parecen más al contenido de las normas que se encuentran en las constituciones de los países, antes que a las que se hallan en sus códigos penales.

Tampoco puede colegirse la importancia que el derecho internacional de los derechos humanos le asigna a distintos bienes jurídicos solamente a partir de las restricciones que impone a determinados derechos. Que un derecho no esté sujeto a ninguna restricción y otro pueda estarlo a varias, no significa necesariamente que el primero es de mayor jerarquía que el segundo. Las restricciones que el derecho internacional de los derechos humanos impone a ciertos derechos puede tener como fundamento la importancia que le asigna al bien jurídico; pero también responden a la naturaleza del derecho respectivo. En

efecto, el ejercicio de ciertos derechos los coloca inevitablemente en curso potencial de colisión con otros derechos o con intereses generales; por ello, es preciso regular estos posibles conflictos. Con otros derechos no sucede lo mismo.

#### A. Bienes jurídicos comprendidos en la libertad de expresión y en derechos relacionados.

La libertad de expresión y los derechos más cercanamente relacionados a ella se encuentran consagrados en las convenciones internacionales de derechos civiles y políticos. Si se mira el conjunto de estos derechos, se distinguen cuatro grupos, de acuerdo a los valores o bienes jurídicos que se busca proteger:

**Inviolabilidades** — Dentro de este grupo de derechos se encuentran la vida; la integridad personal; la libertad física (en el sentido del derecho a no ser sometido a arresto, detención o condena de privación de libertad, si no es con arreglo a la ley, incluyendo garantías de un juicio justo); la prohibición de esclavitud; la honra y dignidad; la vida privada, incluyendo la privacidad del hogar, de la vida de familia y de la correspondencia; y la libertad de conciencia, entendida como el derecho a sostener creencias o convicciones religiosas, filosóficas o de otro tipo (la expresión de tales convicciones, en cambio, cae dentro de la categoría de las libertades). El valor genérico que es común a todos estos derechos se puede caracterizar como la seguridad de la persona, lo que supone proteger su vida y seguridad física, así como su esfera más íntima de identidad y privacidad.

Estos derechos se tienen en cuanto persona antes que en cuanto ciudadano activo. Todos disfrutan de ellos, aun cuando no se involucran en actividad social o cívica alguna.

**Libertades** — A diferencia del grupo anterior, el ejercicio de estos derechos supone a la persona en interacción social. El valor o bien jurídico genérico protegido es la capacidad de actuar libremente (dentro del respeto a la ley y los derechos de otros) en los ámbitos político, religioso, social o económico.

\* Sin perjuicio de esto, hay un número de convenciones internacionales que tipifican determinadas conductas violatorias de derechos tales como el genocidio, la tortura, o la desaparición forzada de personas. En este sentido, se asemejan más a las normas que en un país puedan encontrarse en los códigos penales.



Incluye la libertad de expresión, comprendiendo la libertad de buscar y difundir información, por la prensa u otros medios; la libertad de reunión; la libertad de asociación; la libertad de circulación y residencia; la libertad de formular peticiones a la autoridad y de participar en la vida política mediante el voto (que a veces también se constituye en deber) o postulándose a cargos públicos, incluso los de elección popular.

**Igualdad** — Las normas que consagran la igual protección ante la ley, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición social, son comunes a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales. El contenido del derecho a la igualdad no es sustantivo sino formal. Apunta a asegurar que tanto en la protección de los derechos de cada cual, así como en las restricciones que se pueden imponer al ejercicio de algunos de ellos, no se actúe sobre la base de discriminaciones arbitrarias.

**Derecho a la protección de un sistema legal, a partir de un determinado status o pertenencia** — Entre éstos se encuentran el reconocimiento mismo de la personalidad jurídica ante la ley, y status tales como la calidad de nacional de un país determinado, de ciudadano, de residente permanente o de refugiado. Estas distintas calidades traen aparejadas ciertos derechos y obligaciones especiales frente al respectivo sistema jurídico, sin perjuicio de que todos por igual gocen de los derechos fundamentales. El valor o bien jurídico genérico que se busca proteger, es asegurar que toda persona cuente con la protección de un sistema jurídico-político determinado (además de la que brinda, en el caso de los refugiados, la organización del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados)

## B. Limitaciones a los derechos humanos.

El artículo 32(2) de la Convención Americana se refiere en términos generales a estas limitaciones: "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás,

por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

Específicamente las categorías de limitaciones son las siguientes:

**Los derechos de los demás.** El ejercicio de ciertos derechos puede entrar en conflicto o colisión con los legítimos derechos de otros y, en tal medida, debe limitarse.

**El cumplimiento de la ley,** particularmente en lo que se refiere a la represión del delito ("la seguridad de todos"). Por ejemplo, las investigaciones judiciales pueden requerir afectar el derecho a la privacidad del hogar y de las comunicaciones privadas; la necesidad de investigar y castigar delitos puede afectar la libertad personal.

"Las justas exigencias del bien común" suponen también que ciertos derechos deben subordinarse a los legítimos requerimientos que emanan de la seguridad nacional, el orden público, la salud pública y la moral pública.

**Suspensión de ciertos derechos.** El artículo 27 de la Convención Americana establece: "1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contra ellas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social". La razón de esta limitación es tanto "la seguridad de todos" y "las justas exigencias del bien común".

