

HACIA LA DEROGACIÓN DE LAS NORMAS DE DESACATO EN CHILE

*Felipe González Morales*¹

1. INTRODUCCIÓN

Las llamadas “leyes de desacato” son normas que brindan una protección especial a la honra de ciertas autoridades, por la supuesta afectación que ello acarrearía para la vigencia del orden público. En Chile, históricamente ellas han sido utilizadas profusamente, y hasta hace pocos años no existía un cuestionamiento serio a su respecto. Los extremos a que se llegó en su aplicación durante la dictadura militar y el uso que se les continuó dando en una serie de casos paradigmáticos desde que se iniciara la transición en 1990, condujeron a reiterados planteamientos desde la sociedad civil y desde los órganos internacionales de derechos humanos por su derogación. Ello ha derivado en una paulatina derogación de tales normas, comenzando en 2001 por la del artículo 6 letra b de la Ley de Seguridad del Estado (que era la más empleada) y siguiendo por la derogación de las normas de desacato contenidas en el Código Penal en agosto de 2005. Así las cosas, en la actualidad únicamente se encuentra pendiente la derogación de la norma de desacato del Código Militar, que se refiere tanto a civiles como a militares.

¹ La presente es una versión actualizada a septiembre de 2005 de mi trabajo “Leyes de Desacato y Libertad de Expresión” que publicara en Felipe González y Felipe Viveros (eds.), *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Cuadernos de Análisis Jurídico Serie Publicaciones Especiales N° 10, Santiago, 2000, pp. 219-263.

Lo difícil que ha resultado llegar a la derogación casi completa de las normas de desacato en nuestro ordenamiento no es de extrañar. Como analizaremos en este trabajo, ello obedece a tendencias arraigadas en el medio político chileno, en el sentido de que muchos de los actores políticos se visualizan a sí mismos como dignos de un reconocimiento especial de parte de la ciudadanía y, por ello, merecedores de una protección superior por parte de la legislación.

En este trabajo se analizan los principales aspectos involucrados en las normas de desacato y la afectación que ellas representan para el ejercicio de la libertad de expresión. Esto incluye un abordaje conceptual, una revisión de los parámetros legales y jurisprudenciales chilenos en la materia, un análisis de los estándares internacionales y de derecho comparado y, a la luz de todos estos antecedentes, una revisión del proceso de reforma de estas normas que se está llevando a cabo actualmente en Chile.

2. CONCEPTO, FUNCIÓN Y ALCANCES DEL ORDEN PÚBLICO EN UN ESTADO DE DERECHO Y SU VINCULACIÓN CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

2.1. La libertad de expresión y sus limitaciones

La libertad para buscar, recibir y difundir información e ideas es uno de los valores más altos de un régimen democrático. Se trata de un derecho humano esencial que sirve de herramienta para medir el grado de compromiso democrático de los estados en cuanto a su capacidad de reconocer que no corresponde a las autoridades políticas o religiosas la determinación de la bondad o validez de las ideas u opiniones existentes en la sociedad, sino que es necesario dejar que ellas compitan entre sí. Por lo mismo, el deber del estado de respetar y garantizar los principios fundamentales de una sociedad democrática incluye la obligación de promover un debate público abierto y plural.

Lo anterior no obsta a que existan limitaciones a la libertad de expresión, puesto que ella puede afectar los derechos de terceros, como su honra y su privacidad, y, también, sostienen algunos, el orden público y la seguridad del estado.

De entre tales posibles limitaciones es el concepto de orden público el que resulta más pertinente de analizar a propósito de las leyes de desacato, ya que la fundamentación de estas suele descansar en una cierta concepción de dicho orden.

2.2. Cláusulas generales, principios jurídicos y noción de orden público en un estado de derecho

Los desarrollos llevados a cabo en la teoría del derecho en la segunda mitad del siglo XX han contribuido a proporcionar mayor claridad acerca de la función de las cláusulas generales en un sistema jurídico. Por cláusula general, ha entendido Engisch, “una redacción expresiva de los supuestos de hecho que abarca con gran generalidad un campo de casos y les señala su correspondiente tratamiento jurídico”². El orden público constituye una cláusula general en el sentido recién anotado.

Los embates al fragor de las disputas entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo hasta bien entrado el siglo XX habían conducido a opacar, desde la perspectiva positivista, el papel desempeñado por las cláusulas generales en el derecho. Así, los positivistas las habían relegado a un rol muy secundario. La postura de Kelsen es ilustrativa a este respecto, al hablar acerca de una suerte de inevitabilidad de tener que recurrir a las cláusulas generales y a los principios jurídicos (que colocaba a la par que las primeras), ya que de alguna manera introducirían un elemento perturbador en la pureza de su concepción del sistema jurídico. Para el mismo Kelsen, quedaba entregado al arbitrio de los jueces y funcionarios administrativos el llenar de contenido aquellos principios y cláusulas³.

² Karl Engisch, *Introducción al Pensamiento Jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967, p. 153.

³ “Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella –apunta Kelsen–, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no solo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, la justicia o lo que se denomina ‘bien público’, ‘interés del Estado’, ‘progreso’. Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por el órgano superior”. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1977, pp. 170-71.

También resultaba perturbador, como se denota en autores como Neumann⁴, el uso dado por regímenes totalitarios a las cláusulas generales, como cuando en la parte general del Código Penal nazi se estableciera que “[s]erá sancionado quien realice un hecho penado por la ley o que merezca sanción de acuerdo con los fundamentos de una ley y con el sano sentimiento popular. De no encontrarse una ley penal determinada que sea inmediatamente aplicable al caso, este será castigado de acuerdo con la ley cuyo fundamento le sea más exactamente aplicable”. Pero como observa Kaufmann, en realidad lo que ocurre en el ejemplo de la legislación nazi es que hay un uso de una cláusula general que resulta incompatible con un estado de derecho, que pasa por sobre la teoría de los tipos penales y que en vez de tender a solucionar un problema de falta de precisión legal aparece propiciándolo, pero no una característica propia de toda cláusula general. La formulación de cláusulas generales se le aparece a Kaufmann como una etapa insoslayable en el proceso de realización del derecho⁵.

Existen ciertos conceptos e instituciones que son el producto de la idea de un estado de derecho. Tal es el caso, por ejemplo, del voto libre, igual, secreto, informado y con diversidad de alternativas. Siendo instituciones como esta consustanciales a un sistema democrático, el riesgo de que se desvirtúen va a ser muy bajo. En cambio, el concepto de orden público es anterior a las concepciones sobre el estado de derecho. Es cierto que bajo otras concepciones, distintas a las del estado de derecho, el contenido de la noción de orden público es también diferente, pero es precisamente esta diferencia la que se deja en el olvido con frecuencia, manteniéndose componentes autoritarios y discriminatorios en la idea de orden público. Dado que el concepto de orden público ha sido históricamente utilizado para resguardar la estabilidad de diversos tipos de sistemas políticos –y no solo de sistemas democráticos–, el riesgo de que se desvirtúe es mucho mayor que lo que ocurre respecto de principios o instituciones nacidos junto con el estado de derecho.

El concepto de orden público tiene, por lo menos, dos acepciones elementales. La primera concierne al respeto u observa-

⁴ Franz Neumann, *El Estado Democrático y el Estado Autoritario*, Paidós, Buenos Aires, 1968, pp. 36 y ss.

⁵ Arthur Kaufmann, *Analogía y Naturaleza de la cosa*, Editorial Jurídica, Santiago, 1976, pp. 42 ss.

ción de las reglas básicas de la organización política y social, es decir, de las normas fundamentales del estado. La vigencia del orden público está condicionada en este sentido por el cumplimiento de los roles que les corresponden a las instituciones y a los individuos dentro del funcionamiento del aparato del estado. Esto se manifiesta en las relaciones de los órganos del estado entre sí, en las relaciones entre órganos del estado y los particulares y en la relación de los particulares entre sí. En este sentido, el Derecho Civil regula una serie de situaciones en las que el orden público limita la autonomía de la voluntad, como respecto de estado civil de las personas o los actos que impongan un atentado contra la personalidad (como la esclavitud por vía convencional)⁶.

La segunda acepción es la que se vincula más directamente a la estabilidad política y que tradicionalmente se ha enfocado desde la vía penal. Rodríguez Devesa señala que “[l]a subordinación a los órganos del Estado constituye la textura de disciplina social y política, sin la que no se concibe la realización de los fines del Estado; la paz pública excluye aquella presión o intimidación que cohiben el ejercicio de los derechos individuales”. Así, al tiempo que el orden público se relaciona directamente con un interés estatal, el mismo consiste, en último término, en la protección de los derechos fundamentales⁷. Si bien la afectación del orden público requiere de un compromiso de la estabilidad del sistema político democrático menor en entidad a la que corresponde a la afectación de la seguridad del estado, la tendencia en el Derecho Comparado e Internacional es a llamar la atención sobre el riesgo de trivialización del concepto de orden público. Con ello se quiere decir que no cualquier disturbio o alteración de la tranquilidad representa una genuina afectación del orden público, como a menudo se pretende por las autoridades.

Estas dos acepciones operan a nivel constitucional. A este nivel se produce una aparente paradoja, puesto que el orden público se presenta como una limitación a los derechos de las personas, al tiempo que su objetivo (en un estado de derecho)

⁶ Véase, por ejemplo, Avelino León Hurtado, *El Objeto en los Actos Jurídicos*, Editorial Jurídica, Santiago, 1983.

⁷ José María Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Imprenta Artes Gráficas, Madrid, 1983, p. 761.

es asegurar la estabilidad para el ejercicio adecuado de tales derechos.

En consecuencia, en un estado de derecho, el orden público solo cumple una función instrumental, es decir, no posee un valor propio, sino que está destinado a salvaguardar determinados fines: el ejercicio adecuado de los derechos fundamentales. La protección del orden público no aparece como un objetivo en sí mismo en un estado de derecho –como es, por ejemplo, la protección de la libertad de expresión–, sino que hace las veces de un instrumento. Algunos autores se han preguntado si con esta tesis “no estaremos ante una petición de principio, si recortar el derecho a la libertad de expresión mediante disposiciones de diverso rango administrativo que vengan a impedir la ‘alteración del orden público’, estando integrado el orden público por la defensa de la libertad es jurídicamente y éticamente aceptable”⁸. A mi juicio, si bien es obvio que ciertas disposiciones administrativas –o de rango legal, que, para el caso, lo mismo da– pueden ser eventualmente impugnadas jurídicamente, no hay una petición de principio envuelta, puesto que no será la libertad de expresión la que se limite a sí misma por sí sola, sino que es el juego de las diversas libertades (o de algunas de ellas) el que lo hace. Ciertamente, la libertad de expresión es necesaria no solo por sí misma sino para el ejercicio de otros derechos, pero el proceso también se da a la inversa y otros derechos son también necesarios para el ejercicio de la libertad de expresión.

