

# *Libertad de Expresión*

---

## INTRODUCCIÓN

Durante 2004 continuó predominando un contexto de restricciones a la libertad de expresión. Si bien comparada la situación con la que existía hasta hace pocos años, se aprecia una ciudadanía más decidida en hacer oír sus voces, desde la esfera oficial y desde el sistema judicial, con no poca frecuencia se levantan restricciones ilegítimas desde el punto de vista de los estándares internacionales en la materia. En este sentido, parece atravesarse por una etapa en la que la ciudadanía y los periodistas ponen a prueba el sistema, de modo de procurar alcanzar un reconocimiento más amplio de su derecho a la libertad de expresión, que sea compatible con los estándares que establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Lo que se advierte hoy en día es una situación de cambio cultural, en la que la ciudadanía se halla menos dispuesta a tolerar restricciones al debate público que durante la primera década de la transición. Así, actualmente pareciera existir una mayor tendencia a someter a un escrutinio público a las autoridades políticas, judiciales, militares o religiosas que hasta hace pocos años. Ante este nuevo contexto, no pocas de tales autoridades manifiestan públicamente su malestar y a veces llevan el asunto al terreno judicial.

## CENSURA JUDICIAL

Abolida en 2002 la última forma de censura que establecía la Constitución Política (la censura cinematográfica), durante el

año siguiente continuaron produciéndose, sin embargo, episodios de censura, esta vez de origen judicial, es decir, en la que eran jueces quienes impedían la difusión de manifestaciones de la libre expresión.

En cambio, en el período cubierto por este Informe no se produjeron casos de censura judicial. A pesar de que hubo ciertos intentos en tal sentido, puesto que algunos ciudadanos interpusieron acciones ante los tribunales para tal efecto, tales iniciativas no prosperaron. Ello ocurrió, por ejemplo, en relación con determinados programas de televisión. Así sucedió con un recurso de protección presentado por el Partido Humanista y por el Partido Comunista para que se prohibiera un programa previo a las elecciones municipales al cual ningún representante de esos partidos había sido invitado a formar parte como panelista permanente. El recurso fue rechazado, pero en definitiva, ante la ausencia de otro panelista, un representante de la alianza electoral humanista-comunista fue invitado a participar. Si bien desde el punto de vista de la protección de la libertad de expresión el pluralismo es un valor central, el procurar la censura de opiniones no constituye un medio legítimo para alcanzar ese fin.

De cualquier modo, la situación en esta materia dista de hallarse asentada en Chile, encontrándonos todavía expuestos a casos de censura judicial, puesto que no ha habido pronunciamientos de la Corte Suprema en el sentido de que las prohibiciones judiciales constituyen una forma de censura, manteniendo, a este respecto, una jurisprudencia contradictoria con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo relativo a la garantía de la libertad de expresión.

La contradicción existente entre práctica judicial chilena y los estándares internacionales en la materia quedó nuevamente de manifiesto en 2004, al presentar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dos demandas ante la Corte Interamericana. La primera de ellas se refiere al caso del libro "Ética y Servicios de Inteligencia", de Humberto Palamara, que se encuentra prohibido en Chile desde hace más de 10 años en virtud de decisiones de la justicia militar. Palamara, un ex oficial de Inteligencia de la Marina, se refiere en su libro a los parámetros que debieran guiar a tales agencias. La segunda concierne al caso de "El Libro Negro de la Justicia Chilena", de la periodista Alejandra Matus, que estuviera prohibido durante cerca de tres años.

Todo hace prever que estos casos pondrán de manifiesto la vulneración de los estándares internacionales por parte del Estado de Chile. Y así como en el primer caso llevado respecto de Chile en la Corte Interamericana se trató de la censura cinematográfica (de la película “La Última Tentación de Cristo”, de Martin Scorsese), en los de Humberto Palamara y Alejandra Matus se pone de manifiesto otra faceta de la censura judicial: la prohibición de libros.

### **Incautaciones masivas de información a periodistas**

La Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, más conocida como Ley de Prensa (Ley 19.733, de 2001), tuvo como uno de sus objetivos proteger a los periodistas respecto de intromisiones ilegítimas en su quehacer.

Sin embargo, en lo que constituye una situación preocupante, en 2004 tuvieron lugar dos graves episodios de incautaciones masivas de información a periodistas, ordenadas por los tribunales. Uno de tales casos tuvo como afectados a Jorge Molina, periodista del diario electrónico *El Mostrador* y a Lino Solís de Ovando, editor general de la misma publicación. A ellos les fueron incautados sus computadores por orden de la Ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago Gloria Chevesich, en el marco de una investigación por el atentado con bombas de ruido contra la Embajada de Brasil. La orden judicial expresaba textualmente que con dicha incautación se pretendía “efectuar una clonación y análisis de contenido de los discos duros, con el fin de obtener información en torno a la existencia de un nuevo correo [electrónico] de adjudicación del atentado”.

