

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, CENSURA PREVIA Y PROTECCIÓN PREVENTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

*Miguel Angel Fernández González**

Profesor de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. INTRODUCCIÓN

Agradezco a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la persona de su Decano, Profesora María Cristina Navajas Urbina, por la invitación que nos ha formulado a participar en este Seminario Multidisciplinario Sobre Garantías Constitucionales. Especialmente, porque tiene por finalidad principal rendir homenaje al Profesor Emérito de esta Facultad, don Enrique Evans de la Cuadra.

Inspirado en la obra paradigmática del profesor Evans, me propongo esta tarde abordar la compleja cuestión consistente en la vulneración de derechos fundamentales con motivo de la difusión de informaciones, a propósito del cambio ocurrido en nuestra jurisprudencia, en relación con el concepto de censura previa, y la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 5 de febrero de este año, 2001, en virtud de la cual se declaró que el Estado de Chile violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrado en el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película *La Última Tentación de Cristo*.

II. ORIGEN DEL CONFLICTO

La controversia suscitada, en relación con el ejercicio de las libertades de expresión y opinión, por una parte, y la adopción de medidas cautelares o de protección frente a amenazas que, con ese ejercicio, quebranten derechos fundamentales, de otra, tiene su origen en dos pronunciamientos de nuestra Corte Suprema, emitidos sobre la base de haber modificado su criterio histórico acerca del significado de la censura previa¹.

* El autor es abogado; Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesor de Derecho Político y Constitucional en la Universidad Católica de Chile, Universidad de Chile y Universidad de Los Andes. Es miembro de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. E-mail: mafernande@cb.cl

¹ Sobre el estatuto constitucional de la Libertad de Expresión en Chile, léase José Luis CEA EGANA: "Teoría de la Libertad de Expresión", en Tomás P. MAC HALE: *Libertad de Expresión, Ética Periodística y Desinformación* (Santiago, Centro de Estudios de la Prensa, 1988), pp. 15-76; y del mismo autor: "Estatuto Constitucional de la Libertad de Información", en *Revista de Derecho* (Coquimbo, Universidad Católica del Norte, 1998) pp. 15-28. Asimismo, léase la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional (Rol N° 226) el 30 de octubre de 1995; especialmente en sus considerandos 9°, 10° y 15°.

1 *Cambio jurisprudencial*

Hasta 1993, nuestros tribunales sustentaron un concepto amplio de censura previa, en términos tales que cualquier impedimento a la libre difusión de expresiones y opiniones era constitutivo de tal censura y, por ende, se hallaba constitucionalmente proscrito. Del ejercicio abusivo de aquella libertad de expresión y opinión, solo cabía responder ulteriormente:

“Que el estudio de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente de la Constitución de 1980, correspondiente a las sesiones 227 a 241, permiten concluir que nuestra Carta Fundamental consagra el derecho de informar sin censura previa, otorgándole a tal derecho especial relevancia y que, para la reglamentación de su ejercicio, ha preferido el régimen represivo al preventivo, esto es, se condena el hecho abusivo después de producido, mediante la aplicación de las disposiciones legales que sanciona el abuso del derecho o castigan la comisión de hechos delictuales”².

La tesis expuesta resultaba, como se verá en seguida, idéntica a la sostenida actualmente por la Corte Interamericana, así como también la sustentada por la Comisión creada en virtud del Pacto de San José³.

Sin embargo, el 15 de junio de 1993, la Corte Suprema varió su doctrina tradicional, restringiendo el concepto de censura previa, de lo cual derivó que se prohibiera la internación y comercialización en Chile del libro *Impunidad Diplomática*. Obró en ese sentido sobre la base que aquella medida constituía el instrumento idóneo para evitar que se concretara, en forma flagrante, la violación de diversos derechos fundamentales invocados por los recurrentes:

“Esta libertad (de emitir opinión y de informar) la consagra el Constituyente sin censura previa, la cual en su sentido técnico y estricto consiste en el procedimiento impeditivo que forma parte de una política de Estado no democrático, practicado por agentes administrativos que operan como vigilantes, respecto de ideas —no sobre conductas— religiosas, políticas o morales, que se reputan peligrosas, impidiendo que lleguen al público por estimarse contrarias a los intereses de los gobiernos, o para el control que estos ejercen sobre la sociedad”⁴.

Este criterio es el mismo que, en 1997, siguió la Corte para prohibir la difusión de *La Última Tentación de Cristo*:

“(...) Está claro, por otro lado, que la acción cautelar que se ha impetrado (el Recurso de Protección) no significa implantar una forma de censura previa, lo que está proscrito por la Constitución.

² Considerando 6° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 11 de junio de 1984, reproducida en Fallos del Mes N° 307, pp. 238-242. En el mismo sentido, léase el considerando 7° de la sentencia evacuada por esa misma Magistratura el 12 de junio de 1986, contenida en LXXXIII Revista de Derecho y Jurisprudencia, 2 p., S. 5, p. 50.

Tal fue también la tesis sostenida bajo el imperio de la Constitución de 1925, como puede leerse en los diversos fallos citados por Enrique LÓPEZ BOURASSEAU: *Jurisprudencia Constitucional 1950-1979* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1984) pp. 30-37. En este sentido, puede acudir a la jurisprudencia comparada para aclarar todavía más la amplitud del concepto, cuando ha expresado que “por censura previa puede entenderse cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu (...)”, como lo ha expresado el Tribunal Constitucional de España en su sentencia N° 52 de 1983, reproducida por Francisco RUBIO LLORENTE: *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales* (Barcelona, Ed. Ariel, 1995) p. 207.

³ Contenido en el Decreto Supremo N° 873, publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

⁴ Considerando 7° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 31 de mayo de 1993, confirmada por la Corte Suprema el 15 de junio de 1993, reproducida en Fallos del Mes N° 415, pp. 349-360.

La censura previa es, conforme lo explica Henry J. Abraham, citado por el profesor de Derecho Constitucional, don José Luis Cea Egaña, en su trabajo "Misión Cautelar de la Justicia Constitucional", contenido en la Revista Chilena de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, XXIV Jornadas de Derecho Público, 18 al 20 de noviembre de 1993. Todo procedimiento impeditivo que forma parte de una política estatal, aplicado de antemano por funcionarios administrativos vigilantes en gobiernos autoritarios, dirigida a que las ideas no lleguen libremente al público, a raíz de reputárselas peligrosas para el control de la sociedad por los gobernantes o contrarios a los intereses de estos.

Los recurrentes han hecho valer el presente recurso de protección para impedir que por actos u omisiones arbitrarias o ilegales se amenacen o vulneren ciertos derechos constitucionales, entre ellos, el del respeto y protección de la honra que por lo demás prevalece con respecto a la libertad de emitir opinión o de informar"⁵.