<sup>20</sup> El Nº 2 del mismo artículo 27 establece que no se autoriza la suspensión de los derechos determinados en los artículos de la Convención que señala, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. El Nº 3 del mismo artículo establece la obligación de los Estados que hagan uso del derecho de suspensión, de informar inmediatamente a los demás Estados Partes de la misma Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Si se relacionan las distintas limitaciones que se acaban de mencionar con los cuatro grupos de derechos civiles y políticos indicados más arriba, se puede apreciar que las libertades públicas están sujetas en principio a todas las categorías de limitaciones. Por el contrario, los otros grupos de derechos civiles y políticos incluyen muchos que no pueden ser sometidos a limitación alguna. Esto no debe llamar a confusión acerca de la importancia que tienen las libertades para el sistema normativo de los derechos humanos. Es más bien que el ejercicio de estos derechos, por su propia naturaleza, supone un alto grado potencial de interacciones y, por consiguiente, de conflictos de derechos y valores.

Un ejemplo ilustra bien este punto: entre las inviolabilidades se encuentra el derecho a la vida, que puede ser afectado en situaciones de legítima defensa. El sentido común indica que el derecho a la vida es tanto o más importante que el derecho a la integridad física. Sin embargo, la prohibición de la tortura es una norma absoluta y el derecho a la vida no tiene ese carácter. La razón está en que no es infrecuente que en situaciones de conflicto armado o de casos de agresión ilegítima, el derecho a la vida de unos entre en conflicto con igual derecho de otros. El mismo conflicto no ocurre tratándose de la prohibición de tortura, salvo en artificiosos ejemplos teóricos.

El hecho que la libertades estén en principio sujetas a distintas limitaciones no significa tampoco que éstas puedan aplicarse con ligereza. Por el contrario, como se verá más adelante (sección IV.E.), las restricciones deben interpretarse restrictivamente, más aun tratándose del derecho a la libre circulación de informaciones, ideas y opiniones. Este es un punto que ha sido generalmente ignorado por los tribunales chilenos, como se desprende del cuerpo de este informe.

### C. Obligaciones que imponen a los Estados las normas internacionales de derechos humanos.

El artículo 1 de la Convención Americana dice: "1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar

(énfasis añadido) los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar (énfasis añadido) su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a jurisdicción, sin discriminación ...".

Por su parte, el artículo 2 señala que: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter necesarios para hacer efectivos tales derechos y libertades."

Las obligaciones de los Estados en materia de derechos civiles y políticos son:

**Respetar.** Esta obligación impone al Estado una conducta de omisión, consistente en no hacer nada que viole el derecho respectivo. Para el Estado esta es una obligación que puede llamarse principal o directa, en el sentido de que si se cumple, el valor o bien jurídico protegido no se habrá visto afectado por parte del Estado.

**Garantizar.** Se trata de una obligación positiva, que tiende a que en la práctica efectivamente se respeten los derechos, tanto por el Estado como por cualquier persona. Es una obligación importante pero, conceptualmente, de carácter complementario, pues su propósito es hacer más probable que el goce de tales derechos y libertades sea efectivo. La obligación de garantizar impone adoptar "medidas legislativas o de otro carácter". Impone también la obligación de asegurar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo aun cuando sea en contra de personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales, y que las autoridades cumplirán con toda decisión que resulte de la interposición de dicho recurso. Tal obligación está contemplada en el artículo 25 de la Convención Americana y en el artículo 2(3) del Pacto Internacional.

**Promover.** La obligación del Estado de promover los derechos humanos está comprendida adentro de la expresión "garantizar", si se la entiende latamente. Sin embargo, en

algunos textos se la menciona de modo especial y separado, como en el artículo. 5(2) de la Constitución chilena. Por "promover" se puede entender la adopción de medidas educativas y de difusión, así como toda otra que conduzca a un clima de respeto y aceptación de estos derechos. En materia de libertad de expresión y de prensa, como se verá más adelante (sección IV.D.3.), esta obligación de promover puede tener contenidos específicos relevantes para la pluralidad de medios de comunicación.

#### IV. LA LIBERTAD DE EXPRESION: CONTENIDO Y RESTRICCIONES

Las normas específicas más relevantes son el artículo 19, en relación con el artículo 29(2) de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional; los artículos 13 y 14 de la Convención Americana; y el artículo 10 de la Convención Europea.

##### A. Importancia del derecho a la libertad de expresión

Distintos organismos internacionales se han referido reiteradamente a la particular importancia y jerarquía de la libertad de expresión como núcleo del sistema de libertades públicas y pilar del orden democrático. Estas expresiones son un eco contemporáneo de similares apreciaciones que se remontan, como se dijo anteriormente, al tiempo de la Ilustración<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> La resolución 59 (I) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1946 declara que "la libertad de información es un derecho humano fundamental y ... la piedra angular de todas las libertades a las cuales las Naciones Unidas está consagrada."