Cabe tener presente que, con anterioridad a la incautación, el mencionado diario había permitido a funcionarios de la Policía de Investigaciones revisar la información contenida en los dos computadores señalados. En un comunicado de prensa, *El Mostrador* señaló que “ha colaborado siempre con las investigaciones que persiguen esclarecer y sancionar delitos, prestando al efecto una activa y completa ayuda a los jueces en sus labores. La única excepción [que no se invocaba en el caso específico], en estricto cumplimiento de las leyes de la República, la constituye la necesaria salvaguardia y protección de la información que nos ha sido entregada bajo la denominada ‘protección

de la fuente' [reconocida por la Ley de Prensa], piedra angular de la actividad periodística"<sup>1</sup>.

Si bien la Ministra Chevesich se comprometió públicamente a que solo se ocuparía y analizaría la información referida al email en que se reivindicaba el atentado, lo cierto es que incautaciones de carácter masivo de la naturaleza de la recién descrita representan una grave vulneración a la libertad de expresión, puesto que permiten una intromisión general por parte del Estado en la labor periodística, la que incluso podría afectar a la protección de determinadas fuentes, violándose así la Ley de Prensa. El solo hecho de que un magistrado se comprometa a que esto último no sucederá no es garantía suficiente al respecto en un Estado de Derecho.

Otro caso del mismo tipo afectó al diario *La Cuarta*. En el mes de abril de 2004, el Ministro Rubén Ballesteros, quien investiga el asunto de los falladores externos en el Poder Judicial (personas que redactaban sentencias sin ser funcionarios judiciales), ordenó la incautación de grabaciones y fotografías a periodistas del mencionado órgano.

La orden de incautación invocó como fundamento la supuesta necesidad de recabar más información y antecedentes que los difundidos por el periódico.

Aunque existen circunstancias en las cuales resulta legítima la incautación judicial de información en poder de periodistas, tales medidas deben ser dispuestas de manera acotada y con un criterio de proporcionalidad, no pudiendo ordenarse con un carácter amplio y generalizado, lo cual evidentemente afecta el trabajo periodístico. A este respecto cabe hacer notar que existe jurisprudencia internacional en que se condena como violatorias de la libertad de expresión las incautaciones indiscriminadas de este tipo<sup>2</sup>.

## Acceso a la información

El estatus del derecho a la información en Chile es todavía precario. A pesar de que Chile es parte de varios tratados inter-

<sup>1</sup> Elmostrador.cl, 28 de abril de 2004, Incautación de la ministra Chevesich lesiona la libertad de expresión.

<sup>2</sup> Véase Ernst y Otros contra Bélgica, Appl. N° 33400/96, sentencia de 15 de julio de 2003.

nacionales que reconocen este derecho, la Constitución Política no se refiere en forma expresa a él y la jurisprudencia interna solo en escasas ocasiones le ha reconocido el carácter de un derecho fundamental.

En materia de legislación, no existe un texto dedicado específicamente a su regulación. No obstante, en 1999, a través de la Ley de Probidad Administrativa (Ley 19.653), que reformó la Ley de Bases de la Administración del Estado, se estableció un mecanismo para acceder a información pública. Este mecanismo ha probado ser, sin embargo, de alcances muy limitados.

En efecto, la Ley de Probidad Administrativa dejó entregada a la dictación de reglamentos por diversos órganos estatales una serie de aspectos. Cabe consignar que con ello se transgrede lo dispuesto en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual fueron establecidas”. En la práctica, esto ha conducido a que muchos órganos estatales hayan establecido –a través de reglamentos– limitaciones tan gravosas al derecho de acceso a la información que han acabado por desvirtuarlo.

Esto último fue constatado en 2004 por la Contraloría General de la República, la que emitió un Dictamen referido a 50 reglamentos en la materia<sup>3</sup>. Ello ocurrió a requerimiento de las organizaciones “Defendamos la Ciudad” y “Cívika, Derechos Ciudadanos”, que solicitaron un pronunciamiento relativo a la legalidad de una resolución de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, que determinó los actos, documentos y antecedentes afectos a secreto o reserva. Además, pidieron que la Contraloría General declarara la ilegalidad de otros 49 actos administrativos emitidos por diversas entidades de la Administración Pública que también establecen el secreto o reserva de ciertos documentos.