2. Justificación

La nueva tesis, tendiente a comprimir el alcance de la censura previa y, al mismo tiempo, proclive a dotar de eficacia a los preceptos constitucionales que permiten cautelar o proteger preventivamente los derechos fundamentales amagados por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, encontró fundamento en el desarrollo que la doctrina ha dado al tema:

"Claro lo anterior, indispensable es entender que no toda limitación o excepción a la libertad de informar constituye censura previa. Efectivamente y al tenor de lo ya demostrado, dicha libertad tiene, en sí misma, un conjunto de elementos esenciales o que la tipifican y que son, por lo tanto, ontológica y deontológicamente sus acotamientos inherentes, que permiten armonizar el legítimo ejercicio de dicha libertad con los demás derechos subjetivos esenciales de la persona, su familia o la comunidad, sea nacional o más pequeña (...).

Si se examina ahora el concepto en su acepción técnica, compréndese que la censura se encuentra aún más claramente definida y circunscrita. Así es, porque se entiende por tal todo procedimiento impeditivo, que forma parte de una política estatal, no democrático, aplicado de antemano por funcionarios administrativos vigilantes en gobiernos autoritarios, dirigida a que las ideas no lleguen libremente al público, por motivos religiosos o políticas, a raíz de reputárselas peligrosas para el control de la sociedad por los gobernantes o contrarios a los intereses de estos"⁶.

La doctrina recién citada examina en detalle los rasgos de aquel concepto de censura, señalando que:

⁵ Considerando 14° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 20 de enero de 1997 (Rol 4.079-96), confirmada por la Corte Suprema el 17 de junio de 1997.

⁶ José Luis CEA EGAÑA: "Misión Cautelar de la Justicia Constitucional", en XX Revista Chilena de Derecho N° 2-3 (1993) p. 403. El autor cita, en apoyo de su definición estricta de censura previa, a Henry J. Abraham: "Censura", en *II Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales* (Madrid, Ed. Aguilar, 1974) pp. 253 ff.; VERNON Bogdanor: *Enciclopedia de las Instituciones Políticas* (Madrid, Alianza Diccionarios, 1991) pp. 104 ff.; Gladio GEMMA: "Censura", en Norberto Bobbio *et al.*: *I Diccionario de Política* (México, 1984) pp. 239 ff.; Henri CAPITANT: *Vocabulario Jurídico* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1966) p. 107; Carl J. FRIEDRICH: *The Pathology of Politics* (New York, Harper Pu., 1972), pp. 170, 185 y 213; Angela VIVANCO MARTÍNEZ: *Las Libertades de Opinión e Información* (Santiago, Ed. Andrés Bello, 1992) pp. 256 ff.; y Emilio FILIPPI MURATTO: *La Profesión de Periodista. Una Visión Ética* (Santiago, Ed. Atenea, 1991) pp. 118 ff.

“Primero, la censura previa forma parte de una política o plan de acción sistemático y no es, por ende, una medida aislada o de carácter excepcional;
 Segundo, ella es típica de gobiernos *de facto* y, por lo mismo, inaceptable en el Estado de Derecho e inconciliable con la Democracia Constitucional;
 Tercero, la potestad de censurar se encuentra radicada en el ente vigilante, dependiente del jerarca gubernativo o administrativo, nunca en la sede jurisdiccional, ejercida por magistraturas independientes e imparciales;
 Cuarto, su móvil y finalidad han sido, sucesivamente en la historia, de carácter religioso y político, no la tutela de los derechos constitucionales amagados y ya lesionados por la información difundida;
 Quinto, el objeto de la censura es la persecución de las ideas, es decir, de las opiniones e informaciones en punto a los que se piensa, siente o cree en disidencia con el régimen *de facto*. En consecuencia, se censuran ideas y no conductas o comportamientos;
 Sexto, la censura previa consiste en actuaciones tangibles, en conductas materiales empíricas o sensorialmente observables, impeditivas por la amenaza o aplicación de sanciones, de la publicación o difusión de mensajes;
 Séptimo, el objetivo o finalidad perseguida es impedir de antemano que esas ideas, contrarias a las impuestas por los gobernantes o peligrosas para estos, lleguen libremente a la población, pues si así fuera amagarían los mecanismos de control no jurídicos que el gobierno ejerce sobre la sociedad para someterla;
 Octavo, no hay un beneficiario genuino pero, dentro de lo precario del autoritarismo, de la censura previa se aprovecha el gobierno *de facto* y jamás la persona, la familia o la comunidad, de manera que con aquella esta dictadura sirve en perjuicio del público. Por ende, ella es inconducente al respeto de la dignidad y los derechos del hombre e incoherente con el bien común;
 Noveno, ella escapa a la fiscalización parlamentaria, exactamente porque se impone por regímenes de concentración de las potestades públicas en órganos autoritarios que, si mantienen en funciones al Parlamento, es nada más que como fachada;
 Décimo y finalmente, la censura previa es esencialmente ilegítima, rasgo que por lo antes expuesto queda de manifiesto con cualidad irrefutable”⁷.

La doctrina citada, en fin, ha explicado el fundamento cardinal de aquella posición irrefutable:

“Toda mi vida académica, al menos desde 1972 he defendido la libertad de prensa o, como ya entonces la llamé, la libertad de expresión. Creo, sin embargo, que la manera más devastadora de atacar esa libertad y perjudicar el ejercicio, libre y seguro, de la comunicación social en la Sociedad democrática y pluralista, es propugnar un concepto absoluto de esa libertad, del cual no resulta difícil pasar al libertinaje de ciertos medios de comunicación social o de algunos sujetos que trabajan en ello. El enorme poder que detentan unos y otros en toda Sociedad, caracterizada por la masificación y esencialidad de las comunicaciones, vuelve indispensable tener conciencia de ello y adoptar las medidas jurídicas y éticas que, sin caer jamás en la censura, aseguren el desenvolvimiento legítimo de la comunicación social, con respeto de los derechos humanos”⁸.

⁷ José Luis CEA EGAÑA citado en *supra* nota 6, p. 404, y del mismo autor “Derecho Constitucional a la Intimidad y a la Honra”, en *Revista de Derecho* (Coquimbo, Universidad Católica del Norte, 1998), pp. 29-44. El profesor Cea Egaña señala que su posición coincide con la de otros autores, v. gr., cita los comentarios del profesor Raúl Bertelsen Repetto, publicados en Informe Constitucional N° 564 y 579, ambos de 1993, como asimismo los artículos de Pablo Rodríguez Grez y Eugenio Cantuarias Larrondo, aparecidos en *El Mercurio* de Santiago el 9 de julio y el 26 de agosto de 1993.

⁸ José Luis CEA EGAÑA: *Intimidad, Honra e Información: Conflictos y Soluciones en el Derecho Chileno* (Montevideo, Ingranusi Ltda., 2000) p. 5.