El Relator Especial de Naciones Unidas para la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, señaló en su informe del 14 de diciembre de 1994 que el derecho de libertad de opinión y expresión es un derecho central al Pacto Internacional. Es a la vez un derecho civil, en su capacidad de proteger esta esfera de la vida del individuo contra interferencias indebidas del Estado, y un derecho político en su capacidad de garantizar la participación del individuo en la vida política, inclusive la de las instituciones del Estado. Como tal, el derecho a la libertad de expresión puede ser descrito

*continúa en la página siguiente...*

Sin embargo, dentro del sistema interamericano, la libertad de expresión, tiene, en palabras de la Corte Interamericana, un "altísimo valor", que incluso excede el que alcanza en otros tratados. La Corte señala que al comparar el artículo 13 de la Convención Americana y las disposiciones relevantes de la Convención Europea y del Pacto Internacional se "demuestra claramente que las garantías de libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas."<sup>12</sup>

##### B. Contenido del derecho a la libertad de expresión

Artículo 13(1) de la Convención Americana establece el contenido positivo de la libertad de expresión: "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección."<sup>13</sup>

como una esencial vara de medir ("an essential test right") cuyo distirte ilustra el grado de distirte de todos los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales. El respeto por este derecho refleja el nivel de respeto por la justicia y la honestidad del respectivo país. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Documento (HCN.4/1995/32, par. 14).

La Corte Interamericana ha señalado que "la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también condición sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general quienes deseen influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de elegir sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre." Opinión Consultiva, OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, par. 50.

Similares conceptos de alta valoración de la libertad de expresión han emitido reiteradamente los órganos de protección de los derechos humanos del sistema europeo, así como los tribunales de numerosos países. Ver *The Article 19 Freedom of Expression Handbook, International and Comparative Law, Standards and Procedures*. Bath Press, Avon, Reino Unido, Agosto de 1993.

<sup>12</sup> OC-5/85 par. 70.

<sup>13</sup> Este texto es prácticamente idéntico al del artículo 19(2) del Pacto Internacional.

"Informaciones" comprende noticias y otros datos cuya veracidad es en principio susceptible de confirmación. "Ideas" debe entenderse en el sentido más lato posible, incluyendo creencias, opiniones, proposiciones, peticiones, juicios valorativos, críticas o expresiones artísticas. Aun cuando algunas de estas modalidades de expresión puedan incluir elementos propiamente de "información", en su conjunto no son susceptibles de verificación. La publicidad o propaganda comercial es otra modalidad de expresión y tiene, por lo general, un carácter mixto.

La distinción anterior es relevante en la medida que las informaciones falsas o inexactas pueden dar lugar a responsabilidades o derechos especiales. Ejemplos de ello son la responsabilidad por publicidad engañosa o el derecho a rectificación o respuesta frente a una publicación de prensa.

Los dos aspectos de este derecho, "buscar y recibir", así como "expresar y difundir" informaciones e ideas, están íntimamente vinculados. Sin embargo, se trata de derechos separados. El derecho de buscar y recibir información es un derecho por sí mismo, como subraya el Relator Especial para la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión (en adelante, el Relator Especial), en su informe de 1998<sup>14</sup>, y no necesariamente supone la difusión de la información encontrada o recibida.

La Corte Americana ha declarado que la "expresión" y la "difusión" del pensamiento y de la información son indivisibles "de modo que una restricción a la divulgación representa directamente en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente"<sup>15</sup>.

La libertad de expresión protege no solamente el discurso explícito, inteligible por medio de palabras, sino también el de carácter simbólico, que puede consistir no sólo en las expresiones artísticas mencionadas en el artículo 13(1), sino en una variedad de actos u omisiones, cuyo significado depende muchas veces de las circunstancias.

<sup>14</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, documento E/CN.4/1998/40, párrafo 11.

<sup>15</sup> Oc-5/85, par. 31.

La libertad de expresión tiene una dimensión individual y una colectiva. La Corte Interamericana ha agregado que si se restringe la libertad de expresión del individuo no es sólo el derecho de ese individuo que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas. Hay, por tanto, dos dimensiones de la libertad de expresión: no ser menoscabado e impedido de manifestar el propio pensamiento y también el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.<sup>16</sup>

Aunque todos los contenidos temáticos de la expresión e información están protegidas por el sistema de derechos humanos, la jurisprudencia internacional tiende a otorgar más latitud a determinadas modalidades de expresión, como el discurso político, y a permitir a los Estados una mayor discreción en la regulación de otras, como la propaganda comercial.

La defensa de opiniones chocantes es parte de las demandas de pluralismo, tolerancia y amplitud de criterio sin los cuales no se puede hablar de sociedad democrática. Este principio, que se remonta a los tiempos de Voltaire, ha recibido constante confirmación en la jurisprudencia internacional<sup>17</sup>. El Relator Especial también lo ha reiterado, en su informe de 1994.<sup>18</sup>

### C. Derechos relacionados con la libertad de buscar y recibir información e ideas, así como de expresarlas y difundirlas

En primer lugar, la libertad de expresión está íntimamente relacionada con el derecho a la libertad de conciencia y de religión. El artículo 12(1) de la Convención Americana declara que este derecho "implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado".

<sup>16</sup> Oc-5/85, par. 30.

<sup>17</sup> Un caso señero es el Fallo del Tribunal Europeo de 7 de diciembre de 1976, *Handyside v. Reino Unido*.

<sup>18</sup> *Id.*, par. 29.

En realidad, el artículo 12(1) ha fundido la libertad de conciencia y religión con la libertad de manifestarlas. La primera es un derecho absoluto, en tanto que la segunda está sujeta a las restricciones generales de las demás libertades, como se ocupa de señalar el mismo artículo 12(3): "la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás".

Aparentemente la libertad de conciencia y la de expresión forman un continuo inseparable; sin embargo, la historia muestra innumerables ejemplos de persecución por razones de conciencia, incluso en contra de personas que no manifestaban su religión o creencias, pero cuyas convicciones se suponían o adivinaban.