La afirmación precedente es relevante, puesto que permite entender por qué el orden público debe ser asumido e interpretado restrictivamente. En efecto, si bien el orden público está destinado a proteger los derechos de las personas, el mismo está regulado a la vez como una limitación a tales derechos en los instrumentos internacionales, las constituciones políticas y los códigos nacionales. En cambio, una concepción del orden público como una entelequia con valor propio conlleva el riesgo de entender las instituciones de un estado de derecho de una manera formalista, desconectada de los principios elementales que constituyen su razón de ser. Es cierto que la noción de orden público persigue también proteger una serie de institu-

⁸ Manuel Fernández Areal, *Introducción al derecho de la información*, A.T.E., Barcelona, 1977, p. 20.

ciones propias de un estado de derecho y salvaguardar aspectos de lo que se suele denominar Derecho Constitucional Orgánico, pero teniendo siempre como telón de fondo la protección de los derechos fundamentales, que sirven además como criterio interpretativo para una comprensión apropiada de esas instituciones y de su vinculación con el orden público.

La noción de orden público en un estado de derecho debe atender, entonces, de un modo preferente a los principios formulados en las garantías constitucionales y solo por derivación a las instituciones específicas del sistema, entre otras razones para evitar caer en el formalismo y no perder de vista que los derechos humanos constituyen el telón de fondo.

Ahora bien, el hecho de que la noción de orden público en un estado de derecho tenga por función garantizar los derechos humanos no debe movernos a confusión respecto del carácter que asume su tensión con tales derechos. En este sentido, es necesario distinguir entre el tipo de tensión que se produce entre el orden público y los derechos humanos de aquella otra que se produce cuando son dos derechos humanos los que entran en colisión.

Cuando se trata de dos derechos humanos que entran en tensión entre sí, la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos es consistente en cuanto a que no es posible construir una jerarquía de tales derechos, ya que ellos se limitan recíprocamente, debiendo ponderárselos en el caso concreto. En otras palabras, el catálogo de derechos no contiene un orden conforme al cual unos queden subordinados a otros⁹. Esto es coherente con la forma en que, desde la teoría del derecho, autores como Alexy o Dworkin describen la colisión entre principios. Alexy señala que los principios actúan como mandatos de optimización, es decir, operan en tensión unos con otros, ponderándose su aplicación, y sin que, por lo mismo, se anulen recíprocamente ni exista, tampoco, una jerarquía rígida entre ellos (Alexy señala que a lo sumo podría hablarse de una prioridad *prima facie* de ciertos principios). Ello, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, que derechamente o son o no son

⁹ Consúltese a este respecto, Cecilia Medina, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en: Cecilia Medina y Jorge Mera (eds.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Cuadernos de Análisis Jurídico Serie Publicaciones Especiales N° 6, Santiago, 1996, pp. 27 ss.

aplicables al caso concreto¹⁰. Dworkin caracteriza la colisión entre principios en términos parecidos¹¹.

En cambio, la tensión entre una noción como la de orden público y determinados derechos humanos consiste no ya en una tensión en un plano de igualdad, sino de una situación en que el orden público queda subordinado a los derechos humanos. El hecho de que el orden público aparezca en los instrumentos internacionales y en las constituciones nacionales como una limitación a los derechos humanos que debe ser interpretada restrictivamente es una consecuencia lógica de lo anterior.

En América Latina la conexión entre orden público y derechos humanos no ha sido la tónica, ya que existe una larga tradición de desvincular ciertas instituciones y conceptos establecidos en las constituciones políticas con su fundamento, que, en un estado de derecho, se encuentra en los derechos de las personas. Esto ha conducido a que a menudo sean las garantías constitucionales las que aparezcan como desprovistas de significado y eficacia reales.

La jurisprudencia chilena no ha solido formular de manera fuerte esta relación entre orden público y derechos humanos, sin perjuicio de que fallos aislados sí lo hayan hecho. En el sentido de realzar esta conexión, se ha planteado, por ejemplo: "si bien es verdad que la ley no ha definido en ninguna parte lo que debe entenderse por alteración del orden público o, simplemente, por orden público, como concepto jurídico, es el hecho que, sin pretensiones de sentar una definición empírica, sino dando solo una acepción comprensiva para el nuevo entendimiento de la ley primitiva que deba aplicarse, hay que considerar como orden público la situación o estado de legitimidad normal y de armonía dentro del conjunto social, que permite el respeto y garantía de los derechos esenciales de los ciudada-

¹⁰ Véase Robert Alexy, *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, en: *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 1993, pp. 9-22. Véase especialmente p. 14. En otro texto, Alexy cita a otro autor sobre este punto: "Los principios no rigen sin excepción, y pueden entrar en oposición o contradicción; no contienen una pretensión de exclusividad; solo despliegan su contenido significativo propio en un juego conjunto de complemento y limitación recíprocos, y necesitan para su realización de concreción a través de principios subordinados y valoraciones particulares con contenido material independiente". C.W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlín, 1969, p. 52, citado por Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 26.

¹¹ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999.

nos”¹². Más recientemente, también se analizó esta conexión en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago absolviendo a Francisco Javier Cuadra respecto de la querrela interpuesta en su contra por la Cámara de Diputados y el Senado bajo el art. 6 letra b) de la Ley de Seguridad del Estado, absolución que sería posteriormente revocada por la Corte Suprema¹³.

En el ámbito internacional se encuentra suficientemente esclarecido que, en cuanto limitaciones a los derechos humanos, las cláusulas como las de orden público deben ser interpretadas de manera restrictiva y a la luz de esos derechos. Así, en los Principios de Siracusa se establece que “Todas las cláusulas de limitación serán interpretadas estrictamente y en favor de los derechos en cuestión” (Principio 3º) y que “La carga de justificar una limitación a un derecho (...) incumbe al Estado” (Principio 12)¹⁴.

Por su parte, la Corte Interamericana, al tratar el problema de la colegiatura obligatoria de profesionales, ha considerado que ella podría justificarse en virtud del orden público, en la medida en que no se afecte la libertad de expresión. Lo que hizo la Corte fue distinguir entre la colegiación obligatoria de periodistas y la de otros profesionales. La Corte, refiriéndose a los demás profesionales, señala que “la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es per se contraria a la Convención [Americana] sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas”¹⁵. La Corte señaló que “si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la

¹² Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de agosto de 1953; RDJ Tomo L, 2ª Parte, Sección 4ª, p. 114.

¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 18 de enero de 1996. Véase un análisis de este caso más adelante en este mismo trabajo.

¹⁴ Véase Principios de Siracusa (sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en: Revista de la Comisión Internacional de Juristas N° 36, junio 1986. Estos principios fueron adoptados en una reunión convocada a tales efectos por la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Urban Morgan Institute for Human Rights y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales.

¹⁵ Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 39 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, p. 40.

base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden”¹⁶. La Corte agregó que “las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo(…)” en cuanto ello impida a otras personas el ejercicio de la libertad de expresión a través de los medios de comunicación¹⁷.

2.3. Orden público e interés público

Muchos procesos que se siguen por delitos de expresión invocándose una afectación del orden público envuelven situaciones de claro interés público. Esto lleva a incurrir en un contrasentido, puesto que se pretende restringir el debate público, sobre temas de interés ciudadano, invocándose la cláusula de orden público.

Al respecto, es imprescindible tener en claro que el interés del gobierno de turno o el de las colectividades políticas mayoritarias no necesariamente coinciden con el interés público. La identidad entre interés público e interés estatal que históricamente ha prevalecido ha contribuido a confundir las cosas en esta materia. Además, también ha contribuido a esta confusión el hecho de que tradicionalmente haya existido una tendencia a privilegiar la protección del Poder Ejecutivo.

El interés público en un estado de derecho incluye la protección de las opiniones minoritarias y disidentes y, en este sentido, un concepto de orden público genuinamente democrático debiera hacerse cargo de esto. Como ha señalado el Privy Council, “no es menos obvio que el verdadero propósito de los opositores políticos que critican a aquellos (...) que conducen los asuntos públicos es minar la confianza pública en su desempeño y persuadir al electorado que los opositores harían un mejor trabajo en caso de alcanzar el poder que los que lo detenta actualmente”¹⁸.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ídem, p. 43.

¹⁸ *Hector vs. Privy Council*, [1990] 2 AC 312 (PC) [1991] LRC (Cons) 237. Traducción del autor.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha hecho cargo de la noción de interés público en el sentido que venimos anotando en varios fallos¹⁹. Así, observa la Corte en el Caso Herrera Ulloa que “[e]l control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público”²⁰.

2.4. La afectación del orden público: razonabilidad y proporcionalidad *versus* la doctrina de la “conexión automática”

La práctica jurisprudencial chilena establece de manera casi unánime una conexión automática entre las conductas descritas en el art. 6° de la LSE y la afectación del orden público. En otras palabras, probado que sea, por ejemplo, que se ha injuriado a algunas de las autoridades indicadas en la letra b), se tiene automáticamente por establecido que con ello se afecta el orden público.

A título ilustrativo, se revisan algunos de entre la abrumadora mayoría de casos que sostienen esta tesis de la conexión automática.

A los pocos años de la entrada en vigencia de la LSE, en un caso del año 1961, durante el gobierno de Jorge Alessandri, ya se establecía que “según el art. 6°, letra b), de la ley N° 12.927 sobre Seguridad Interior del estado, cometen delito contra el orden público, entre otros, los que difamen, injurien o calumnien al Presidente de la República o Ministros de Estado cualquiera que sea la gravedad de las injurias. establecido que las publicaciones de prensa de fs. 1 y 2 contienen expresiones injuriosas contra el Gobierno que afectan a la persona del Presidente de la República y a las de sus Ministros de Estado, solo puede concluirse que con tales afirmaciones se demuestra la existencia de hechos que presentan los caracteres del mencionado delito contra el orden público”²¹.

¹⁹ Corte IDH, caso Ivcher Bronstein, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 155; Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 127.

²⁰ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (cit.), párr. 127.

²¹ Aravena Carrasco, Jorge y otros (desafuero parlamentario), C. Suprema, 21 de enero de 1961, RDJ 1961, 2ª Parte, Sección 4ª, pp. 320 y siguientes.

Lo propio se continuaría señalando a lo largo de los años, y así, en la época del gobierno de Salvador Allende, los tribunales señalaban: “El artículo 6° de la Ley de Seguridad del Estado establece que los que cometen algunos de los supuestos que él describe ‘cometen delito contra el orden público’. Es pues la propia ley la que presume que estas formas delictuosas alteran de alguna manera el orden público. Por tanto, no cabe al sentenciador contrariar el texto explícito de la ley, que es claro, llegando por vías interpretativas a una conclusión contraria”. Agrega la sentencia que “[f]ue el propio legislador quien hizo uso de su soberana facultad para elevar a la categoría de delito contra el orden público las difamaciones, injurias o calumnias contra un senador o diputado”²².

Como trasfondo, está la tesis más general de que el papel del Poder Judicial es muy acotado en estas materias. Como se señalara en un fallo durante el gobierno de Frei Montalva: “Si la incriminación de que se trata envuelve realmente una conculcación de las precitadas libertades [de expresión y opinión], no es de cargo del intérprete sortearlas. El precepto constitucional que consagra la libertad de emitir sin censura previa ha dejado librada a la ley la determinación de los casos en que se incurre en responsabilidad por los delitos y abusos que se cometen en el ejercicio de ella, de manera que incumbe al legislador, que dicta la ley, y no al juez, que se limita a aplicarla, precaver que aquella garantía no sea desvirtuada injustificadamente. Son cometidos diversos: el legislador hace una apreciación política; el juez una jurídica”²³.