3. *Sentencia de la Corte Interamericana*

El 5 de febrero de 2001, esa Corte expidió su sentencia N° 73, resolviendo el caso relativo a *La Última Tentación de Cristo*, a raíz de que, el 15 de enero de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había sometido ante la Corte una demanda contra el Estado de Chile, con el objeto de que dicha Corte decidiera si hubo violación, por nuestro país, de los artículos 13° –sobre libertad de pensamiento y de expresión– y 12° –libertad de conciencia y de religión– de la Convención. Las violaciones de los preceptos referidos se habrían producido como resultado de la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película *La Última Tentación de Cristo*, confirmada por la Corte Suprema el 17 de junio de 1997.

Resolviendo la controversia, a propósito de la libertad de expresión, sostuvo la Corte que:

“En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: Esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13° de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13° de la Convención.

La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que esta esté suficientemente informada.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que:

“[la] función supervisora [de la Corte le] impone [...] prestar una atención extrema a los principios propios de una ‘sociedad democrática’. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El artículo 10.2 [de la Convención Europea de Derechos Humanos] es válido no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la

población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una 'sociedad democrática'. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.

Por otra parte, cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume 'deberes y responsabilidades', cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado".

Es importante mencionar que el artículo 13° inciso 4° de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión"⁹.

En atención a la doctrina transcrita, el Tribunal Supranacional resolvió, por unanimidad:

"1. Que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...).

3. Declara que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1° inciso 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutivo 1 de la presente Sentencia.

4. Decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película *La Última Tentación de Cristo*, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto (...)"¹⁰.

4. Evaluación

La tesis sustentada por la Corte y la Comisión Interamericanas, en nexa con la libertad de expresión, ha sido invariable¹¹, en el sentido de dotar a ese derecho de una aplicación extensiva, sin que, de hecho, se admitan limitaciones preventivas o cautelares, dejando la persecución de ciertos y precisos abusos, infracciones o delitos que en su ejercicio se puedan cometer a la aplicación de medidas ulteriores, esto es, una vez ya emitida la información u opinión agravante de otros bienes protegidos por la misma Convención:

⁹ Considerandos 64° a 70°.

¹⁰ Para verificar que la tesis expuesta ha sido la que tradicionalmente ha sustentado la Corte Interamericana, útil es acudir al Informe N° 11 / 96, evacuado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en otro caso -el N° 11.230- atinente a Chile, pronunciado el 3 de mayo de 1996. En dicho Informe se refiere al asunto que motivó la primera sentencia de nuestra Corte Suprema donde consta el cambio de jurisprudencia antes revisado, esto es, la prohibición impuesta a la entrada, circulación y distribución en Chile del libro *Impunidad Diplomática*. No puede leerse dicho Informe sin revisar también, por la gravedad de los hechos acaecidos en relación con la adopción y contenido de dicho Informe, el Voto Razonado del Comisionado Alvaro Tirado Mejía y la Comunicación del Gobierno de Chile.

¹¹ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ: "El Derecho a la Libertad de Información sin Censura Previa en el Contexto del Ordenamiento Jurídico Interamericano y Chileno" (XXX Jornadas de Derecho Público, EDEVAL, Valparaíso, 1999), pp. 257-279. En el mismo sentido, Lucas SIERRA: "Pluralismo y Comunicación Social: Libertad de Expresión y Dos Conceptos de Libertad", en Revista de Derecho (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1997), pp. 17-26; y David P. CURRIE: *Introducción a la Constitución de Estados Unidos* (Buenos Aires, Zavalia ed., 1983), pp. 109-120.

“Podemos concluir así que la acción jurisdiccional o tutela preventiva por amenaza de derechos esenciales (honor o privacidad), derivadas del ejercicio del derecho a la libertad de expresión o información está prohibida considerando el bloque de constitucionalidad de la libertad de opinión e información, mientras forme parte de dicho bloque el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos”¹².

Tal interpretación resulta errada, en el texto y contexto de la Convención Americana¹³.

En efecto, la exégesis efectuada por la Corte y la Comisión en torno del genuino sentido y alcance del artículo 13° de la Convención carece del acatamiento de un principio básico de hermenéutica jurídica, en virtud del cual las normas deben interpretarse, unas con otras, sistemática y coherentemente, sin que pueda darse aplicación a una en forma que las otras queden, prácticamente, sin vigencia; o que del ejercicio de un derecho se siga, como secuela inevitable, la vulneración de otro derecho de igual jerarquía o valor. Este principio, tiene que ser destacado, deviene de la realidad, pues más allá de aplicaciones puramente teóricas e ignorantes de cómo ocurren las cosas en el desenvolvimiento cotidiano de las relaciones sociales, la verdad es que el ejercicio de los derechos, incluyendo la libertad de expresión, puede colisionar con otros bienes jurídicamente protegidos.

Sin embargo y probablemente por razones explicables, particularmente, en el contexto político –carente de normalidad institucional, falta de aplicación y vivencia de los principios más elementales de la democracia y contrario a los derechos humanos– en que se vio envuelta América Latina por tantos años, pero sobre todo durante las décadas de los 70 y 80, es explicable la posición asumida por la Corte y la Comisión tendiente a reforzar la extensión de la libertad asegurada en el referido artículo 13°, al punto de erigirla en derecho absoluto, no susceptible de limitaciones –ni siquiera las consustanciales a su ejercicio– y menos de medidas preventivas tendientes al resguardo y respeto de todos los derechos humanos:

“Para guiar esta reflexión puede pensarse hasta qué punto hoy el Derecho, en sentido objetivo, tiene que cautelar los atributos inalienables de la persona y prevenir los atentados contra ellos, mucho más que reaccionar, con la legislación penal, cuando han sido ya conculcados o transgredidos”¹⁴.

Con todo, en una interpretación armónica de los preceptos contenidos en el Pacto, sobre la base de la realidad que da cuenta de una sociedad compleja, no puede haber duda que aquella hermenéutica totalizante tiene que ser adecuada en términos de respetar el principio en virtud del cual no existen derechos absolutos, sino que estos se encuentran limitados, ya sea por las restricciones que al efecto imponga el legislador, previa y expresamente autorizado por la Convención o por las constituciones nacionales, o ya sea por las limitaciones inherentes a cada derecho, entre las que se encuentra, superlativamente, el respeto de los derechos de los demás¹⁵:

¹² Humberto NOGUEIRA ALCALÁ citado en supra nota 11, p. 279.

¹³ Juan Antonio TRAVIESO: “La Libertad de Expresión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *La Ley*, Año LXII, N° 70 (Buenos Aires, 8 de septiembre de 1998), p. 2.

¹⁴ José Luis CEA EGAÑA: “El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica” (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1999) p. 42.