En todo caso, valga señalar que la libertad de manifestar la religión y creencias, que comprende la libertad de culto, de proselitismo y otras manifestaciones religiosas, tiene mayor protección dentro de la Convención Americana que la libertad de expresión. En efecto, el artículo 27(2) de la Convención, sobre suspensión de garantías, incluye la libertad de conciencia y de religión entre los derechos que no se pueden suspender, pero no incluye la libertad de expresión.

La libertad de expresión está también relacionada con las de reunión y manifestación, en cuanto el ejercicio de estas últimas libertades es normalmente un medio para expresar ideas o críticas, sea simbólica o explícitamente. La negación de las libertades de reunión y manifestación apuntan por lo general a prevenir o evitar tales expresiones o críticas.

Del mismo modo, la libertad de expresión se vincula con los derechos a la vida, a la libertad personal y a la integridad física. Por lo general, la represión política que recurre a esos extremos es una manera de sofocar la oposición o disenso políticos. También se encuentran relacionados con la libertad de expresión derechos tales como el de formar organizaciones sindicales, el de participar en elecciones periódicas y genuinas, y el de postularse a cargos de elección popular, así como

algunos derechos especiales como el de usar el propio idioma en actuaciones oficiales.<sup>19</sup>

La libertad de expresión se relaciona también con diversos derechos con los cuales puede entrar en conflicto (ver más adelante, sección IV.E.1).

El derecho a la libertad de expresión también se relaciona con el derecho a un juicio justo y con ciertas normas procesales que pueden limitar el acceso a la búsqueda de información o determinar la oportunidad y modo en que se manifieste la libertad de expresión dentro de la ritualidad de los juicios.

#### D. Algunos contenidos de especial interés para el fortalecimiento de la democracia.

##### 1. DEBATE POLÍTICO Y OTRAS FORMAS DE EXPRESIÓN O INFORMACIÓN SOBRE ASUNTOS DE INTERÉS PÚBLICO.

El debate político debe entenderse en el sentido amplio de circulación de información, ideas, críticas y opiniones sobre asuntos de interés público en general. La noción de que la libertad de expresión está vinculada íntimamente al concepto de democracia es aplicable, por excelencia, al debate político.<sup>20</sup>

El debate público no puede suprimirse completamente ni en tiempos de emergencia. Esta conclusión está apoyada tanto por las normas sobre suspensión de garantías (que establecen que ellas deben ser impuestas sólo en la medida y por el tiempo estrictamente necesarios para enfrentar las exigencias de la situación) como por ilustrativos ejemplos históricos, como el frecuentemente citado de la tolerancia al debate y crítica política bajo el gobierno de Churchill, durante la Segunda Guerra Mundial.

El principio general de que la libertad de expresión no puede afectar los derechos a la privacidad, honra y reputación

<sup>19</sup> Ver *The Article 19 Freedom of Expression Handbook*, págs. 15-17.

<sup>20</sup> La Corte Europea ha concluido que "la libertad de debate político está en el centro mismo del concepto de la sociedad democrática". Fallo del 8 de julio de 1986, *Lingens v. Austria*. Esta jurisprudencia ha sido reiterada.

de otros, debe interpretarse con mayor latitud cuando se trata de la crítica a personalidades políticas<sup>21</sup>. Esta mayor latitud se extiende a otras autoridades, como los jueces<sup>22</sup>.

La libertad de expresión sobre asuntos públicos y políticos debe incluir el derecho de los opositores a dar a conocer su punto de vista en los medios de comunicación masiva controlados por el Estado. Los principios involucrados son tanto la libertad de expresión como la no discriminación.

Por el mismo motivo no se puede negar arbitrariamente espacio a la propaganda política pagada.

## 2. LIBERTAD DE PRENSA

Originalmente entendida como la libertad de fundar periódicos o revistas y/o imprimir y circular periódicos, revistas o panfletos, la libertad de prensa se ha extendido, con el desarrollo de los medios técnicos, a todo medio masivo de comunicación.

Algunos de estos medios son inherentemente limitados, como es el caso de ciertas frecuencias de transmisión radial o televisiva, y no permiten el ejercicio irrestricto del derecho a fundar órganos de difusión. En esos casos se justifica una regulación estatal, pero no el abuso de procedimientos oficiales para la asignación de tales frecuencias.

La libertad de prensa supone la de circulación y distribución, así como el derecho a determinar el formato de presentación de lo que se publica. La misma libertad implica

<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular. Fallo de la Corte Europea, *Ungens v. Austria*, par. 42. El informe de la Comisión Europea en el mismo caso, de 11 de octubre de 1984 señala que "el sistema democrático requiere que las que desempeñan una función en la vida pública se sometan a la estricte fiscalización no sólo de sus adversarios políticos en las instituciones del Estado o en otras organizaciones, sino también de la opinión pública, la cual se forma y expresa en los medios de comunicación. El ejercicio de esta fiscalización no es meramente un deber; puede considerarse incluso como un "deber" y una "responsabilidad" de la prensa en el Estado democrático" (par. 74). Citado por Francisco Fernández Segado, "La Libertad de Expresión e Información en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, núm. 31, serie seminarios, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, febrero de 1996, pág. 382.