Esta jurisprudencia se ha visto reiterada en una serie de ocasiones durante la actual transición a la democracia, según se expone en el capítulo 4 de este trabajo.

La práctica mencionada hace imprescindible explicitar en la legislación que los tribunales deben calificar la razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo a las circunstancias del caso y a la existencia o no de una genuina afectación del orden público. Se trata, de acuerdo a esta propuesta, de eliminar todo vestigio de responsabilidad objetiva, asegurándose que se tomarán en

²² Durán, Bulnes, Lavandero y Morales Adriaola contra *Puro Chile*, Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de mayo de 1971; RDJ 1972, Tomo II, 2ª Parte, Sección 54ª, pp. 44 y siguientes.

²³ Contra Carlos Altamirano, RDJ, Tomo LXV, 2ª Parte, Sección 4ª, pp. 9 y siguientes.

consideración los elementos subjetivos del tipo penal, la eficacia causal de la conducta y las demás circunstancias de hecho que rodeen el caso específico.

La necesidad de eliminar las diversas formas en que se manifiesta la responsabilidad objetiva en el sistema penal resulta aún más apremiante tratándose de materias relativas a delitos contra el orden público. En efecto, dado que en estas materias se encuentran envueltos elementos de connotaciones políticas y sociales, el uso de criterios de responsabilidad objetiva resulta todavía más complejo y arbitrario.

La invocación del orden público como limitación debiera restringirse a casos concretos en los que la falta de una estabilidad del sistema político democrático produzca un perjuicio relevante para los derechos de las personas o ponga en un peligro inminente a tales derechos.

Esto se recoge en abundante jurisprudencia internacional y también en los Principios de Siracusa ya mencionados, al establecerse que para que una limitación sea necesaria ella deberá, entre otras exigencias, responder a una necesidad pública o social apremiante y a un objetivo legítimo, así como guardar proporción con dicho objetivo (Principio 10). También se señala que “Al aplicar una limitación, un Estado no utilizará medios más restrictivos de lo que era necesario para lograr el propósito de la limitación” (Principio 11).

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS DE DESACATO EN CHILE

Históricamente, en Chile se han consagrado normas de desacato tanto en códigos como en leyes especiales. Aunque puede afirmarse que solo a partir de la década de 1930 se establecen en Chile cuerpos normativos especiales destinados a regular de manera sistemática las materias de seguridad del estado y orden público, se trata de conceptos de mucho más antigua data y es allí donde radica precisamente un elemento de conflicto.

En efecto, las nociones de seguridad del estado y orden público se remontan a épocas históricas previas a la conformación de un Estado de Derecho tanto en Europa –donde se originó– como en Chile. Se trata, por lo mismo, de nociones cargadas en sus oríge-

nes de un fuerte componente autoritario, propio de épocas en las cuales aún no existía la idea de que las personas poseen derechos fundamentales en cuya esfera el Estado no puede intervenir²⁴.

Lo anterior es particularmente válido en lo que se refiere a la libertad de expresión, puesto que es solo a partir de la concepción de un estado de derecho que se entiende que los ciudadanos deben tener garantizado el ejercicio de esta libertad, de manera de formular críticas a los gobernantes, fiscalizarlos y, a través de su ejercicio, participar del quehacer público.

De alguna manera esto ha producido efectos no menores, en el sentido de que los conceptos de seguridad del estado y orden público han mantenido un sesgo autoritario, y ello a pesar de que durante gran parte del siglo XX rigiera en Chile un sistema democrático de gobierno. Incluso se da la contradicción de que al tiempo que la Ley 12.927 estuvo destinada según sus propios autores a fortalecer un régimen democrático, ella mantuvo corptapisas a las libertades que supone tal tipo de sistema.

Como señalábamos, a partir de la década de 1930 comienzan a promulgarse en Chile textos dedicados de manera especial a regular estas materias. Así, el DFL 143 del año 1931 estableció como delito contra la seguridad interior la propagación de noticias tendenciosas o falsas. Luego, el Decreto Ley 50 del año 1932 reguló una serie de figuras penales que serían retomadas por los cuerpos normativos posteriores, tales como la apología de la violencia, la propagación y promoción de doctrinas subversivas, la incitación a la revuelta o al terrorismo, etc.

A su turno, la Ley 6.020, del año 1937, establece la distinción entre delitos contra la seguridad del estado y delitos contra el orden público, que sería recogida por la legislación posterior, incluida la actual ley. El monto de las penas establecido por la Ley 6.020 también será recogido de manera prácticamente similar por la Ley 12.927²⁵.

Pero hubo, por cierto, el interregno de la denominada –paradójicamente– Ley de Defensa de la Democracia (Ley 8.987, del

²⁴ Al respecto puede consultarse Felipe González, Jorge Mera y Juan Enrique Vargas, *Protección democrática de la seguridad del estado*, Programa de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1991, especialmente el capítulo I.

²⁵ Respecto de estas leyes especiales puede consultarse Felipe González, *Modelos legislativos de seguridad interior 1925-1989*, en: *Revista Chilena de Derechos Humanos* N° 11, Academia de Humanismo Cristiano, noviembre 1989, pp. 18-24.

año 1948). Esta legislación, producto de la época álgida de la Guerra Fría, generalmente es conocida por haber establecido la proscripción ideológica del Partido Comunista, pero en realidad tuvo alcances mayores.

En efecto, la Ley de Defensa de la Democracia también amplió el rango del catálogo de figuras penales, agregando una serie de tipos penales vagos y abiertos y aumentando las sanciones considerablemente. Por ejemplo, a pesar de que siempre se ha considerado que los delitos contra el orden público son de menor gravedad que aquellos contra la seguridad del Estado, esta ley asimila las penas para ambos tipos de delitos. En consecuencia, la Ley de Defensa de la Democracia reforzó de manera significativa los componentes autoritarios de los conceptos de seguridad del Estado y orden público²⁶.

En las postrimerías del gobierno de Carlos Ibáñez, en 1958, la Ley de Defensa de la Democracia fue derogada, reemplazándose por la Ley 12.927. Al momento de su derogación, en su Mensaje al Congreso, el entonces presidente Ibáñez, que había aplicado regularmente la Ley de Defensa de la Democracia durante los primeros años de su mandato, reconoció que orientada dicha ley “a eliminar de la vida cívica nacional al Partido Comunista, la práctica ha demostrado su fracaso, aparte de que ha creado resentimientos del todo inconvenientes al negar a un grupo de ciudadanos el derecho, que es a la vez deber fundamental, de participar en la elección de los Poderes del Estado”.

El propio Ibáñez añadió, en el mismo Mensaje, que el propósito de la Ley 12.927 era la protección del sistema democrático de gobierno. Ese fue también el espíritu invocado por la mayoría parlamentaria conformada en las elecciones de 1957, que parece haber sido más decisiva en realidad que el Ejecutivo en la derogación de la Ley de Defensa de la Democracia.

Pero más allá de los propósitos invocados, y tal vez porque hay ciertas tendencias autoritarias que se encuentran arraigadas en la cultura chilena, el hecho es que la Ley 12.927 continuó siendo en muchos aspectos incompatible con un genuino sistema democrático y con el alcance de las limitaciones de carácter permanente a los derechos humanos que autoriza el Derecho Internacional.

²⁶ Véase Felipe González, Jorge Mera y Juan Enrique Vargas, Función judicial, seguridad interior del estado y orden público: el caso de la “ley de defensa de la democracia”, Programa de Derechos Humanos Academia de Humanismo Cristiano, Cuaderno de Trabajo N° 5, junio 1987.

Durante la dictadura militar, el objetivo declarado de esta ley fue directamente vulnerado, al utilizársela como herramienta para proteger un sistema no democrático y sancionar precisamente a quienes pretendían que un sistema de tales características se estableciera. La ley fue además objeto de numerosas reformas, en términos de ampliar las conductas punidas y aumentar sustancialmente las penas, especialmente para los delitos contra el orden público.

Al comienzo de la transición a la democracia, y como resultado de las llamadas “Leyes Cumplido” (llamadas así por Francisco Cumplido, ministro de Justicia que impulsó tales reformas durante el gobierno de Patricio Aylwin), la gran mayoría de las modificaciones introducidas a la ley durante el régimen militar fueron eliminadas. Ello ocurrió en 1991. Durante los diez años siguientes se mantuvo un texto de la Ley de Seguridad del Estado muy semejante al que existía con anterioridad al régimen militar. En consecuencia, si bien los componentes más abiertamente antidemocráticos de la ley fueron derogados, subsistieron por una década, ya bien entrados en la transición, muchos elementos que revelaban un sesgo autoritario y que en nada contribuían al reforzamiento del sistema democrático y el ejercicio de las libertades públicas en Chile.

Desde luego, la afectación de la libertad de expresión es especialmente grave, no solo por la centralidad que ella posee en un sistema democrático, sino por ser el derecho que en la práctica ha sido afectado con mayor frecuencia en virtud de la Ley 12.927 durante la transición.

Luego de la derogación de la norma de desacato del art. 6 letra b) de la Ley 12.927, subsistieron, como hemos anotado, las normas de desacato del Código Penal y el Código de Justicia Militar. Las del primero de ellos –que se contenían en los artículos 263, 264 y 265 han sido recientemente derogadas. Ellas daban una protección especial al Presidente de la República y a los cuerpos colegisladores y a las comisiones de estos, indistintamente que se tratara de actos públicos o del desempeño de sus atribuciones particulares. También incurría en el delito de desacato quien injuriare a un senador o diputado por las opiniones manifestadas en el Congreso; quien lo hiciera a un miembro de un tribunal de justicia por algún fallo suyo; o quien la dirigiere contra un ministro de Estado u otra autoridad en el ejercicio de su cargo.

Subsiste, en consecuencia, solo la norma de desacato del Código de Justicia Militar (art. 284), la que brinda una protección especial tanto a las personas integrantes de las Fuerzas Armadas como a sus instituciones.

4. RESEÑA DE LA JURISPRUDENCIA CHILENA DURANTE LA TRANSICIÓN

Desde el inicio de la transición en 1990 se han llevado a cabo cerca de 30 procesos en virtud de normas de desacato. El Informe de Human Rights Watch sobre libertad de expresión en Chile contabilizaba 24 procesos hasta fines de 1998, a los que cabría agregar el seguido por el “Libro Negro de la Justicia Chilena” en 1999, el caso contra el periodista José Ale a comienzos del 2000²⁷ y el seguido contra el panelista de un programa de televisión, Eduardo Yáñez, con posterioridad incluso a la derogación de la norma del art. 6 letra b) de la LSE, usándose para ello las normas del Código Penal.

Este volumen de procesos es claramente significativo, tanto si se lo evalúa en una perspectiva comparada en Latinoamérica, como al analizarse los efectos restrictivos que ellos han impuesto en el debate y participación públicas durante la transición a la democracia en nuestro país.

En lo que se refiere a la dimensión comparada, este recurrente uso de las normas de desacato en Chile se mantuvo en un momento en que la tendencia latinoamericana ya era la contraria, ya sea a través de la derogación de dichas figuras penales o por medio de su falta de empleo en la práctica. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos propulsó en la década de los noventa la eliminación de estas normas, por considerarlas contrarias al Derecho Internacional.