¹⁵ Al tenor de cuanto ha sido expuesto y precisamente porque pueden revestirse de legitimidad, bajo la cobertura de un derecho fundamental, hechos, actos o conductas lesivas de genuinos derechos humanos que exigen protección, ya no hay disidencia en cuanto a que el Ordenamiento Jurídico no solo debe reaccionar frente a la privación o perturbación de que sean objeto los derechos fundamentales, sino que, y primordialmente, debe ser capaz configurar mecanismos que permitan evitar la vulneración de esos derechos, de forma tal que existan instrumentos eficaces para la protección preventiva de frente a las amenazas de que ellos puedan ser objeto.

Papel preponderante en el resguardo preventivo de los derechos fundamentales corresponde, en nuestro Sistema Jurídico, a las acciones de amparo y protección, ambas de jerarquía constitucional:

“Pero es menester entender lógicamente lo ya expuesto y que repetimos: Jamás un derecho es absoluto y siempre va aparejado del deber correlativo, el cual limita o restringe el ámbito de ejercicio de aquel, encuadrándolo dentro de lo que es lícito o legítimo”¹⁶.

A la luz de lo expuesto, queda en evidencia que el carácter absoluto con que la Corte y la Comisión Interamericana han interpretado la libertad de expresión constituye una aplicación errada del Pacto y, especialmente, de sus artículos 11º, 13º, 29º y 32º. Tal exégesis absolutista puede haber hallado justificación en experiencias históricas de severa afectación de dicha libertad. Mas esa justificación ya desapareció e, incluso, se torna incomprensible de frente a la fuerza de los hechos cuando se abusa de la libertad de expresión o se recubre bajo su protección la ejecución de actuaciones ilegítimas, v. gr., cuando se difunden asuntos legítimamente reservados o secretos o cuando se penetra en el santuario de la intimidad.

Por lo expuesto, y efectuando una evaluación conjunta de la jurisprudencia pronunciada por nuestra Corte Suprema en 1993 y en 1997, de frente a la posición tradicional de la Corte Interamericana, preciso resulta reconocer que tanto la jurisprudencia nacional cuanto la que proviene de la Magistratura Internacional, contienen aciertos y errores que es menester advertir para resolver adecuadamente la controversia que se planteaba al comienzo en nexa con la vulneración de derechos fundamentales con motivo del ejercicio de la libertad de expresión.

“No cabe duda que el recurso de protección se ha convertido en uno de los instrumentos jurídicos de mayor relieve (...). La jurisprudencia ha sido minuciosa, por cuanto ha determinado la naturaleza de la amenaza, doctrina que consideramos general, esto es, propia para revelar el carácter que debe revestir la amenaza o peligro cuando la legislación” (Andrés Dfáz Cruzat: “El Concepto de Peligro en el Derecho” en *Gaceta Jurídica* N° 190, 1996, p. 10).

Sin embargo, no cabe confundir aquellas figuras, tendientes a prevenir y evitar las amenazas contra los derechos constitucionales, con las medidas cautelares¹⁵, aunque unas y otras sean igualmente funcionales a los mismos objetivos de carácter preventivo. Sin embargo, las cautelares carecen de la permanencia y de la cualidad principal¹⁵ de que gozan las acciones constitucionales de protección y amparo destinadas a evitar la consumación de las amenazas:

“Pues bien, en esa descripción de la actividad jurisdiccional, conocer, juzgar y hacer ejecutar, se encuentra implícita una actividad adicional. Subyace una manifestación del poder-deber jurisdiccional que no recibió explícita consagración: Se trata de la potestad cautelar, manifestación de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, explica un autor español, pero con carácter provisional e instrumental a la verdadera y propia función jurisdiccional predicable del proceso de fondo (...).

Hoy la dogmática procesal ha cobijado sin reservas a una vertiente procesal nueva y aun de incipiente desarrollo; merced a los esfuerzos de Couture y Calamandrei, medio siglo atrás, y a los recientes de Cappelletti y del maestro mexicano Fix Zamudio, actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho procesal constitucional ha adquirido entidad propia.

En él, la actividad garantística parece ser la nota distintiva: Repárese, por ejemplo, en el calificativo de acción cautelar de la libertad que nuestra jurisprudencia ha brindado al *habeas corpus*; en el propio nombre escogido para la protección, y en la facultad conferida por el artículo 80º de la Carta Fundamental a la Corte Suprema para disponer la suspensión de la tramitación de los procesos, a los que se pretende aplicar un precepto legal tachado de inconstitucional.

En el momento de efectuar un recuento, pues, puede convenirse en la idea que anticipamos: La potestad cautelar integra el poder-deber jurisdiccional, aunque de *lege ferenda* no se formule explícita referencia a su presencia” (Raúl TAVOLARI OLIVEROS: *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994, pp. 139 y 142).

En conclusión, sea por medio de acciones que pueden deducirse con carácter preventivo, tendientes a evitar que amenazas al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales lleguen a configurar privaciones o perturbaciones de esos derechos, o sea por medio de medidas cautelares, adoptadas con cualidad provisional e instrumental o accesoria a un asunto principal, es un principio axial de los Sistemas Jurídicos contemporáneos la existencia de procedimientos judiciales, expeditos y más bien informales, para prevenir la afectación de derechos humanos de frente a amenazas serias, actuales, graves y concretas.

¹⁶ José Luis CEA EGAÑA, citado en supra nota 14, p. 87.

Así acierta la jurisprudencia nacional cuando acude a instrumentos preventivos para cautelar los derechos fundamentales, sin esperar que estos se vean quebrantados para actuar en términos nada más que reparatorios, pues es un principio indiscutible, en los sistemas políticos y jurídicos contemporáneos, que deben contemplarse mecanismos —expeditos, rápidos e informales— preventivos o cautelares de frente a las amenazas —serias, graves y concretas— que puedan vulnerar los derechos humanos. Y de este principio general no queda excluida, por cierto, la libertad de expresión.

Da en el clavo, asimismo, dicha jurisprudencia cuando se construye la decisión sobre la base de otro principio jurídico indubitable, consistente en que ninguno de los derechos fundamentales, ni aun el máspreciado de ellos, puede reputarse ilimitado o absoluto, sino que todos son susceptibles de restricciones, sean ellas inherentes al derecho y que permiten configurar adecuadamente su núcleo esencial o el ámbito inviolable o insuprimible de su ejercicio, o bien sea que se trate de limitaciones externas, las cuales solo pueden ser impuestas por la Constitución o la ley.

Empero, no es efectivo, como se razona en aquellas sentencias nacionales, que la solución del conflicto entre la libertad de expresión, de una parte, y la honra o la intimidad, de otra, se resuelva sobre la base del principio de jerarquía entre los derechos constitucionales enfrentados. Ello porque no hay tal colisión entre derechos fundamentales, particularmente en el Caso Martorell. Lo que ha ocurrido allí es que las cuestiones que iban a ser difundidas a través del libro *Impunidad Diplomática* no eran, en verdad, susceptibles de ser informadas y, por ende, aquella conducta jamás estuvo cubierta o amparada por la libertad de expresión.