<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Corte Europea, Fallo de 24 de febrero de 1997, *De Haese y Gijssels v. Bélgica*.

un número de otros supuestos, entre ellos el que el acceso a la información no debe verse entorpecido por las autoridades; esto incluye la libertad de acceso a información oficial (ver más adelante N° 4 de esta misma sección) y el derecho del público de informarse sobre materias que están siendo conocidas por los tribunales, dentro de ciertas limitaciones. El ejercicio de la libertad de prensa supone también la capacidad de los periodistas de proteger a sus fuentes de información.

Estas y otras materias han sido debatidas en los medios profesionales de prensa y decididas por la jurisprudencia de distintos países, así como por tribunales internacionales. No es el caso detenerse en ellas en esta Introducción, salvo para recalcar que la tendencia de la jurisprudencia de los países democráticos es a una fuerte presunción a favor de la libertad de prensa y a justificar las restricciones a esta libertad sólo en consideración a altos valores y en circunstancias extraordinarias<sup>23</sup>.

La Convención Americana es más explícita y detallada en su protección de la libertad de prensa que el Pacto Internacional y la Convención Europea. Se ha creído ver que esto responde al hecho de que los tratados posteriores (la Convención Americana es la más reciente de los tres) tienden a incorporar nociones más avanzadas; al mismo tiempo, ellos es más posible cuando existe una mayor uniformidad de sistemas jurídicos y tradiciones culturales entre los países firmantes, como sería el caso de los países americanos<sup>24</sup>.

La Convención Americana es única en señalar en su artículo 13(3) que "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones."

<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Para un estudio comparativo sobre leyes, jurisprudencia y prácticas acerca de la libertad de prensa, ver Article 19 - International Centre Against Censorship, *Press Law and Practice: A Comparative Study of Press Freedom in European and Other Democracies* (United Kingdom, March 1993).

<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Corte Interamericana, OC-5/85, Declaración del Juez Pedro Nikken, par. 5.

También es única la Convención Americana en consagrar el derecho a rectificación o respuesta en el artículo 14(1): "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirigen al público, en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley".

La tradición democrática de especial reverencia por la libertad de prensa ha sido recogida por la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos.

La Corte Europea ha enfatizado en numerosos fallos que no sólo tiene la prensa la tarea de impartir información y circular ideas sino que también el público tiene derecho a recibirlas<sup>25</sup>. La Corte también rechazó la pretensión de que la tarea de la prensa es impartir información, dejando la interpretación en primer lugar a los lectores<sup>26</sup>. Por el contrario, la libertad de la prensa entendida ampliamente permite al público uno de los mejores medios para conocer la opinión y actitud de sus dirigentes políticos, formarse una opinión; y al mismo tiempo le permite a los políticos la oportunidad de reflexionar sobre la preocupación de la opinión pública; en definitiva permite a todos participar en un debate político abierto que es la base misma del concepto de sociedad democrática<sup>27</sup>.

También la Corte Interamericana ha vinculado estrechamente la libertad de prensa a la democracia<sup>28</sup> y ha agregado que "el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión y del pensamiento"<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Ver *The Article 19 Freedom of Expression Handbook*, pág. 85.

<sup>26</sup> *Lingens v. Austria*, par. 45.

<sup>27</sup> Fallo de 23 de abril de 1982, *Castells v. España*.

<sup>28</sup> OC-5/85 par. 70.

<sup>29</sup> OC-5/85 par. 71.

### 3. PLURALISMO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION

Como se señala en el cuerpo de este Informe (Parte II, Capítulo IV.1) un clima efectivo de pluralismo es esencial para que la libertad de expresión y de prensa cumplan la función que se espera de ellas en una sociedad democrática.

Uno de los obstáculos contra tal clima de pluralismo es el control monopolístico o la interferencia del Estado en los medios de comunicación. Sin embargo, el control de los medios de comunicación por grupos privados puede afectar la libertad de prensa tanto como la interferencia del Estado.

A este respecto, se puede interpretar que el deber de tomar en cuenta las necesidades de una sociedad democrática<sup>30</sup> establece la obligación positiva del Estado de garantizar o promover un clima de debate público abierto y plural, y de corregir una situación en que estas características están ausentes o distorsionadas. Esta obligación se puede deducir también de las normas internacionales sobre libertad de expresión que establecen el derecho del público de recibir información y opiniones de una diversidad de fuentes.

Dicha obligación está siendo reconocida internacionalmente, aunque su contenido no es preciso. La Comisión Europea de Derechos Humanos ha declarado que podrían estarse infringiendo las obligaciones relativas al derecho de buscar y recibir información y opinión "donde el Estado falla en su deber de proteger contra una excesiva concentración de la prensa"<sup>31</sup>. Del mismo modo el Comité de Ministros del

<sup>30</sup> La Convención Europea establece en su artículo 10(2) que las restricciones a la libertad de expresión deben ser "necesarias, en una sociedad democrática. ...". La Corte Interamericana ha considerado que el mismo sentido está implícito en el artículo 29 de la Convención Americana: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno". El artículo 32(2) de la Convención Americana también hace referencia expresa a la democracia: "... los derechos de cada persona están limitados por... y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática". En todo caso la Corte Interamericana ha tomado en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre este punto.

<sup>31</sup> Ver *The Article 19 Freedom of Expression Handbook*, págs. 77-78.