En cuanto a los efectos restrictivos ocasionados, estos no son en absoluto menores. Entre los años 1958 y 1973, cuando regía un texto de la LSE con rasgos bastantes similares al de las normas subsistentes en el Código Penal y en el Código de Justicia Militar, aquel cuerpo legislativo también se utilizaba con

²⁷ Human Rights Watch, *Los límites de la tolerancia: libertad de expresión y debate público en Chile*, Lom Ediciones, Santiago, 1998, p. 167.

cierta frecuencia²⁸. Sin embargo, por el contexto de esa época, el impacto del empleo de esta legislación en el debate público era notablemente menor al que ha tenido durante la transición. Dado el fragor del debate público en los sesenta, la normas de desacato no estaban en condiciones de “congelar” mayormente el debate. Cosa distinta ha sucedido durante la transición.

En primer término, durante la actual transición el panorama social presenta diferencias importantes comparado con el de la década de los sesenta. En la actualidad las agrupaciones políticas no son, como antaño, canales que recojan y procesen casi todos los tipos de demandas sociales. El panorama social aparece hoy en día mucho más fragmentado, con actores variados cuyas estrategias no necesariamente coinciden con las de determinados actores políticos, sino que obedecen a su propia lógica y dinámica. En este sentido el mundo no gubernamental cobra fuerza propia. Esto dice relación con distintos procesos, incluyendo el hecho de que el Estado va perdiendo los niveles de centralidad en materia económica que antes poseía, por lo que los partidos políticos están en condiciones de ofrecer menos que antes. También tiene que ver con nuevas formas de concebir la participación ciudadana, así como con procesos de globalización, que incluyen el trabajo coordinado a nivel internacional no gubernamental en ciertas materias. Todo lo anterior conduce a mayores demandas de transparencia y fiscalización. Frente a estas nuevas realidades, la tendencia predominante al interior de las agrupaciones políticas ha consistido en cerrar filas y guarecerse frente a las inclemencias de la crítica y el escrutinio públicos.

En segundo término, el panorama político durante la transición ha sido, claro está, muy diferente al que imperaba en el período 1958-73. La transición a la democracia se ha desarrollado sobre la base de privilegiar las denominadas “políticas de los consensos”, en desmedro de las voces disidentes, más críticas o que simplemente ponen el dedo en la llaga sobre problemas graves. Esto último tiene relación con el periodismo investigativo. Dadas las características mencionadas de nuestra transición, casi inevitablemente el periodismo investigativo conduce a levantar problemas que la gran mayoría de los acto-

²⁸ Véase Jorge Mera, Felipe González y Juan Enrique Vargas, Ley de seguridad interior del Estado y derechos humanos 1958-1973, Programa de Derechos Humanos Academia de Humanismo Cristiano, Cuaderno de Trabajo N° 8, 1988.

res políticos preferiría dejar en la trastienda o postergar en su acometimiento. De allí que no sea de extrañar que varios de los casos más importantes durante este período hayan sido seguidos –ya vía normas de desacato, ya a través de otras vías– contra periodistas que realizaban investigaciones. Esto claramente ha producido un efecto de restringir el debate público, en un contexto en el cual el periodismo investigativo todavía se encuentra en pañales, llevado a cabo generalmente por periodistas *free lance* ya que los medios de comunicación de masas rara vez emprenden este tipo de iniciativas.

A este respecto, el caso del “Libro Negro de la Justicia Chilena” llevó al paroxismo algunas de las caracterizaciones precedentes y fue el desencadenante para la derogación de la norma de desacato que contenía la Ley de Seguridad del Estado. En efecto, la transición chilena ha incluido una revisión significativa del quehacer judicial. Los jueces se han visto expuestos al escrutinio y crítica pública como nunca antes en nuestro país. Más aún: se trata de una crítica generalizada, que proviene desde todos los sectores, a diferencia de lo que ocurriera en la época de la Unidad Popular o en la del régimen militar. Esta revisión ha conducido a llevar adelante importantes procesos de reforma judicial a pesar de la opinión contraria de muchos jueces y, con no poca frecuencia, de los que ocupan las más altas magistraturas. Existe una serie de características muy arraigadas en el quehacer judicial que han sido objeto de sistemáticas críticas, entre las que se encuentran una ineficiencia y una reticencia a la modernización endémicas, al formalismo y al nepotismo. A estas críticas se añaden las que señalan que se produjo un deterioro aún mayor en la judicatura durante el régimen militar, al descuidarse la protección de los derechos fundamentales y al privilegiarse la incondicionalidad como factor para ascender en la carrera judicial.

El “Libro Negro de la Justicia Chilena” trata precisamente sobre estos asuntos. En más de trescientas páginas revisa la trayectoria del sistema judicial, con especial énfasis en las últimas décadas. Si bien el querellante, el entonces ministro de la Corte Suprema Servando Jordán, aparece mencionado y criticado en una serie de ocasiones, el libro está muy lejos de girar en torno suyo²⁹.

²⁹ Véase, Alejandra Matus, *El Libro Negro de la Justicia Chilena*, Editorial Planeta, Santiago, 1999.

De este modo, la censura del libro mencionado produjo un efecto que fue mucho más allá de intentar dejar en la penumbra determinados actos del entonces ministro Jordán. Intentar, porque en realidad en casi su totalidad las referencias a actuaciones del ex ministro Jordán ya habían sido publicadas en la prensa a propósito de la acusación constitucional que se siguiera en contra suya. En realidad lo que se dejaba en la penumbra es un panorama de conjunto del sistema judicial chileno. Se trataba, en consecuencia, de una publicación de nítido interés público, que se vio impedida de circular durante dos años.

Una vez interpuesta la querrela, se designó como ministro de fuero para conocer de la misma al ministro de la Corte Suprema Rafael Huerta, quien prohibió la circulación del libro ese mismo día, invocando el poder conferido en el artículo 16 de la LSE (esta disposición fue posteriormente derogada, como se explica más adelante en este trabajo). En los días siguientes, organizaciones de la sociedad civil, incluyendo la Clínica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales y la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas, así como un grupo de parlamentarios, interpusieron diversos recursos para levantar la prohibición. Todos estos recursos fueron declarados inadmisibles por considerarse que existía falta de legitimación activa, esto es, por no ser, aparentemente, los recurrentes partes interesadas en el caso. Esto venía a demostrar otra de las limitaciones vigentes en Chile respecto de la libertad de expresión: el hecho de que, salvo muy contadas excepciones, no se reconozca el derecho a la información como parte de la libertad de expresión³⁰. Justamente lo que planteaban los recurrentes era que ellos se veían afectados por el impedimento de leer el libro, viéndose su derecho a la información coartado.

Posteriormente, y ya actuando en representación de la autora del libro, la Clínica de la Universidad Diego Portales interpuso un recurso de reclamación (que se hallaba contemplado en el mismo art. 16 de la LSE en que se fundara la prohibición) y logró salvar la valla formal, evitando un pronunciamiento de inadmisibilidad. No obstante, al resolverse sobre el fondo del asunto por la Corte de Apelaciones de Santiago, la prohibición se mantuvo, en voto dividido. El voto mayoritario en ningún momento

³⁰ En la normativa internacional, en cambio, el derecho a la información se encuentra claramente reconocido, a nivel de los tratados y de la jurisprudencia, como un componente significativo de la libertad de expresión.

entra a calificar el mérito de la prohibición en el caso concreto. En otras palabras, el fallo no efectúa un análisis acerca de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada –la propia ley hablaba de “casos graves” como requisito–, de lo cual no cabía sino desprender que quedaría entregado al arbitrio del juez que llevaba el proceso (el ministro Huerta) el determinar la gravedad y resolver acerca de si prohibir o no la publicación. Tampoco se revisa el interés público envuelto en la publicación, hecho invocado por la parte recurrente. El voto disidente, en cambio, realiza un análisis sistemático de varias disposiciones, para concluir que la medida de requisición de todos los ejemplares de una obra no sería aplicable a los procesos en que fuera el orden público el bien jurídico pretendidamente afectado³¹.

También se llevaron a cabo una serie de iniciativas a nivel internacional para reclamar por esta situación. En este sentido, el relator especial de la OEA condenó la censura del “Libro Negro” y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acogió un pedido de medidas cautelares para que se levantara la prohibición.

Otro caso significativo fue el que concluyó en la condena penal de Francisco Javier Cuadra, un ex ministro del gobierno de Pinochet que sostuvo públicamente que algunos parlamentarios y otras personas que desempeñaban funciones públicas consumían drogas, añadiendo que ello le preocupaba mucho porque podría dificultar a consolidación de la democracia en Chile al no poder asumir parte de la clase política adecuadamente sus responsabilidades. Lo particular de este caso es que fueron la Cámara de Diputados y el Senado, actuando corporativamente, los que interpusieron una querrela por infracción a la Ley de Seguridad del Estado.

En primera instancia, Francisco Javier Cuadra fue condenado. El fallo lo dictó el ministro Rafael Huerta, el mismo que más tarde tendría a su cargo el juicio respecto del “Libro Negro” y que ordenó su incautación³².

Al conocer del caso, la Corte de Apelaciones de Santiago absolvió a Cuadra³³. El núcleo central de la argumentación de

³¹ Corte de Apelaciones de Santiago, resolución de 27 de mayo de 1999.

³² Poder Judicial, fallo de primera instancia de 19 de diciembre de 1995 (copia en poder del autor).

³³ Citado en *supra*, nota N° 13.

la Corte de Apelaciones consistió en analizar si sus dichos eran idóneos para alterar el orden público. Con ello, la Corte se apartaba de la tradicional doctrina del “automatismo” respecto de art. 6 de la LSE, al que antes hemos hecho mención. El fallo recoge declaraciones de Carlos Figueroa, entonces ministro del Interior –encargado por excelencia de velar por la preservación del orden público– a raíz de los dichos de Francisco Javier Cuadra: “Es bueno que todas las denuncias se hagan”; “está apareciendo un tema que no nos atrevíamos a encarar como sociedad. Si hablábamos en voz baja, creímos que era una cosa delicada en algunos círculos altos y resulta que nos dimos cuenta que es un cáncer que está infiltrando a toda la sociedad. Es bueno que lo digamos así y lo abordemos con franqueza y valentía, comprometiéndonos todos, porque si no nos van a ganar la guerra”. También recoge el fallo de la Corte de Apelaciones la opinión del presidente de la Corte Suprema de la época en que Cuadra emitió sus declaraciones, señalando que este “puso el dedo en la llaga”.

La Corte Suprema retomó el rumbo original, condenando a Francisco Javier Cuadra, al dar por establecido “[q]ue dada la forma en que está redactado el artículo N° 6, letra b) de la Ley de Seguridad del Estado, no cabe sino inferir que cometen delito contra el orden público todos los que injurian, difaman o calumnian a los diputados y a los senadores, entre otras autoridades, sea con motivo o no de sus funciones propias”³⁴. Ninguna referencia se hizo a las palabras del ministro del Interior ni del presidente de la Corte Suprema³⁵.

³⁴ Corte Suprema, sentencia de 14 de mayo de 1996 (el subrayado es mío).