A su turno, es acertada la decisión de la Corte Interamericana, conforme a su doctrina tradicional, en el sentido que la censura previa, sea que se imponga por vía directa o indirecta, resulta contraria a la Convención y lo propio ocurre con ese precepto en la Carta Fundamental chilena. Sin embargo, se equivoca cuando decide sobre la base de conferir a la libertad de expresión un alcance absoluto que solo la lleva a responder ulteriormente y nada más que cuando la secuela posterior esté fijada por la ley y resulte necesaria para el respeto de los derechos o la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

De esta forma, en primer lugar, en nexos con la libertad de expresión, la Corte Interamericana autorrestringe su competencia, en la misión de proteger los derechos fundamentales que la Convención reconoce, siendo especialmente lesivo de la potestad que le confiere el artículo 63° inciso 2°, al tenor del cual “en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes”.

Por ello, y en segundo lugar, tratándose de la afectación de los derechos fundamentales mediante la difusión de ideas o pensamientos no cubiertos por la libertad de expresión, resulta más protectora la Constitución nacional que la Convención, debiendo privilegiarse la aplicación de aquella antes que esta.

En consecuencia, no hay razón alguna y al contrario existen principios indiscutibles en sentido inverso, que justifiquen sostener que la libertad de expresión constituye un derecho absoluto, insusceptible de ser limitado o siquiera de ser objeto de medidas cautelares o preventivas, adoptadas en sede jurisdiccional y en el marco de un debido proceso, con la finalidad de proteger otros derechos fundamentales de igual jerarquía y valor.

III. NECESIDAD DE UNA TAXONOMÍA

5. *Delimitaciones y limitaciones*

Atendido que el ejercicio de los derechos fundamentales no puede concebirse ni llevarse a cabo jamás en términos absolutos, resulta menester reconocer que las limitaciones a ese ejercicio vienen impuestas por dos vertientes diversas: Por una parte, las delimitaciones que

se encuentran integrando el mismo derecho, configurando su contenido esencial, pues el exceso, el abuso o la desviación en su ejercicio importa salirse del encuadramiento que al respecto ha configurado la Convención o el Poder Constituyente, ejerciéndose así una conducta ilegítima y, como tal, reprochable y prohibida; y de otra, las limitaciones que al ejercicio de los derechos impone, desde fuera o con rasgo sobreviniente, la Constitución o a lo más la ley, sean esas limitaciones ordinarias o extraordinarias.

En efecto y precisando tanto las delimitaciones como las limitaciones, la doctrina comparada expresa que:

“Hay que distinguir como hace Ignacio de Otto entre límites de los derechos y situaciones que no se encuentran incluidas en el supuesto de hecho de la norma reguladora de un derecho, es decir, entre límites y delimitación conceptual del contenido mismo del derecho (...).

Los límites de los derechos se refieren a las situaciones comprendidas en el supuesto de hecho del derecho, y por consiguiente el primer paso en este tema, para saber si estamos discutiendo de límites, es configurar el supuesto de hecho, es decir, el haz de derechos y libertades a los que abarca el derecho (...).

Los límites jurídicos de los derechos fundamentales pueden ser límites del sistema jurídico en general, del subsistema de los derechos fundamentales, de cada derecho considerado en general, o también los del caso concreto que serían no tanto límites al derecho, sino a su ejercicio (...).

Con carácter general con límites jurídicos, en nuestro caso de los derechos, la moralidad que se positiviza y que marca el horizonte ético del Ordenamiento, el ideal de justicia recogido por el Derecho Positivo, en la norma básica material de identificación de normas (...).

(...) En realidad estos valores superiores, cristalización jurídica de la moralidad positivizada, son la auténtica norma de clausura, que unifica y da sentido al subsistema de los derechos, por lo que son un límite, pero mucho más que un límite (...).

(...) debe tener un tratamiento especial el límite del derecho ajeno. En efecto, al ejercer un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quién debe ceder y quién debe continuar, cómo se construye ese límite al derecho fundamental (...). Este límite es el que más visiblemente la imposibilidad de considerar a los derechos fundamentales como absolutos e ilimitados, porque al ser todos los hombres titulares de derechos y al ser estos un número amplio no se puede descartar la posibilidad teórica, que prácticamente se ha constatado en la realidad de que al ejercer un derecho se lesiona o se ponga en peligro de lesionar el derecho de un tercero. Así, el ejercicio de la libertad de expresión puede chocar con el derecho al honor o con derecho a la intimidad (...)”¹⁷.

En cuanto, ahora, a las limitaciones, esto es, a las restricciones exógenas¹⁸ que impone, la Convención, la Constitución o la ley, la doctrina nacional ha escrito que:

“El ejercicio de los derechos humanos admite, como derechos subjetivos públicos que son, dos tipos de limitaciones o restricciones (...).

Primeramente, hállanse las restricciones (...) aplicables durante la vida normal y corriente del Estado. Son las limitaciones o restricciones que se deben aceptar día a día, sin que resulte necesario para ello que la Sociedad Política esté en crisis o que viva una emergencia para que la autoridad las implante y debamos obedecerla.

¹⁷ Gregorio PECES - Barba MARTÍNEZ: Curso de Derechos Fundamentales (Madrid, Universidad Carlos III, 1995) pp. 589-594.

¹⁸ Eduardo SOTO KLOSS: “Suspensión, Restricción. Nociones Claves para la Debida Defensa de los Derechos Fundamentales”, en Gaceta Jurídica N° 174 (diciembre de 1994), pp. 7-10.

(...)

Las restricciones excepcionales o extraordinarias son las impuestas únicamente en ocasiones graves, en tiempos de crisis o situaciones de emergencia y mientras duran estas¹⁹.

6. *Aplicación a la libertad de expresión*

La expuesta es la tesis, como no podía ser de otra manera, sustentada también por quienes analizan el asunto desde la óptica de la libertad de expresión:

“Una importante cuestión de principio, al referirse al llamado derecho a la información, es definir su propio contenido, hasta dónde puede llegar el ejercicio profesional respecto del conjunto de facultades (difundir y recibir, establecidas en el propio artículo 20º –de la Constitución española–, más la de investigar que se incluye en el artículo 105º B y que se incluye en dicho derecho) en el trabajo diario periodístico.

A priori se podría pensar que por su carácter fundamental, dicho contenido no contemplaría excepciones en el desarrollo de su labor profesional. Sin embargo, no es así, debido a que el derecho a la información forma parte, de manera solidaria, de un conjunto de derechos, que nuestra Constitución establece como fundamentales, y que en algunos casos deben ser coordinados entre sí a la hora de su desarrollo.