Consejo de Europa declaró en 1982 que "los Estados tienen el deber de prevenir las infracciones contra la libertad de expresión e información y deben adoptar políticas diseñadas a promover en la medida de lo posible una variedad de medios y un pluralismo en las fuentes de información, permitiendo de este modo una pluralidad de ideas y opiniones"<sup>22</sup>.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que con el desarrollo de los medios modernos de comunicación masiva, se necesitan medidas efectivas para prevenir un control de estos medios de comunicación que interfiera con el derecho de todos a expresarse libremente, contrariamente a lo que garantiza el Pacto Internacional en su Artículo 19(3)<sup>23</sup>.

La Corte Interamericana concluyó que así como no es admisible la censura, tampoco lo es que sobre la base del derecho de difundir informaciones e ideas se constituyeran monopolios públicos y privados sobre los medios de comunicación<sup>24</sup>. Agrega que es indispensable, entre otros requisitos, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos y la garantía de protección a la libre independencia de los periodistas. La misma corte ha resuelto que la colegiatura obligatoria de periodistas es contraria a las normas de la convención sobre la libertad de expresión<sup>25</sup>.

Finalmente, en su informe de 1994, el Relator Especial señala que existe la obligación del Estado de adoptar medidas en las instancias donde la concentración de los medios de comunicación amenaza la diversidad de opinión o el acceso a opiniones<sup>26</sup>.

Sin embargo, ni las normas ni la jurisprudencia internacionales han elaborado criterios que permitan apreciar en qué circunstancias se estaría generando una excesiva

<sup>22</sup> Id., págs. 78-79.  
<sup>23</sup> Resolución adoptada por el Comité de Derechos Humanos, reunión del 27 de julio de 1983 UN Doc. A/38/40, 109.  
<sup>24</sup> OC-5/85, par. 33.  
<sup>25</sup> OC-5/85, par. 81.  
<sup>26</sup> E/CN.4/1995/32, par.36

concentración de medios que amenaza el pluralismo de los medios de comunicación. Tampoco existen criterios sobre qué medidas podrían adoptarse. Una posibilidad, desde luego, es el establecimiento de leyes anti-monopolio más estrictas para este sector que las leyes generales que existen normalmente sobre esta materia en los distintos países. Otra posible medida es el establecimiento de subsidios estatales para favorecer la pluralidad de medios. Los subsidios serían aceptables mientras no discriminen entre publicaciones sobre la base de las opiniones que expresan. Del mismo modo el Estado no debe discriminar en el uso de subsidios indirectos, como la colocación de publicidad gubernamental en distintos medios de comunicación.

En situaciones de concentración de propiedad de la prensa, se pueden considerar también mecanismos para proteger la independencia editorial de los periodistas frente a los propietarios. Estos mecanismos normalmente son fruto del desarrollo de cierta cultura de independencia periodística y de acuerdos laborales entre periodistas y propietarios<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> En un estudio sobre la ley y prácticas concernientes a la prensa en un número de países democráticos, la mayor parte de ellos europeos, se concluyó que casi todos los países estudiados mostraron un fuerte incremento de la concentración de propiedad de la prensa y un proceso de "mortalidad de periódicos" ante el avance de la televisión. Los gobiernos de los distintos países reaccionan frente a esto de distintas maneras. Francia y Alemania tienen leyes estrictas prohibiendo transacciones comerciales que conduzcan a mayores niveles de concentración de la propiedad de medios de prensa. La efectividad de estas leyes es limitada, sin embargo, debido en parte a que no abordan el problema de propiedad de medios de comunicación de distinta naturaleza. En el Reino Unido una comisión sobre monopolios y fusiones de empresas supervisa la fusión de periódicos, pero sus poderes son limitados. En otros países no hay una regulación específica sobre propiedad de la prensa, pero esta puede ser sometida, en distinta medida, a leyes antimonopolio. Algunos países tienen un sistema de subsidio para determinados periódicos que pasan por dificultades financieras. Los subsidios tienden a ser discutidos: algunos piensan que evita la racionalización que el mercado impone, mientras otros sostienen que son necesarios para asegurar el pluralismo. En ciertos países se otorga subsidio bajo condición de independencia editorial de periodistas. En otros se entrega un subsidio temporal para ayudar a periódicos "de carácter especial" a comenzar su publicación o a sobrevivir en períodos difíciles. (Ver Sandra Coliver, "Comparative Analysis of Press Law in European and Other Democracies", en *Press Law and Practice: A Comparative Study of Press Freedom in European and Other Democracies*, págs. 255 - 289.



4. ¿EXISTE UN DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN OFICIAL?

Algunos países han establecido leyes de libertad de acceso a la información en poder de organismos estatales. Estas leyes establecen el derecho de cualquiera a obtener tal información, salvo excepciones calificadas. Entre éstas se suelen incluir la posible afectación de la seguridad nacional, secretos comerciales o de relaciones exteriores del país; la privacidad de personas; o el curso de procesos judiciales. El derecho a libre acceso de información generalmente permite al peticionario recibir esta información sin desembolsar otros costos que los que supone reproducirla. A veces se otorga recurso a un organismo independiente que verifique la legitimidad de la negativa a otorgar la información o se pronuncie sobre demoras injustificadas.<sup>38</sup>

¿Se puede establecer una obligación internacional de acceso a la información pública, a partir de las normas internacionales de derechos humanos? Dichas normas hablan solamente del derecho de buscar y recibir información, no se refieren específicamente al derecho a acceder a información oficial.