³⁵ También conviene notar la vía a través de la cual llegó el caso Cuadra hasta la Corte Suprema. Al absolver de todo cargo la Corte de Apelaciones a Francisco Javier Cuadra, la Cámara de Diputados y el Senado interpusieron un recurso de queja en contra de los ministros que dictaron la sentencia. Lo grave y contradictorio del asunto es que el propio Poder Legislativo había reformado en 1995 el recurso de queja a través de la Ley 19.374, con el loable propósito de asegurar que su interposición obedeciera a casos en que efectivamente hubiera envuelto un problema disciplinario. De esta manera, se pretendía evitar que el recurso de queja se continuara prestando para servir como una suerte de “tercera instancia” ante la Corte Suprema, que se empleaba para sortear las exigencias del recurso de casación. Lo que sucedió en el caso de Francisco Javier Cuadra es que la legislación vigente no contempla el recurso de casación para procesos que se sigan por infracción a la Ley de Seguridad del Estado y, al carecer de esa opción, los querellantes –la Cámara de Diputados y el Senado– echaron mano del recurso de queja, desvirtuándolo una vez más. La “solución” –sin precedentes– de la Corte Suprema consistió en declarar de oficio la inconstitucionalidad parcial de la reforma el recurso de queja, de manera de mantener su competencia.

Paradójicamente, uno de los protagonistas del caso Cuadra, y que apoyó con vigor la acción judicial, el entonces diputado y actual senador José Antonio Viera-Gallo, fue objeto a su vez de una querrela bajo la LSE un año más tarde. En un programa de televisión, en el momento en que se debatían casos de corrupción, Viera-Gallo señaló que Pinochet “fue el que metió las manos” durante su gobierno. Pinochet interpretó esta afirmación como una acusación de corrupción en su contra. Todo esto ocurrió, por cierto, mucho antes de que se revelaran las cuentas mantenidas por el ex general en “paraísos fiscales” en el extranjero. Iniciado el juicio por Pinochet, el caso fue cerrado después de que Viera-Gallo diera explicaciones por sus dichos en una ceremonia pública en la que se dio las manos con un alto oficial enviado por Pinochet. Esta experiencia –según los dichos del propio Viera-Gallo– lo condujo a modificar su opinión acerca de la LSE, apoyando en lo sucesivo su derogación³⁶. Este caso también demostró el contrasentido de que se invoque una afectación del orden público en casos de una supuesta difamación, en circunstancias de que es resorte exclusivo y discrecional del querellante cerrar el proceso en cualquier momento mediante el desistimiento.

Otro caso presentado por Pinochet que concluyó con su desistimiento fue el dirigido contra Gladys Marín, por ese entonces secretaria general del Partido Comunista, por señalar en un discurso en un homenaje a las personas desaparecidas (su marido se encuentra entre ellas) que “El responsable principal del terrorismo de Estado, de los crímenes contra la humanidad, Pinochet, sigue haciendo política y dando órdenes”. El desistimiento de Pinochet tuvo lugar después de que el gobierno intercediera a tales efectos.

Otras querellas interpuestas por Pinochet fueron más allá en su tramitación. Así ocurrió en el caso dirigido contra Arturo Barrios, por ese entonces presidente de la Juventud del Partido Socialista. Barrios había dicho que Pinochet era un “asesino”, en una conme-

³⁶ “Con una Ley de Seguridad del Estado como la que hay en Chile, que protege prácticamente a todas las autoridades, la libertad está muy restringida. Si mañana un ministro o un senador, o un integrante de un alto tribunal, o un militar robara, no se puede decir nada: inmediatamente le aplican la Ley de Seguridad del Estado. No basta que la persona pruebe la verdad, lo que se está sancionando es que se le impute un delito. Eso es gravísimo”. Entrevista a la periodista Raquel Correa, “Explicando sus explicaciones”, *El Mercurio*, 19 de octubre de 1997, citado por Human Rights Watch, Los límites de la tolerancia (cit.), p. 173, nota N° 212.

moración de víctimas de la dictadura. Fue condenado por alterar el orden público a una pena remitida de 541 días de presidio.

En cambio, el caso contra Nolberto Díaz, por ese entonces presidente de la Juventud del Partido Demócrata Cristiano, también objeto de una querrela por parte de Pinochet, fue sobreesido. En un programa radial, a propósito de una discusión sobre el reclutamiento militar obligatorio, Díaz sostuvo: “Pretenden que ahora hagamos el servicio militar teniendo al mismo anciano, ex dictador, como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas”. También señaló que pensaba que existían vínculos entre oficiales militares chilenos y la muerte de un ex agente de inteligencia del régimen de Pinochet ocurrida en Uruguay, cuestión que en años posteriores quedaría incluso establecida por una investigación judicial.

Cabe hacer notar que con posterioridad a la detención de Pinochet en Londres, como consecuencia de la petición de extradición del juez español Baltasar Garzón por crímenes contra la humanidad, afirmaciones como las referidas en los casos recién mencionados comenzaron a ser emitidas reiteradamente en Chile, sin que, sin embargo, se iniciaran nuevos casos, lo cual demuestra el cambio de contexto que se produjo.

En otro caso, el seguido contra Juan Andrés Lagos y Francisco Herreros, de la publicación *El Siglo*, se deja constancia en forma expresa en la sentencia de que no es necesaria una afectación real del orden público para condenar por el art. 6 b) de la LSE. Se condenó así a los periodistas mencionados por un titular de portada que señalaba: “Caso Chanfreau: Suprema avala terrorismo pinochetista”; el titular se refería al reconocimiento de la competencia de la justicia militar en este caso por parte de la Corte Suprema. El fallo, posterior en más de un año a la destitución del ministro de la Corte Suprema Hernán Cereceda en relación con el caso Chanfreau (que, por lo mismo, había sido de fuerte connotación pública), estableció: “Tratándose de ciertas personas constituidas en dignidad, en atención a que ejercen una función pública, como es en este caso la jurisdiccional, la ley ha considerado su transgresión como un atentado al orden público, por el solo hecho de su ejecución, aunque la difamación, la injuria o la calumnia no produzcan alteración en la tranquilidad pública, ni en la paz social”.

El último caso en el que se aplicó la norma de desacato del art. 6 letra b) de la LSE fue el seguido contra el periodista del

diario *La Tercera* José Ale, que fuera sancionado en el año 2000 con una pena de 541 días de presidio remitidos por el delito de injurias cometidas en perjuicio del ex Presidente de la Corte Suprema Servando Jordán. El periodista había sido absuelto tanto por el tribunal de primera instancia como por la Corte de Apelaciones, por lo que resultó especialmente sorprendente la sentencia del máximo tribunal, adoptada por tres votos contra dos. Según el voto de mayoría, la injuria radicaría en el haber señalado que al ministro Jordán lo rodeaba una “camarilla”, lo que se entendería como un grupo de personas de reputación cuestionable. La Corte Suprema reafirmó además la jurisprudencia de la “conexión automática”, al observar que “el solo hecho de injuriar, difamar o calumniar a determinadas autoridades constituye, en sí mismo, un atentado contra el orden público”, agregando que “[l]o anterior no es descabellado si se piensa que lo perseguido por la norma es que todos los ciudadanos se mantengan respetuosos frente a quienes desempeñan funciones de primer orden en la República”³⁷.

Además de las críticas al fondo del fallo, se cuestionó la imparcialidad del abogado integrante que redactó la sentencia (y cuyo voto, al ser la resolución adoptada por tres votos contra dos, resultó decisivo). El señor Ale presentó una acción de nulidad impugnando la sentencia, puesto que el abogado integrante Vivian Bullemore le había manifestado públicamente y en presencia de testigos su animadversión, calificándolo como un “injuriador profesional”. El abogado integrante reconoció que había calificado al señor Ale con las palabras mencionadas, pero arguyó que cuando ello ocurrió él ya había redactado el fallo y solo restaba que lo firmaran los demás miembros del tribunal. La Corte Suprema en definitiva rechazó la nulidad planteada y el fallo condenatorio quedó firme³⁸.

³⁷ Corte Suprema, sentencia de 15 de febrero de 2000, considerando 7°.

³⁸ La decisión de la Corte Suprema de rechazar la nulidad planteada fue insostenible desde el punto de vista de los estándares internacionales. El argumento de que el fallo en contra del periodista José Ale ya había sido redactado y solo estaba pendiente de firmas era claramente insuficiente para garantizar la imparcialidad del tribunal. ¿No arrojaba acaso dudas suficientes sobre su imparcialidad lo ya reconocido públicamente por la persona que tuvo a su cargo la redacción de la sentencia? Además, ¿cómo podía constarle a la opinión pública en qué momento el redactor del fallo comenzó a sentir animadversión por el señor Ale? ¿Fue antes, durante o después de redactar la sentencia? Y todo esto en el contexto de un proceso en que el querellante era un ministro del mismo tribunal cuya imparcialidad aparece cuestionada.

Cuando en 2001 se derogó la norma de desacato del art. 6 letra b) de la LSE, dejándose intactas las de los códigos, el discurso público de la clase política dio a entender que prácticamente no se utilizarían en lo sucesivo las normas que se mantenían vigentes. Sin embargo, pocos meses después se inició un proceso basado precisamente en las normas de desacato subsistentes en el Código Penal. El caso se dirigió contra Eduardo Yáñez, panelista de un programa de televisión, el que luego de escuchar en una transmisión en vivo los testimonios de algunas personas que habían sido afectadas gravemente por errores judiciales y a las que se les había negado una compensación por ello, reaccionó señalando que la justicia era “inmoral, cobarde y corrupta” y que lo hecho demostraba “poca hombría” y que era “una mariconada”. El caso fue abierto a raíz de una iniciativa de la Corte Suprema y el panelista Sr. Yáñez fue procesado y más tarde condenado en primera instancia por una de las normas de desacato del Código Penal.

Yáñez pidió disculpas en reiteradas ocasiones y señaló que su ánimo no había sido el de injuriar, sino el de formular una crítica al sistema judicial. En primera instancia fue condenado por delito de desacato, estableciendo la sentencia que “existe el derecho de criticar a las instituciones públicas, pero, sin duda, debe hacerse dentro de los límites de la corrección verbal. El apasionamiento podría ser explicable pero no justifica la injuria, máxime, si, como en la especie, aparece el orden público y el principio de autoridad como los bienes jurídicos tutelados por la norma punitiva del desacato”. Nótese cómo el fallo entiende el concepto de orden público de una manera que se contradice con el enfoque desarrollado al respecto en la normativa internacional. La Corte de Apelaciones de Santiago, sin embargo, conociendo del caso en segunda instancia, revocó la sentencia y absolvió a Yáñez, por estimar que no había ánimo de injuriar de su parte, añadiendo que “[l]os dichos de Yáñez Mo-

En esta materia, la Corte Europea ha señalado, por ejemplo, que la existencia de imparcialidad “debe ser determinada de acuerdo con un criterio subjetivo –que encuentra su base en las convicciones personales del juez en un caso dado– y un criterio objetivo, esto es, decidiendo si el juez ofreció garantías suficientes para excluir cualquier legítima duda a este respecto”, añadiendo que “incluso las apariencias pueden tener una cierta importancia, pues lo que está en juego es la confianza que las Cortes deben inspirar al público en una sociedad democrática y, por sobre todo, en lo que concierne al proceso penal, la confianza que deben inspirar al acusado. De acuerdo con esto, todo juez –respecto de quien hay una legítima razón para temer una falta de imparcialidad– debe inhibirse”. (Caso Hautschildt; subrayados del autor).

rel se podrán calificar de desmedidos, groseros, vulgares o ignorantes, pero, sin embargo, no pueden constituir delito de desacato pues a juicio de esta Corte corresponden a una opinión malamente dicha, sobre un tema de interés público y en una circunstancia especialísima”.