Esta idea de unidad ha sido puesta de manifiesto por la mayoría de los autores, los cuales parten de la necesidad de analizarlos a la luz de un estudio sistemático de los mismos (...).

Ello hace que el derecho a la información debe ser analizado a la luz del conjunto de los derechos que configuran la parte dogmática de nuestra Constitución (...).

(...) Carrillo afirma en este punto que ‘hay un acuerdo unánime en negar el carácter ilimitado de los derechos fundamentales’, idea que es completada por la aseveración, igualmente genérica, de que en nuestra Constitución no hay derechos absolutos, sino que deben ser contemplados desde la perspectiva de la unidad de derechos (...).

Cuestión bien diferente es la posibilidad de que el derecho a la información, en base a la necesaria conjunción con otros derechos, tenga, en el ejercicio activo de las facultades que lo componen, las necesarias excepciones a su desarrollo. Tendrá que tenerse bien en cuenta que son excepciones coyunturales, efímeras, que vienen fundamentadas bien por graves circunstancias (sociales, políticas, etc.) o por deferencia ante otros derechos que en un momento se han de coordinar con el derecho a la información.

De hecho, en nuestra Constitución existen otros derechos, que en la práctica pueden chocar con la acción profesional derivada del derecho a la información y que actúan, en palabras del texto constitucional, como límites al mismo. Será función de los tribunales determinar, en caso de conflicto, la prevalencia de uno u otro, en relación de la repercusión que la concreta excepción pueda existir en un momento dado (...)²⁰.

Situándose en el ámbito de las delimitaciones o limitaciones que forman parte integrante del derecho, Desantes ha sostenido con acierto:

¹⁹ José Luis CEA EGAÑA, citado en supra nota 14, pp. 154 y 156.

²⁰ José Ignacio BEL MALLÉN: “El principio de Excepcionalidad: Los Derechos Personales”, en José María Desantes Guanter *et al.*: *II Derecho de la Información* (Madrid, Ed. Colex, 1994), pp. 133-134 y 136.

“(…) esta cualidad de ilimitables externamente, no significa que los humanos puedan ser ejercitados sin medida, incluyendo en ella la atención a ciertas circunstancias. Ahora bien, esta medida viene de fuera, sino que está ínsita en la propia naturaleza, genérica e individualizada, de cada derecho.

Cada derecho pertenece al hombre para algo, acorde con la naturaleza; y, en relación con su teleología, está estructurado. Como medio, su estructura no puede ser utilizada en contra, ni en detrimento de su fin. Además, cada derecho tiene su objeto propio, que conviene a la naturaleza humana.

Y el ejercicio del derecho no puede llevar a destruir o desvirtuar su objeto, lo que supone su autodestrucción (...).

En el derecho a la información estas aseveraciones se prueban con facilidad. El mensaje de hechos, por ejemplo, como objeto del derecho a la información, tiene como constitutivo la verdad porque es conforme a la naturaleza del hombre conocer la realidad como es. Reflejar los hechos mintiendo es desinformar (...). Prohibir la información falsa de hechos no significa limitar el derecho a la información, ni su ejercicio libre, sino, por el contrario, promover la información y el derecho que la tiene como objeto. Cuando una ley, un acto de los poderes públicos o un acto privado, como el que puede proceder de la actitud contestataria, impiden la difusión o rectifican la información falsa, e incluso, la castigan, en el caso de la ley formal, no están limitando el derecho a la información ni la libertad de expresión, sino procurando que la información sea conforme a su naturaleza y a la naturaleza del hombre y, por tanto, promoviendo su derecho”²¹.

Refiriéndose, ahora, a las limitaciones o restricciones exógenas el mismo autor explica que:

“(…) la naturaleza humana no puede contradecirse a sí misma. No puede postular derechos que perteneciendo al mismo hombre, se contrapongan, se anulen o se atenúen al ejercitarlos por sí o en concurrencia con los demás hombres, titulares como él de los mismos derechos, en virtud precisamente del derecho natural de igualdad o de no discriminación (...).

El problema está en señalar unos criterios, cuanto más generales y comprensivos mejor, que sirvan para regular, en cada caso, la coordinación. Coordinación en que, necesariamente, alguno de los derechos humanos concurrentes habrá de ceder en todo o en parte la intensidad de su ejercicio a favor de otro. Se trata, por tanto, de encontrar unos principios de preferencia de unos derechos sobre otros, conforme a unas reglas genéricas que sean aplicables al ejercicio del derecho a la información (...)²².

La expuesta fue, en fin, la tesis sustentada tanto por la Comisión de Estudio como por el Consejo de Estado, pues no debe olvidarse la norma propuesta en el Anteproyecto y en el Proyecto de Nueva Constitución elaborados por aquellos organismos, al tenor de la cual la Constitución aseguraría a todas las personas:

²¹ José María DESANTES GUANTER: *Información y Derecho* (Santiago, Colección Actualidad e Información, 1990), pp. 26-27. Sobre el particular, acúdase a la jurisprudencia emanada del Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social constituido, con carácter autónomo, por la Federación de Medios de Comunicación Social y, en este sentido, léase Marisol PEÑA TORRES: “La Jurisprudencia de Valores Emanada del Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social”, en *XX Revista Chilena de Derecho* (1993), pp. 627-633.

Recuérdense los Principios de la Declaración de Chapultepec, adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en Chapultepec, México, D.F., el 11 de marzo de 1994.

²² José María DESANTES GUANTER, citado en supra nota 21, pp. 29-30 y 31. Del mismo autor, *Los Límites de la Información* (Madrid, Servicio de Publicaciones de la Asociación de la Prensa, 1991), pp. 62-72 y 105-122.

“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley. Con todo, los tribunales podrán prohibir la publicación o difusión de opiniones o informaciones que atente contra la moral, el orden público, la seguridad nacional o la vida privada de las personas”²³.

Con todo, es un hecho incuestionable que, en la actualidad, las limitaciones o restricciones sobrevinientes, cualquiera sea la autoridad –judicial o legislativa– que las imponga y sean preventivas o no, resultan más bien teóricas.

En efecto, el fenómeno de la globalización, que he definido como “un proceso inevitable de producción, acceso y transferencia de información, que se acrecienta, en forma más acelerada y sistemática, conforme avanza el desarrollo tecnológico”²⁴, torna prácticamente imposible mantener cautivas las expresiones. Si algo quiere ser difundido, por más resguardos que se adopten u obstáculos que se pongan, habrá de conocerse, sea que pueda calificarse esa difusión como legítima o no.

Sin desconocer que los tribunales, en aplicación directa de la Convención o de la Constitución y para proteger preventivamente los derechos humanos, pueden adoptar medidas preventivas o cautelares²⁵, resulta indispensable, en términos prácticos, configurar adecuadamente el derecho a la libertad de expresión, elaborando criterios, parámetros u orientaciones que permitan perseguir, aunque solo sea en el ámbito de la reparación civil, a quien, aduciendo o escudándose en el falso ejercicio de esa libertad, vulnera derechos fundamentales.