Sin embargo, tal derecho puede inferirse, a partir de la doctrina de que ciertos derechos que no están articulados como tales son immanentes y están implícitamente garantizados a partir de otras normas.<sup>39</sup>

El Relator Especial ha señalado en su informe de 1994 que el acceso a la información es básico en el modo democrático de vida<sup>40</sup>, y en su informe de 1998 agrega que el derecho de acceso a la información en manos del gobierno debe ser la regla antes que la excepción y señala que existe una tendencia a calificar de reservada más información que la necesaria<sup>41</sup>.

Dado el papel esencial que tanto los tratados como la jurisprudencia internacional esirman que la libertad de expresión

<sup>38</sup> Como se describe más adelante, en Chile está siendo tramitado en el Congreso Nacional un proyecto de ley sobre esta materia, que se originó en una recomendación de la Comisión Nacional de Ética Pública, establecida por el gobierno, en 1994.

<sup>39</sup> Ver Sol J. Sondejia, en *The Article 19 Freedom of Expression Handbook*, pág. 7.

<sup>40</sup> E / CN.4 / 1995 / 32, par. 35

<sup>41</sup> E / CN.4 / 1998 / 40, par. 12 y 13.

y de prensa juega en el proceso democrático, es ineludible la conclusión de que debe existir acceso libre a información del Estado, salvo aquella que se justifique mantener en reserva por razones de interés superior.

#### E. Restricciones a la libertad de expresión

La Convención Americana establece en su artículo 13(2): *"El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas."*

Las causales de restricción son parecidas a las de otros instrumentos internacionales, pero la Convención Americana es única en cuanto a la prohibición de censura previa. La Convención permite, sí, en su artículo 13(4) la censura previa a que puedan estar sometidos por ley los espectáculos públicos *"con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y de la adolescencia..."*

Las restricciones deben ser establecidas por ley; deben perseguir uno de los objetivos mencionados en el artículo 13(2) de la Convención Americana; deben ser necesarias para la consecución de tales objetivos; y deben ser proporcionales al fin buscado, esto es, no deben ir más allá de lo estrictamente requerido para la protección de los derechos de otros o del interés público involucrado.

El requisito de necesidad está calificado en las convenciones, como ya se ha visto, por la referencia a una sociedad democrática<sup>42</sup>. Por "necesaria" se ha entendido no que debe ser indispensable, pero sí que la restricción debe responder a una apremiante necesidad social. Debe poder demostrarse que no se puede alcanzar el fin de proteger los intereses públicos o los derechos de otros por medios menos

<sup>42</sup> Ver nota al pie Nº 31.

restrictivos que los empleados. Es ampliamente aceptado el principio de interpretación en el sentido que debe imperar una presunción en favor de la libertad de expresión y de que las restricciones deben interpretarse, a su vez, restrictivamente<sup>43</sup> y de acuerdo a las exigencias de una sociedad democrática.

Las restricciones pueden ser de carácter previo como la censura o medidas judiciales de carácter precautorio, que consisten en incautar el material a través del cual se expresa la opinión o información o idea para impedir o retardar su circulación. O bien las restricciones pueden solamente servir de base para establecer responsabilidades ulteriores. Dentro del sistema interamericano como queda dicho, las restricciones de carácter previo son inaceptables, sin perjuicio de que la libertad de expresión y la prohibición de censura puedan ser suspendidas en tiempos de emergencia conforme a lo que señala el artículo 27 de la misma convención.

Aparte de las referencias a las restricciones de la libertad que se han hecho a lo largo de esta introducción, interesa destacar los siguientes puntos, que pueden ser de relevancia dentro del contexto chileno:

#### 1. "Los derechos de otros"

La libertad de expresión puede afectar en particular los derechos a la reputación; a la propiedad (particularmente en el sentido de derecho de autor); a la propia imagen; y a la privacidad. La jurisprudencia de la Corte Europea ha establecido: que los políticos deben tolerar un mayor grado de crítica que las personas privadas; que esta latitud es aún más grande tratándose de autoridades de gobierno; que las personas que ocupan cargos de elección popular, particularmente los miembros de la oposición, merecen especial protección cuando formulan críticas sobre asuntos políticos; que la crítica a las instituciones deben también ser más tolerada que la dirigida contra individuos determinados; que las personalidades públicas en general, no

sólo los políticos, deben aceptar un mayor grado de invasión en su privacidad; y que en el equilibrio entre libertad de expresión y el derecho a la privacidad, se debe dar más peso a la libertad de expresión cuando hay un interés público envuelto y no sólo intereses privados, como los de carácter comercial<sup>44</sup>.

#### 2. EL ORDEN PÚBLICO Y LAS LLAMADAS LEYES DE DESCARGO

Incitar a cometer acciones ilegales es normalmente una conducta punible de acuerdo a las reglas generales del derecho penal. Sin embargo, no son permisibles, de acuerdo a los estándares internacionales, las leyes de algunos países que tipifican como delito ciertas críticas a las instituciones públicas (aunque se formule una valoración altamente negativa o un llamado al cambio político) si la expresión proferida no tiene el carácter inmediato y directo de incitación al delito.

Las leyes de algunos países establecen penalidades más elevadas si se ofende la honra de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones que si se ofende la de un particular. Dichas leyes son igualmente inaceptables, a la luz de las normas de la Convención Americana y de otros instrumentos, como se desprende de la jurisprudencia internacional reseñada en esta introducción. Por una parte, la tolerancia a la crítica por parte de los funcionarios públicos debe ser mayor, no menor, que la que deben soportar las personas privadas. Por otra parte, el orden público no se ve afectado porque una ley lo diga, sino porque hay circunstancias que efectivamente lo atacan o amenazan.