De todos modos, este caso volvió a poner de manifiesto la necesidad de llevar adelante una reforma legislativa en la materia. Más adelante se describe en este trabajo la iniciativa llevada adelante a este respecto.

5. ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y DE DERECHO COMPARADO EN LA MATERIA

En la doctrina existen diversas teorías respecto de cuáles debieran ser los alcances del derecho a la privacidad de las autoridades públicas. Así, se ha planteado, por ejemplo, que aquellas actividades que incidan en el desempeño de sus funciones escaparían al ámbito de la privacidad de una autoridad pública. Otro criterio consiste en determinar acaso las actividades de dicha autoridad influyen o no en la formación de una opinión de los ciudadanos acerca de su persona; por ejemplo, de acuerdo a este criterio, aquellas actividades que permitan formarse una opinión respecto de la integridad u honestidad de una autoridad pública debieran quedar sujetas al escrutinio público. Pero sea que se siga uno u otro criterio, en un estado de derecho el nivel de protección de las autoridades públicas no debiera ser mayor que el del ciudadano corriente, sino al contrario, es la protección de este la que debiera verse fortalecida, toda vez que por su propio rol en una sociedad democrática la autoridad pública se ve expuesta al debate.

A nivel internacional se ha ido imponiendo paulatinamente la tesis de que las leyes de desacato constituyen un mecanismo ilegítimo de la autoridad para acallar la crítica.

Es importante revisar primeramente en este orden de cosas los planteamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre Leyes de Desacato, publicado hace ya una década³⁹, así como las formulaciones del Relator

³⁹ Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, pp. 209 ss.

sobre Libertad de Expresión de la misma Comisión⁴⁰. En estos Informes se establece la incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En su Informe, la Comisión Interamericana hace referencia a una serie de leyes de desacato en el Continente Americano, entre las que se encuentran los arts. 263 y 264 del Código Penal chileno. El Relator Especial Para la Libertad de Expresión de la OEA también se ha hecho cargo en reiteradas ocasiones de la situación en esta materia en Chile.

La Comisión define las leyes de desacato como “una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales”⁴¹.

La Comisión Interamericana reconoce que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pero señala que sus restricciones deben incorporar las justas exigencias de una sociedad democrática. Destaca también el “derecho de los ciudadanos a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad”. Añade que el debate político “generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos(...)”⁴².

También enfatiza la Comisión que la información (sea que esta provenga de la prensa, de un particular o de un órgano estatal) es el más poderoso mecanismo de control, fiscalización y resguardo de la actuación del Estado. En este sentido, los órganos del Estado ejercitan una soberanía “delegada”, es decir, y tal como lo expresa nuestra Constitución en su artículo 5º, “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece”. Así, como los encargados de la cosa pública no actúan por ellos mismos, sino que lo hacen en nombre de las personas, sus actos deben estar abiertos al control ciudadano. Es por ello que no parece legítimo que la propia autoridad genere mecanismos que vedan la posibilidad de que se la controle.

⁴⁰ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Libertad de Expresión en las Américas: los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión (2003), pp. 105 ss.

⁴¹ Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, p. 211.

⁴² Ídem, p. 218.

Para asegurar una participación ciudadana eficaz es crucial que la población se encuentra bien informada y que exista transparencia del quehacer público. Si es la propia autoridad la que niega o restringe severamente a los ciudadanos el derecho de crítica y control, no es posible resguardar adecuadamente una participación informada y que efectúe contribuciones relevantes.

Para realizar este control la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia comparada coincide en que no hay nada mejor que la más plena y abierta crítica al funcionario público. Así lo expresaba James Madison, citado por el juez Brennan, al que, a su vez, se remite la Comisión: "Si tomamos en cuenta la naturaleza del gobierno republicano, nos daremos cuenta que el poder de censura lo posee la gente sobre el gobierno y no el gobierno sobre las personas"⁴³.

La Comisión sostiene que el argumento constantemente utilizado por los Estados de que "las leyes de desacato protegen el orden público porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno" no es un argumento legítimo⁴⁴.

En concepto de la Comisión Interamericana, este tipo de legislación *no es necesaria* para asegurar el orden público y, por lo tanto, no se encuentra dentro de las limitaciones legítimas a la libertad de expresión. Las leyes de desacato contradicen el principio de que una democracia debidamente funcional constituye la máxima garantía del orden público, añade la Comisión. En una línea de argumentación que encuentra antecedentes en el Sistema Europeo, la Comisión ha señalado que el término "necesario", en el contexto del art. 13.2, debe considerarse como "algo más que útil, razonable o conveniente"⁴⁵. Para que una limitación sea "necesaria" debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión. Además las limitaciones deben ser proporcionales y ajustadas estrechamente al logro del objetivo gubernamental propuesto. La "necesidad", según lo ha sostenido la Corte Interamericana importa la existencia de una "necesidad social imperiosa", por lo que no

⁴³ Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *The New York Times Company vs. L.B. Sullivan*, de 9 de marzo de 1964.

⁴⁴ Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, p. 212.

⁴⁵ Ídem, p. 220.

puede invocarse cualquier argumento como medio para suprimir un “derecho garantizado por la convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”⁴⁶. Si esto ocurre, la restricción aplicada no es legítima ya que no existe ni una necesidad imperiosa, ni proporción alguna entre el fin perseguido (la protección del honor o el orden público) y el derecho limitado.

Es por ello que la Comisión sostiene que la protección brindada por las leyes de desacato a los funcionarios públicos no es coherente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. La aplicación de las leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos –que actúan en carácter oficial– les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. “Esta distinción –observa la Comisión– invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo”⁴⁷.

Además, la Comisión, recogiendo el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana, sostiene que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y colectiva. La Corte ha sostenido que si se restringe la libertad de expresión del individuo no es solo el derecho de ese individuo el 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 que deben ser respetadas: por una parte el no ser menoscabado e impedido de manifestar el propio pensamiento y, por otra, el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno⁴⁸. Esta esfera pública de la libertad de expresión es especialmente importante cuando se trata de ejercer el derecho de todo ciudadano a fiscalizar a sus autoridades.

La Comisión establece que la protección que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público, concluyendo que las leyes de desacato no son necesari-

⁴⁶ Corte I.D.H., OC 5/85, párr. 42.

⁴⁷ Informe Anual CIDH 1994, p. 218.

⁴⁸ Corte I.D.H., OC-5/85 (cit.), párr. 30.

rias para asegurar el orden público en una sociedad democrática y, que, por lo tanto, no resultan una restricción justificada a la libertad de expresión a luz del art. 13 de la Convención Americana.

Por esto, la amenaza de responsabilidad penal por deshonestar la reputación de un funcionario público, inclusive como expresión de un juicio de valor o una opinión, no puede utilizarse como método para suprimir a los adversarios políticos y la crítica al gobierno.

La protección de la libre expresión carece de sentido si no se la extiende a las opiniones que son generalmente aborrecidas. No hay contradicción alguna en reconocer la necesidad de una sociedad políticamente organizada, compuesta de órganos capaces de mantener el orden público y hacer cumplir las leyes, y una actitud vigilante respecto del Estado. La libertad de expresión no solo tiene una dimensión creativa, sino también un importante papel cautelar: debe comprendérsela como un instrumento indispensable para mantener los poderes del Estado bajo el escrutinio y crítica de sus ciudadanos.

Cuando el Pacto de San José de Costa Rica establece en su art. 13.2 que, en materia de libertad de expresión, podrán establecerse limitaciones bajo la forma de responsabilidades ulteriores en la medida que ello sea necesario para alcanzar fines tales como la seguridad nacional y el orden público, se entiende que lo hace en el contexto de un sistema democrático.

En cuanto al Derecho Comparado en la materia, existe una evolución en el sentido de tender hacia una abolición del delito de desacato. Los fundamentos de esta tendencia son los que señalábamos anteriormente en este trabajo, es decir, la necesidad de que exista un ambiente en que se intercambien ideas en forma libre y fluida y se refuerce un papel activo de los ciudadanos en el quehacer público, así como se haga efectivo el principio de igualdad ante la ley, en este caso entre los ciudadanos corrientes y las autoridades públicas.

En algunos casos esto se ha dado por la vía de una derogación expresa de las normas de desacato y en otros a través de la práctica que ha conducido a que estas normas casi no se utilicen.

En el ámbito latinoamericano, es importante mencionar la legislación de Argentina, donde la figura de desacato fue derogada como consecuencia del acuerdo de solución amistosa alcanzado en el caso que el periodista Horacio Verbitsky interpu-

siera ante la Comisión Interamericana y del propio Informe de la Comisión Interamericana sobre leyes de desacato.

En efecto, en mayo de 1992, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia presentada por el periodista Horacio Verbitsky, quien había sido condenado por el delito de desacato, al estimarse que había injuriado a Augusto César Belluscio, ministro de la Corte Suprema. Las autoridades argentinas consideraron que la publicación de un artículo en el cual el periodista se refería al señor Belluscio como "asqueroso" era delito de acuerdo con el Código Penal que establecía, en el artículo 244, el delito de desacato.

En el artículo del diario *Página 12*, titulado "Cicatrices de dos Guerras", el periodista utilizó la expresión "asqueroso" al referirse al ministro de la Corte Suprema, haciendo referencia a una entrevista dada por el señor Belluscio en la cual este manifestó que un proyecto de reforma para ampliar la Corte Suprema con dos ministros adicionales le "dio asco". El reclamante alegó que con dicho término se refería al sentido de "que tiene asco" como señalaba el ministro en su entrevista.

Después que se agotaran todos los recursos contemplados en la legislación argentina para reclamar por la decisión que condenó al señor Verbitsky por desacato, este recurrió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegando la violación de, entre otros, el derecho a la libertad de expresión y la igualdad ante la ley, reconocido en los artículos 13 y 24 de la Convención Americana, respectivamente.

En nota del 15 de septiembre de 1992, el Gobierno argentino envió a la Comisión Interamericana una copia del proyecto de ley por el que propiciaba la derogación de la figura de desacato junto con sus fundamentos y antecedentes, iniciativa que permitió llegar a un acuerdo de solución amistosa en el que el Estado de Argentina se comprometía a obtener la derogación del artículo 244 del Código Penal. Dicho artículo que consagraba la figura del desacato fue eliminado definitivamente con la Ley N° 24.198 del año 1994⁴⁹.

Casos como este muestran los avances que pueden lograrse cuando las partes en conflicto poseen una buena disposición al acuerdo y a la solución de los problemas causados por normativas análogas a las contenidas en la legislación chilena. Además,

⁴⁹ Véase Informe Anual CIDH 1994, Caso 11.102.

se ve cómo es posible que los Estados cumplan con su obligación de modificar su legislación interna cuando esta afecta y desconoce un derecho fundamental⁵⁰.