La cuestión cardinal estriba, entonces, en detectar el ámbito propio de la libertad de expresión y configurar adecuadamente las limitaciones legislativas que sean, a la vez, protectoras del ejercicio de aquella libertad, pero también protectivas del respeto a los demás derechos fundamentales:

“La libertad de expresión, socialmente organizada a través de los medios, debe respetar el derecho de las personas a su reputación y dignidad. Ultimamente hemos visto florecer un conjunto de prácticas que amparándose en la libertad de opinión, la desbordan y dejan al individuo en la más completa indefensión.

La reacción frente a tales desbordes puede ser más catastrófica que la acción de los medios, pues también en nombre de la protección del individuo se puede terminar sobrepasando el campo de la libertad de expresión y caer en prácticas restrictivas, que son incompatibles con el sano ejercicio de la democracia”²⁶.

²³ Léase el artículo 19° N° 11° del Anteproyecto elaborado por la Comisión de Estudio y el artículo 19° N° 12° del Proyecto preparado por el Consejo de Estado, ambos reproducidos en VIII Revista Chilena de Derecho (1981), pp. 327-328 y 430.

²⁴ Miguel Angel FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: “Globalización: Rol del Derecho Público y Transformación del Estado”, en Revista Chilena de Derecho (Número Especial, 1998) p. 46.

²⁵ Cfr. Marcela A. AHUMADA CANABES: Libertad de Expresión y Resoluciones Judiciales: ¿Medidas Cautelares o Censura Judicial? (Santiago, Tesis de Magíster, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, 2001).

²⁶ Jaime HERRERA RAMÍREZ: “La libertad de Expresión, Seguridad Jurídica y Responsabilidad Social”, en *Libertad de Expresión y Responsabilidad Social* (Cámara Nacional de la Industria de Radio y Televisión, México, 1998), p. 259. Véase la sentencia expedida por la Corte Suprema rol N° 3792-1998, reproducida en XCV Revista de Derecho y Jurisprudencia N° 3 (1998).

Asimismo, véase Tomás P. MAC HALE: “Marco Jurídico de la Libertad de Opinión: Problemas y Perspectivas”, en X Revista Chilena de Derecho (1983) pp. 623-632.

IV. REGULACIÓN LEGISLATIVA

Nuestra legislación²⁷, complementaria de la Convención y de la Constitución, se ha encargado o está proyectando hacerse cargo, sin entrar en detalle ni la precisión que resultan imposibles de lograr en estos casos e impropias de la ley, de establecer –al menos– algunos criterios o parámetros tendientes a configurar el conjunto de delimitaciones y limitaciones que forman parte de la libertad de expresión. Sobre la base de esos criterios puede configurarse, entonces, el ámbito de ejercicio legítimo de la libertad de expresión y, consecuentemente, cuándo se expresan o difunden informaciones no amparadas bajo la libertad que asegura la Convención o nuestra Constitución.

Sin perjuicio de disposiciones especiales, como las contenidas en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal²⁸, dos son los criterios fundamentales contenidos en la legislación complementaria de la Constitución que sirven para configurar el sentido y alcance de la libertad de expresión. Trátase, por una parte, del artículo 30° de la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo²⁹ y, de otra, del artículo 2° letra g) de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada³⁰. En la primera de esas disposiciones se señalan los hechos que se consideran de interés público y los que integran la esfera privada de las personas, mientras que en la segunda norma mencionada se precisan los hechos que forman parte de la vida íntima:

“Artículo 30°:

Al inculcado de haber causado injuria a través de un medio de comunicación social, no le será admitida prueba de verdad acerca de sus expresiones, sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurrieren a lo menos una de las siguientes circunstancias:

- a) Que la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real;
- b) Que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiere a hechos propios de tal ejercicio.

En estos casos, si se probare la verdad de la imputación, el juez procederá a sobreseer definitivamente o absolver al querellado, según correspondiere.

Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes:

- a) Los referentes al desempeño de funciones públicas;
- b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real;
- c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;

²⁷ Sobre la legislación vinculada con la Libertad de Expresión, véase Miguel GONZÁLEZ PINO, y Guillermo MARTÍNEZ RAMÍREZ: *Régimen Jurídico Vigente Sobre Libertad de Información* (Santiago, Centro de Estudios de la Prensa, 1986); y de los mismos autores: *Régimen Jurídico de la Prensa Chilena 1810-1987* (Santiago, Centro de Estudios de la Prensa, 1987).

²⁸ En nexa con el Procedimiento Penal acúdase al artículo 74° bis B del Código de Procedimiento Penal y al artículo 92° del Código Procesal Penal y en relación con ello léase el oficio remitido por la Corte de Apelaciones de Santiago el 27 de mayo de 1996, a propósito del cual informa *El Mercurio* de Santiago en su edición correspondiente al miércoles 5 de junio de 1996, p. C9.

²⁹ Publicada en el *Diario Oficial* el 4 de junio de 2001.

³⁰ Publicada en el *Diario Oficial* el 28 de agosto de 1999. Sobre la Ley y con referencia precisa a las cuestiones aquí analizadas, especialmente destacable por la bibliografía a que hace referencia, véase Alfonso BANDA VERGARA: “Manejo de Datos Personales. Un Límite al Derecho a la Vida Privada”, en *Revista de Derecho* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 2000), pp. 55-70.

- d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social;
- e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y
- f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito.

Artículo 2°:

“Para los efectos de esta ley se entenderá por:

- g) Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”.

En consecuencia, de las dos normas transcritas puede colegirse un criterio rector consistente en que, en principio, pues los conflictos deben resolverse caso a caso, no procede informar y si así se hace surge la potestad cautelar o preventiva para evitar la transgresión del principio o, si ya se difundió la información, nace la obligación de reparar el daño causado, pues tal información no queda cubierta por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, cuando se trata de los hechos a que alude el artículo 30° inciso final o el artículo 2° letra g) transcritos. A su turno, es susceptible de ejercerse, también en principio, la libertad de expresión respecto de aquellas cuestiones incluidas en el catálogo previsto en el inciso 3° del artículo 30° de la Ley N° 19.733.

No puede dejar de mencionarse, finalmente, en esta búsqueda de criterios que permitan conjugar el ejercicio de la libertad de expresión, configurando adecuadamente la extensión de ese derecho, con el ejercicio también legítimo de otros derechos fundamentales, el Proyecto de Ley de Protección Civil del Honor y de la Intimidad de las Personas³¹. Debe precisarse, en todo caso, que dicho proyecto aborda el asunto desde el punto de vista de las responsabilidades que proceden una vez que ya se ha difundido la información.