Permitir que las leyes nacionales simplemente hagan una equivalencia automática entre ciertas conductas y determinados valores, como el orden público, sin que haya razones sustantivas que justifiquen afirmar que dicho valor se encuentra afectado, es hacer tabla rasa de los requisitos que las normas internacionales demandan para que pueda limitarse la libertad de expresión.

<sup>43</sup> Ver Francisco Fernández Segado, "La Libertad de Expresión e Información..." pág. 381.

<sup>44</sup> Para un resumen de esta jurisprudencia, ver *The Article 19 Freedom of Expression Handbook*, págs 146 a 151.

La Comisión Interamericana ha concluido que "las leyes de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque reprimen la libertad de expresión necesaria para el debido funcionamiento de una sociedad democrática".<sup>45\*</sup>

### 3. LA SEGURIDAD NACIONAL

La Corte Europea ha acordado amplia discreción a los gobiernos para determinar que la seguridad nacional se encuentra afectada, pero el interés invocado debe ser una amenaza contra la integridad territorial o nacional del Estado y no sólo en contra del gobierno.

Los gobiernos pueden también imponer un deber de secreto a personal militar u otros funcionarios públicos que en razón de sus funciones conocen información confidencial que puede afectar la seguridad nacional. Sin embargo, estas restricciones deben cumplir con los requisitos generales de toda limitación a la libertad de expresión, inclusive los de "necesidad en una sociedad democrática" y proporcionalidad.

Sobre este tema se han elaborado "Los Principios de Johannesburgo sobre Seguridad Nacional, Libertad de Expresión y Acceso a la Información", aprobados el 1 de Octubre de 1995, luego de una reunión en esa ciudad, convocada por organizaciones internacionales interesadas en la libertad de expresión. El Relator Especial agregó esos principios en un anexo a su informe de 1996.<sup>46</sup>

### 4. APOLOGÍA DEL ODIO

La Convención Americana en su artículo 13(5) agrega una restricción que se conoce como "apología del odio" o *hate speech*: "Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso

que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". El Pacto Internacional contiene una norma similar en su artículo 20.

Los fundamentos de esta restricción pueden encontrarse en la moral pública, el orden público o los derechos de otros. Las normas respectivas establecen la obligación de prohibir la apología del odio pero no necesariamente tipificarlas como delitos, aunque en la práctica es altamente probable que "la incitación a la violencia" o a similares acciones ilegales, sea castigada como delito en el derecho interno.<sup>47</sup>

### 5. LA MORAL PÚBLICA Y EL CONCEPTO DE BLASFEMIA

Los estándares de moral pública son distintos para diferentes comunidades y también varían en el tiempo. A partir de esta causal de moral pública, los países normalmente prohíben o restringen expresiones que de acuerdo a sus leyes y jurisprudencia se consideren pornográficas u obscenas. También suelen prohibirse o restringirse las expresiones artísticas o de otro tipo, que llevan contenidos de extrema violencia.

<sup>45</sup> Un punto de interés jurisprudencial es si la ley puede establecer a priori que ciertas expresiones constituyen por sí mismas incitación al odio, independientemente de las circunstancias de cada caso. Esto que determina la Ley Gayssot, en Francia, que tipifica como delito la negación de crímenes contra la humanidad o llamada negación del Holocausto. Esta ley desearsa sobre la presunción de que tal negación, aunque se presente como investigación histórica y en lenguaje académico es, en el mejor de los casos, una forma encubierta de antisemitismo y, por tanto, una incitación al odio racial; en todo caso, tal negación atentaría el derecho de otros. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas rechazó, en 1996, el reclamo de un ciudadano francés condenado bajo esta ley, porque las circunstancias del caso mismo caían dentro de los términos del artículo 20 del Pacto Internacional. Sin embargo, varios miembros expresaron reservas acerca de la ley Gayssot. El punto es si puede presumirse legalmente que una idea determinada coincide necesariamente con la conducta descrita en el artículo 20 del Pacto Internacional, aunque dicha idea sea aborrecible o históricamente ridícula y aunque en la práctica la probabilidad de que sea una forma encubierta de odio racial sea altísima.

<sup>46</sup> Robert Faurisson v. Francia, Communication No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993(1996).

<sup>47</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994 (Washington D.C.: Secretaría General, Organización de Estados Americanos, 1995), págs. 210 a 223.  
<sup>48</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Documento E/CN.4/1997/31 de 4 de febrero de 1997.

Un punto de interés se refiere a la blasfemia. No existe una definición generalmente aceptada de blasfemia. Un elemento común es el insulto a las figuras sagradas, símbolos o contenidos de una religión. Sin embargo, la crítica o la negación en contra de religiones es, por cierto, parte del debate permisible.

Si un país decide prohibir las expresiones que constituyen insulto a una religión, no puede basarse para ello solamente en los puntos de vista de sus seguidores o fieles. Interesa examinar si la expresión del caso contiene elementos que razonablemente pueden considerarse como el avance de determinadas ideas o contenidos artísticos, por controvertibles que sean, o constituye exclusiva o fundamentalmente una mera vejación o ridiculización de una religión o creencia, sus figuras sagradas o símbolos.

José Zalaquetti