En cuanto a la situación en el resto de América Latina, en el Informe de la Comisión sobre leyes de desacato, así como en los Informes del Relator Especial sobre Libertad de Expresión, se señala que son numerosos los estados latinoamericanos que mantienen normas de desacato (al tiempo del Informe de la Comisión, cerca de la mitad de ellos se encontraban en esta situación), si bien en los últimos años en varios de ellos han sido abolidas.

Sin embargo, en la gran mayoría de estos países, tales disposiciones son de muy escasa recurrencia, a diferencia de lo que sucede en el caso chileno.

En Chile, como hemos indicado, el uso de este tipo de legislación ha continuado siendo frecuente durante la transición a la democracia, y, más aún, ha afectado a casos paradigmáticos, en los que a menudo existían envueltos temas de marcado interés para la ciudadanía. Por lo mismo, la mantención de una legislación de esta naturaleza en nuestro país ha implicado consecuencias graves para el desarrollo de la discusión sobre temas públicos relevantes.

Por otra parte, resulta interesante considerar en la materia el desarrollo de la normativa y jurisprudencia de Estados Unidos, ya que tanto los tribunales de otros países como los tribunales internacionales han empleado a menudo argumentos contenidos en los casos estadounidenses.

⁵⁰ En efecto, la obligación establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana supone los deberes de respetar, es decir, de no violar directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos humanos establecidos en la convención, como también la obligación de garantizar, esto es, impedir o hacer lo racionalmente posible para que no se viole el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades de las personas sujetas a la jurisdicción estatal, sin discriminación alguna.

Por su parte el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1, es decir, los derechos esenciales, no estuviere 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 que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Por ello, los Estados deben hacer lo posible por asegurar el respeto a los derechos humanos en su territorio modificando, si es necesario, toda legislación interna que permita, en los hechos, su violación.

Lo primero que es importante destacar es que en la legislación norteamericana el potencial conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra o el derecho a la privacidad está regulado por normas de carácter civil y no penal. Esto significa que frente a un abuso del derecho a la libertad de expresión los tribunales castigan, en general, a través de la determinación de indemnizaciones y solo después que la expresión ha sido hecha. La censura previa está vedada y los funcionarios públicos se hallan más expuestos que el común de la gente a la crítica y escrutinio de la ciudadanía.

Uno de los casos más significativos es el de “New York Times vs. Sullivan”⁵¹, en el cual la Corte Suprema de EE.UU. sostuvo la doctrina de la real malicia. Conforme a esta doctrina, la garantía de la libertad de expresión impide que los funcionarios públicos sean indemnizados debido a una manifestación inexacta y difamatoria relacionada con su conducta oficial, salvo que se pruebe que dicha expresión fue formulada con real malicia, esto es, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad. Como hemos señalado, se trata de una sanción de naturaleza civil y no penal.

La Corte Suprema de EE.UU. estableció que esta doctrina debía aplicarse siempre en caso de funcionarios públicos –por su relación con la cosa pública– y en los casos de figuras públicas que voluntariamente se hubieran expuesto a algún asunto de interés general.

Como lo afirmó en el fallo el juez Brennan, “la garantía constitucional fue establecida para asegurar el libre intercambio de ideas del cual emanan los cambios sociales y políticos deseados por el pueblo. Mantener la libre discusión política para lograr que el gobierno responda a la voluntad del pueblo y que se obtengan cambios por las vías legales, posibilidad esencial para la seguridad de la República, es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional”⁵². Por su parte, en su voto de minoría, el juez Goldberg sostuvo que “las Enmiendas I y XIV de la Constitución, acuerdan a la prensa y a los ciudadanos un privilegio absoluto e incondicional para criticar la conducta oficial, pese a los daños que puedan causar los excesos y abusos

⁵¹ 376 US 255, 84 S.Ct., 710, 11 L.Ed.2d 686 (1964).

⁵² Ídem.

(...) Imponer la responsabilidad por comentarios críticos a la conducta oficial, sean o no erróneos y aún dolorosos, resucitará efectivamente la obsoleta doctrina de que los gobernados no deben criticar a sus gobernantes”⁵³.

La lógica en que descansa el fallo es que si quienes están en el poder se hallan sujetos a la exposición pública por las incorrecciones que pudiesen efectuar (de la manera expuesta, por ejemplo, por los medios de prensa) podrían tomarse medidas correctivas. Además, como contrapartida, si los funcionarios públicos saben que se encuentran expuestos, inevitablemente estarán mucho menos tentados a realizar actos ilegales, arbitrarios o corruptos.

Uno de los precedentes más significativos al que se hace expresa remisión en *New York Times*, es el de “Kansas Coleman vs. McLennan”, en que la Corte estatal se preguntó acaso la libertad de expresión estaría en peligro si la discusión pública se estimara acotada a afirmaciones que pudieran ser demostradas como verdaderas. En ese precedente se respondió de manera afirmativa, con lo cual se decidía que confinar a la prensa al “comentario justo” o “razonable” era inconsistente con una estricta protección a la libertad periodística⁵⁴. Se da, por tanto, igual relevancia a los dichos sobre los hechos como a la simple opinión⁵⁵, limitando la estricta diferenciación entre ambos; en otras palabras, aun la manifestación de hechos falsos pueden estar amparados constitucionalmente si para su expresión no se comprueba real malicia.

La jurisprudencia norteamericana ha continuado defendiendo e incluso ampliando los principios establecidos en dicho fallo. El desarrollo posterior de la jurisprudencia norteamericana comienza con los casos acumulados “Curtis Publishing Co. vs. Butts” y “Associated Press vs. Walker”⁵⁶. En ellos se aplicó la regla del *New York Times* incluso cuando las personas no eran funcionarios públicos, pero sí figuras públicas envueltas en temas de interés general.

⁵³ Ibídem.

⁵⁴ 78 Kan. 711, 98, p. 281, 1908).

⁵⁵ Cf. Frederick F. Schauer, “Language, Truth, and the First Amendment” en “Virginia Law Review”, vol., 64, p. 169.

⁵⁶ 388 U.S., 130, 87 S.Ct. 1975, 18 L.Ed.2d 1094 (1967).

En el caso “Butts” se resolvía un asunto por la publicación de un artículo en el que se acusaba al director de deportes de la Universidad de Georgia de haber arreglado un partido de fútbol; en el caso “Walker”, por su parte, se imputaba a un ex general haber conducido una manifestación violenta en oposición a los esfuerzos antisegregacionistas de la Universidad de Mississippi. Para fundar su posición, el juez Warren aclaró que las figuras públicas, como los funcionarios públicos, cumplían un influyente papel en la sociedad, y que los ciudadanos tenían un sustancial y legítimo interés en la conducta de dichas personas.

Por otra parte, en el caso “Harte-Hanks Communications inc. vs. Connaughton”⁵⁷ la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo oportunidad de desarrollar más extensamente lo que debía entenderse por “real malicia”. Se sostuvo que, si bien los casos del libelo relacionados con figuras públicas estaban bajo la regla de la doctrina de la real malicia, el estándar no se encontraba satisfecho solamente con la voluntad o malicia en el sentido ordinario de la palabra. En relación con esto es interesante tener en cuenta que el juez Stevens, al decidir el caso por mayoría, aclaró expresamente que la frase “real malicia” nada tiene que ver con malos motivos o mala voluntad, sino que, reafirmando lo sostenido en el caso Sullivan se trata, como mínimo, de una “temeraria despreocupación [*reckless disregard*] por la verdad”.

Para la Corte, aunque el concepto de real malicia no pueda ser definido acabadamente, engloba, sin duda, los casos en los que quien hizo la manifestación falsa lo hizo con un alto grado de conocimiento sobre la probabilidad de la falsedad⁵⁸ o debió haber tenido serias dudas sobre la verdad de su publicación⁵⁹. Aclara, asimismo, que se necesita más que una comparación con una conducta razonable de un hombre prudente en ese momento, ya que debe haber suficiente evidencia de que, en el caso concreto, el enjuiciado tenía en consideración serias dudas sobre la verdad de la información. Y finaliza el juez Stevens diciendo que “las fallas en la investigación periodística antes de la publicación, aunque una persona razonable y prudente no las hubiera tenido, son insuficientes para establecer temeraria despreocupación”⁶⁰.

⁵⁷ 491 US 657 (1989).

⁵⁸ En esta afirmación cita el precedente “Garrison vs. Louisiana”, 379 US. 64 (1964).

⁵⁹ Con cita al caso “St. Amant vs. Thompson”, 390 US 731 (1968).

⁶⁰ *Ibíd.* Nota 17.

En el Sistema Europeo, si bien el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no es tan generoso como el artículo 13 de la Convención Americana (cabe tener presente que el Convenio Europeo fue adoptado casi veinte años antes que la Convención Americana), la jurisprudencia de dicho Sistema fue pionera a nivel del Derecho Internacional en efectuar una interpretación extensiva y amplia del derecho a la libertad de expresión.

En muchos países de Europa las normas de desacato han sido derogadas, mientras que en los que ellos no ha sucedido su aplicación es escasa, notoriamente inferior a la aplicación que se les da en Chile a estas normas. Además, la interpretación dada por la Corte Europea al art. 10 ha permitido no solo la modificación paulatina de esa normativa, sino que también la creación de una jurisprudencia que en la mayoría de los casos obliga a los Estados a reparar el daño causado por su aplicación.

Un caso excepcional en el contexto europeo es el de Austria, que por mantener y utilizar normas de desacato ha visto su legislación seriamente cuestionada por los órganos europeos de derechos humanos. Los casos austríacos resueltos en el Sistema Europeo son los más ilustrativos para la realidad chilena, en la que también las normas de desacato son empleadas con frecuencia y en casos relevantes. A propósito de los casos austríacos es que el Sistema Europeo ha desarrollado toda una línea crítica a las normas de desacato.

En Austria determinadas autoridades públicas e instituciones, como el Parlamento y las Fuerzas Armadas, están protegidas por el art. 116 del Código Penal que establece el delito de desacato. El delito de difamación, por su parte, está contemplado en el art. 111 del mismo código.

La utilización de esta normativa por parte de Austria ha sido repudiada por la comunidad internacional. Así, por ejemplo, la Corte Europea condenó su utilización contra la prensa en el famoso caso *Lingens vs. Austria*⁶¹, donde el señor Lingens, periodista condenado por difamar al entonces canciller Kreisky, recurrió ante el Sistema Europeo alegando infracción al art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Corte Europea condenó a Austria, estableciendo que “la necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es

⁶¹ Corte E.D.H, Caso *Lingens*, sentencia del 8 de julio de 1986, Serie A, N° 103, Párr. 42.

crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participen en la formulación o la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica⁶². En otras palabras, su nivel de protección debe ser menor que el de los ciudadanos corrientes.

Sostuvo además la Corte que “si bien el peticionario usó, para referirse a un funcionario público, un lenguaje que podría afectar su reputación, los artículos hacían referencia a problemas de gran interés para el público y muy controvertidos”, añadiendo que “las armas verbales utilizadas eran previsibles en la arena política y el debate abierto acerca de una solución política controvertida era más importante que cualquier perjuicio a la reputación y el honor de los funcionarios públicos”⁶³.