En todo caso, útil es considerar el artículo 6° del proyecto –conforme al texto propuesto por la Comisión respectiva–, pues allí se establece que se consideran intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección civil del honor y la intimidad:

“a) El emplazamiento o utilización, en cualquier lugar, de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para captar, interceptar, grabar o reproducir conversaciones o comunicaciones de carácter privado; o fotografiar, fotocopiar o reproducir documentos o instrumentos del mismo carácter; o captar, grabar, filmar o fotografiar imágenes o hechos de carácter privado;

V. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo;

³¹ Boletín N° 2370-07 de la H. Cámara de Diputados, el cual se encuentra, en primer trámite constitucional, pendiente la discusión, por la Sala, del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, contenido en el Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, sesión 61, celebrada el miércoles 9 de mayo de 2001, pp. 99 ff.

V. La revelación de datos privados de una persona o familia, conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela;

V. La captación, reproducción o publicación por fotografías, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8°;

e) La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga;

f) La utilización de mecanismos, medios o procedimientos análogos a los anteriores”.

Finalmente, pero como una orientación de la más alta trascendencia, resulta menester transcribir, en lo pertinente, las Pautas Éticas para los Medios de Comunicación, adoptadas por el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social:

“1. Búsqueda de la Verdad

Dentro de las limitaciones de la función informativa, el medio deberá buscar la verdad y practicar la veracidad (...).

2. Dignidad de las Personas

2.1. Derecho a la Honra y Fama (...).

d. El medio evitará toda referencia perjudicial u ofensiva a las personas por razón de su raza, color, religión, sexo, inclinaciones sexuales, o de cualquier enfermedad o inhabilidad física o mental.

e. El medio evitará publicar detalles relativos a la raza, color, religión, sexo o inclinación sexual de las personas, a menos que tales referencias tengan importancia para la respectiva información.

2.2. Vida Privada

a. El medio respetará la vida privada de las personas. Entendemos que la vida privada se refiere a las conductas, el espacio que cada persona necesita y desea mantener alejados de los ojos y oídos extraños. Se trata del núcleo de la vida personal, del recinto de expansión y verdadera libertad del sujeto, que este no acepta compartir con nadie o que comparte con sus íntimos.

b. Constituyen aspectos de la vida privada, el hogar doméstico, la oficina o lugar de trabajo, otros espacios reservados, el vehículo personal, las reuniones, conversaciones y comunicaciones privadas, los archivos de correspondencia y documentos, las funciones íntimas del individuo, las conductas que este desarrolla naturalmente en reserva, su vida afectiva y sexual, los defectos físicos o morales que mantiene en reserva, y otros aspectos privados de naturaleza semejante.

c. La intrusión forzada o clandestina en dichas áreas, y/o su difusión periódica, violan el derecho a la intimidad o vida privada de las personas (...).

d. El medio podrá publicar aspectos de la vida privada o de su familia en las circunstancias siguientes:

- Con el consentimiento expreso de los aludidos.
- Sin consentimiento del afectado, cuando se trate de hechos ilícitos de pública notoriedad y se relacione con la autoría, complicidad o encubrimiento del mismo.

- En la medida que el conocimiento público de esas materias pueda modificar el juicio que la ciudadanía requiere tener acerca de personas que ejercen autoridad política, administrativa o judicial o que ostentan responsabilidades en la formación de la juventud o en los medios de comunicación social o se desempeñen en actividades de importancia en la vida social o económica del país (...).
- f. En cualquier caso, la publicación de hechos privados de la vida de las personas debe considerarse como excepcional y aceptable solo por motivos graves y de estricta calificación (...).

5. Inculpaciones de Delitos (...).

- b. El medio no identificará por su nombre o imagen a personas detenidas por sospechas, salvo que se trate de un suceso de trascendencia pública y que la identificación provenga de fuentes oficiales (...).

7. Informaciones sobre Niños

- a. El medio no entrevistará ni identificará a niños menos de dieciséis años en ausencia o sin consentimiento de sus padres u otro adulto que sea responsable del niño.
- b. Los niños no serán abordados ni fotografiados mientras estén en el colegio sin permiso de este.
- c. Aunque la ley no lo prohíba, el medio no podrá publicar la identidad o imagen de niños menores de dieciséis años que aparezcan involucrados en hechos delictivos, ya sea como partícipes, víctimas, testigos o defensores. Tratándose de atentados sexuales el medio será especialmente cuidadoso en el cumplimiento de esta norma, particularmente en cuanto a la identidad de la víctima.

8. Víctimas de Asalto Sexual

El medio no identificará a las víctimas de asalto sexual ni publicará material que facilite su identificación, salvo que el afectado lo autorice.

9. Información sobre el Sexo

- a. La intimidad sexual de las personas no es materia éticamente publicable.
- b. No es admisible publicar la exhibición grosera de la sexualidad, especialmente cuando implica degradación de la mujer, perversión de menores u otras formas aberrantes (...)

11. El Interés Público

El interés público no se refiere necesariamente a lo que interesa al público, sino a hechos que en sí mismos tengan relevante importancia social.

Para los efectos de estas pautas debe entenderse como interés público:

- a. Descubrir o denunciar actos ilícitos de trascendencia.

- b. Proteger la salud, la seguridad pública y la soberanía nacional.
- c. Proteger los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política.
- d. Prevenir al público de ser engañado por actos o aseveraciones erróneas o dolosas de individuos u organizaciones.
- e. En especial, descubrir o denunciar con fundamento plausible la corrupción administrativa y el narcotráfico”³².

V. REFLEXIÓN FINAL

Concluyo señalando que siento legítimo orgullo de haber participado en este Seminario en honor del profesor Enrique Evans de la Cuadra, quien, con justicia, debe ser considerado entre los constitucionalistas más destacados de nuestro país y respecto del cual no cabe sino manifestar gratitud por su contribución a las Ciencias Jurídicas, a la democracia y a la cultura de perfeccionamiento en el respeto y promoción de los derechos humanos y particularmente de la libertad de expresión. El dije y lo cito con ánimo retrospectivo, pero también con espíritu prospectivo:

“Palabras más, palabras menos, ese Capítulo III (de la Constitución) está llamado a tener larga vida en el constitucionalismo chileno. Por todo ello hemos realizado este trabajo. Los comentarios, juicios y antecedentes de cada capítulo suponen, como elemento de su esencia, que sus preceptos están destinados a regir la vida colectiva en una situación general de paz, cuando no haya necesidad de regímenes de excepción, en un Estado de Derecho y en un sistema plenamente democrático”³³.

³² Dictamen N° 55, pronunciado el 25 de junio de 1997, reproducido en Consejo de Ética de los Medios de Comunicación: Fallos 1997 (Santiago, Impreso en Comunicaciones Regionales Limitada, 1997).

³³ Enrique EVANS DE LA CUADRA: *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1986) p. 29 y en la edición de 1999, p. 33.