Además, aunque el peticionario se hizo solo pasible de una multa, la Corte Europea llegó a la conclusión de que inclusive estas sanciones podrían dar lugar a la autocensura y disuadir así a los ciudadanos de participar en el debate sobre problemas que afecten a la comunidad. A este respecto la Corte Europea afirmó que, si bien las penas posteriores de multa y revocación de un artículo publicado no impiden que el peticionario se exprese, “equivalen, no obstante, a una censura que posiblemente lo disuada de formular críticas de ese tipo en el futuro”⁶⁴. En el ámbito del debate público –observó la Corte–, una condena así amenaza disuadir a los periodistas de participar en la discusión pública de cuestiones que interesan a la vida de la sociedad. Por sí misma puede dificultar el cumplimiento de la misión informativa y fiscalizadora de la prensa⁶⁵. En consecuencia, el Estado utilizó la herramienta penal como un mecanismo ilegítimo para acallar idea y opiniones impopulares, restringiendo con ello un debate fundamental para el funcionamiento eficaz de sus instituciones democráticas.

Por otra parte, en el caso *Schwabe vs. Austria*⁶⁶, la Corte Europea cuestionó el proceder de los tribunales austríacos por requerir que el acusado de difamación pruebe la veracidad de

⁶² *Ibíd.*, cita N° 35.

⁶³ *Ibíd.*, cita N° 35, párr. 44.

⁶⁴ *Ibíd.*, cita N° 35, párr. 44.

⁶⁵ *Ibíd.*, cita N° 35, párr. 44.

⁶⁶ Sentencia del 28 de agosto de 1992, Series A N° 242-B.

un juicio de valor. El señor Schwabe había publicado un artículo de prensa en el cual llamaba la atención sobre el encarcelamiento del vicepresidente del gobierno, Carintiano, por un accidente de tránsito ocurrido 18 años antes y en el que había muerto una persona. La afirmación fue hecha en el contexto de un alegato en el cual se afirmaba que el líder de dicho gobierno estaba aplicando un doble estándar al pedir la renuncia de un alcalde recientemente encarcelado por conducir en estado de ebriedad. El señor Schwabe concluía que ninguno de los dos políticos era apto para el cargo que desempeñaba.

En razón de estas declaraciones, el Sr. Schwabe fue encarcelado por difamación y por acusar a una persona de una ofensa criminal respecto de la cual ya se había dictado sentencia. La Corte Europea consideró que los dichos de reproche sobre un crimen debían reconocer las mismas excepciones que el de difamación, toda vez que los encarcelamientos previos de un político pueden ser relevantes al evaluar su competencia para un determinado cargo público. Más aún, la Corte consideró que el señor Schwabe había adoptado todos los pasos necesarios para demostrar sus dichos y su conclusión de requerir la renuncia de ambos políticos representaba un juicio de valor hecho de buena fe, sobre el cual ninguna prueba de verdad era posible.

Estos antecedentes muestran cómo la legislación comparada ha ido paulatinamente solucionando la clásica disputa entre el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho a la honra y a la vida privada. 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.

6. HACIA UNA DEROGACIÓN DE LAS NORMAS DE DESACATO EN CHILE

Como se ha señalado antes en este trabajo, en el año 2001 fue derogada la norma de desacato del art. 6 b) de la Ley de Seguridad del Estado. Además, en esa oportunidad fueron derogadas otras normas de la LSE, que solían emplearse en casos de desacato. Más recientemente fueron derogadas las normas de desacato que existían en el Código Penal, encontrándose pendiente en el Congreso una iniciativa para derogar la norma de desacato que permanece en el Código de Justicia Militar.

El camino hacia una paulatina derogación se inició en abril de 1999, cuando, como reacción frente a la censura de “El Libro Negro de la Justicia Chilena”, varios parlamentarios, de Gobierno y oposición, presentaron un proyecto de ley conteniendo una serie de modificaciones a la Ley de Seguridad del Estado. Las reformas más importantes consistían en la eliminación de la figura de desacato del art. 6 b) y la modificación del artículo 16, que los jueces utilizaban para la prohibición de publicaciones.

Posteriormente, en una indicación sustitutiva, el Ejecutivo propuso algunas reformas adicionales, entre las cuales destacaban las referidas a los arts. 263, 264 y 265 del Código Penal, de manera de eliminar asimismo las figuras de desacato contenidas en estas disposiciones. Como contrapartida, sin embargo, se proponía una reforma al art. 429 del mismo código, estableciéndose que, en los casos en que la injuria o calumnia afectara a determinadas autoridades públicas, se entendería la concurrencia de la circunstancia agravante de carácter general establecida en el mismo código (art. 12 N° 13) de obrar en desprecio o con ofensa de la autoridad pública.

Además de aprobar todas las propuestas precedentes, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recomendó la derogación del art. 16 de la LSE en vez de su mera reforma, así como la abolición del art. 30 de la misma ley, por considerar que si solo se derogaba el art. 16, los jueces podrían utilizar el segundo para impedir la circulación de textos.

Sin embargo, en la Cámara se presentó una gran cantidad de indicaciones, muchas de ellas contradictorias entre sí, devolviéndose el proyecto a la Comisión.

La Comisión, entonces, presentó una segunda propuesta, que modificaba los artículos 6 b) de la LSE y 429 del Código Penal de la manera antes descrita, pero que eliminaba toda reforma a los artículos 263 y siguientes del mismo código. En estos mismos términos fue aprobado el proyecto por la Cámara en octubre de 1999. En relación con la incautación de publicaciones, se acordó la derogación del artículo 16 pero no la del art. 30.

Una vez en el Senado, el Proyecto parecía languidecer, hasta que se lo incorporó dentro del Proyecto de Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo (“Ley de Prensa”). En definitiva, este proyecto se concretó en la Ley 19.733 y fue por esta vía que el art. 6 b) de la LSE fue derogado

en 2001. Lo propio ocurrió con el art. 16 de dicha ley y con otras disposiciones de ella. Al año siguiente, mediante la Ley 19.806, de 31 de mayo de 2002, se derogó el art. 30 de la LSE. En cambio, ninguna modificación fue introducida a las normas de desacato contenidas en los artículos 263, 264 y 265 del Código Penal ni a la del artículo 284 del Código de Justicia Militar.

La modificación del art. 6 b) en los términos propuestos resultaba indispensable –aunque insuficiente por sí sola– para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión. Y resultaba insuficiente esta reforma por sí sola, porque permaneció el problema de la vigencia de los artículos 263, 264 y 265 del Código Penal, que dicen directa relación con la disposición del art. 6 b). En efecto, estas disposiciones del Código Penal también colocaban al ciudadano común en un pie de desigualdad respecto de ciertas autoridades. Esta desigualdad se apreciaba desde ya en las penalidades establecidas por dichas disposiciones al contrastarlas con las contempladas respecto de casos en que ciudadanos comunes son los afectados. Por lo mismo, una reforma que aspirara a asumir cabalmente el problema requería también de la modificación de estas disposiciones del Código Penal y del Código de Justicia Militar. Además, la mantención de los arts. 263 y ss. del CP y del art. 284 del CJM contradecía el compromiso asumido reiteradamente por autoridades del Estado chileno ante la Comisión Interamericana de dar cumplimiento a la obligación internacional de derogar las figuras penales de desacato de la legislación chilena.

A raíz del caso seguido en contra de Eduardo Yáñez (que se ha descrito antes en este trabajo), el Ejecutivo se comprometió a través de su Ministro Secretario General de Gobierno en mayo de 2002 a tomar iniciativas dentro de 30 días tendientes a derogar la totalidad de las normas de desacato. El compromiso fue asumido por el ministro Heraldito Muñoz en el marco de la celebración del Día Mundial de la Libertad de Prensa, en una reunión con el Foro Chileno por la Libertad de Expresión. Lo propio señaló ante la Cámara de Diputados. No obstante, en junio de 2002, fue el diputado Víctor Barrueto, en conjunto con otros parlamentarios de distintas bancadas políticas, quien presentó un Proyecto de Ley orientado a la derogación de las normas de desacato subsistentes en Chile. En relación con este mismo tema, se realizó en agosto una manifestación frente al palacio presidencial para reclamar por la tardanza en el envío del proyecto prometido tres meses antes. Finalmente, en sep-

tiembre de 2002, el Ejecutivo presentó su propio proyecto derogatorio de las normas de desacato.

Desde su presentación, al proyecto de ley se le asignó y retiró la urgencia de manera sucesiva por el Gobierno, pero finalmente la Cámara de Diputados lo aprobó en diciembre de 2003, pasando el asunto al Senado. En este cuerpo legislativo, como ocurriera en la Cámara, el Gobierno de manera sucesiva le asignó y le retiró urgencia a su tramitación. Cabe subrayar que la asignación de urgencia por el Ejecutivo a los proyectos de ley resulta decisiva para su tramitación en el sistema chileno de creación de leyes.

En agosto de 2005 fueron finalmente derogadas las normas de desacato contenidas en el Código Penal, cerrándose casi por completo el proceso de derogación de las normas de desacato en Chile. Subsisten, no obstante, normas de ese tipo en el Código de Justicia Militar, respecto del cual el Senado dejó pendiente la tramitación de su derogación en conjunto con la adopción de otras reformas a este código.

7. CONCLUSIONES

Según se ha analizado en este trabajo, las normas de desacato, que brindan una protección especial a determinadas autoridades, son inconsistentes con la protección del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática. Además de su efecto obvio de colocar a los ciudadanos corrientes en una posición desventajosa respecto de tales autoridades, las normas de desacato impiden una circulación libre de las ideas y un debate público genuino, así como dificultan seriamente la posibilidad de que la ciudadanía controle el ejercicio del poder por parte de tales autoridades.

La tarea de desmontar las normas de desacato de las legislaciones de los estados democráticos no ha sido tarea fácil, pero en las últimas décadas se constata una clara tendencia a la eliminación o severa reducción de dichas normas en el Derecho Comparado, ya sea por la vía de su derogación formal o simplemente por falta de uso de las mismas en la práctica. Esta tendencia ha sido reforzada por los desarrollos del derecho internacional en la materia.

En el caso chileno, sin embargo, esta tarea ha resultado especialmente dificultosa. El análisis de la legislación y jurisprudencia nacionales muestra la existencia de importantes rasgos autoritarios, que se vieron reforzados durante la época del régimen militar, que presentan a las autoridades en una situación de privilegio respecto de los demás ciudadanos. Además, las peculiaridades de la transición chilena a la democracia también inciden en esto.

No obstante, una serie de factores han conducido a un acometimiento paulatino de esta situación. Una opinión pública cada vez renuente a aceptar privilegios de las autoridades, un escrutinio internacional significativo –especialmente de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana– y casos paradigmáticos como el de “El Libro Negro de la Justicia Chilena” y el de Eduardo Yáñez se encuentran entre los más relevantes. Así, a fines de 2005 la tarea se encuentra casi completa, restando la derogación de las normas del Código de Justicia Militar, la cual debiera acometerse a la brevedad, para dar cumplimiento a los compromisos contraídos por Chile.