La Contraloría señaló que “las resoluciones que dicten los jefes de servicio destinadas a declarar secretos o reservados determinados instrumentos, emitidas al amparo del artículo 9º del

---

<sup>3</sup> Contraloría General de la República, Dictamen N° 0498831, de 4 de octubre de 2004.

decreto N° 26 de 2001 [Reglamento sobre secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado], deben decir relación exclusivamente con actos administrativos y documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial, siendo improcedente que se refieran a antecedentes que no revistan ese carácter”.

Concluyó la Contraloría estableciendo que efectivamente las reglamentaciones de las 50 entidades administrativas denunciadas contenían elementos de ilegalidad, y dispuso que “se adopten las medidas tendientes a que todas las reparticiones que han dictado resoluciones invocando el artículo 9° del reglamento sobre secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, las reexaminen a la brevedad de acuerdo con los criterios indicados en el cuerpo de este pronunciamiento y, en los casos en que corresponda, las modifiquen en términos que se ajusten a la normativa que les sirve de fundamento”.

### **Desacato, honra y privacidad**

En la actualidad subsisten en Chile normas de desacato, esto es, que confieren una protección especial a la honra de ciertas autoridades, basadas en el supuesto de que la afectación de dicha honra implica una alteración del orden público. Se trata de normas que vulneran los estándares internacionales sobre libertad de expresión, al invertir el principio conforme al cual las autoridades deben estar expuestas a un escrutinio mayor que los ciudadanos corrientes. La Comisión Interamericana se ha referido reiteradamente a esta clase de normas desde hace una década, señalando que en un sistema democrático resulta ilegítimo asimilar la protección de la honra de ciertas autoridades con la del orden público. Como consecuencia del impulso dado al tema por la Comisión, una serie de países del continente americano han reformado su legislación derogando tales regulaciones.

En el caso de Chile, se dio un paso adelante al respecto en 2001, con la derogación de la norma emblemática de desacato que contenía el artículo 6 letra b) de la Ley de Seguridad del Estado (LSE), la cual había sido usada en numerosas ocasiones en casos de gran trascendencia pública tanto durante la dictadura militar como en la transición a la democracia. Sin embargo, normas del mismo tipo fueron mantenidas en el Código

Penal y el Código de Justicia Militar. Las disposiciones de los arts. 263, 264 y 265 del primero de dichos códigos y la del art. 284 del segundo, establecen, en efecto, un trato desigual, colocando la protección de la honra de ciertas autoridades civiles y militares en un plano superior al de los ciudadanos comunes y corrientes.

A raíz del caso seguido en contra del panelista de un programa de televisión Eduardo Yáñez, bajo las normas de desacato del Código Penal, al cual se ha hecho referencia en Informes Anuales anteriores, 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. No obstante, en junio de 2002, fue el Diputado Víctor Barrauto, 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 de la Moneda para reclamar por la tardanza en el envío del proyecto prometido tres meses antes. Finalmente, en septiembre de 2002, el Ejecutivo presentó su propio proyecto derogatorio de las normas de desacato.

Desde su presentación, al Proyecto de Ley se le ha asignado y retirado la urgencia de manera sucesiva por el Gobierno, pero finalmente la Cámara de Diputados lo aprobó en diciembre de 2003 y la iniciativa se encuentra actualmente pendiente en el Senado, donde, tal como ocurriera en la Cámara, el Gobierno de manera sucesiva le ha asignado y retirado 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. Al momento de envío de este Informe a imprenta, el escenario más posible parecía ser el de una reforma parcial en la materia, manteniéndose las normas de desacato del Código de Justicia Militar.

El año 2004 estuvo marcado por una fuerte discusión acerca de la protección de la honra. Más allá de que las normas de desacato subsistentes no hayan sido invocadas en nuevos juicios, el tema de la honra de las autoridades ha permanecido en el debate. En este sentido, como se señaló más arriba, de acuerdo a los estándares internacionales sobre libertad de expresión, la honra de las autoridades no solo no debe tener una protec-

ción superior a los ciudadanos corrientes, sino que es la protección de estas últimas la que debe ser más vigorosa. Esto último está lejos de ser asumido en Chile.

Un caso paradigmático al respecto tuvo lugar en 2004 con el proceso seguido por injurias por el Senador Sergio Páez (Partido Demócrata Cristiano) contra el abogado Carlos Baraona. Si bien en este caso no se utilizaron las normas de desacato, sino las reglas generales sobre injuria, la condena del abogado Baraona constituyó una violación de la garantía de la libertad de expresión, en la medida que sus dichos tuvieron una clara connotación de fiscalización y crítica política en el contexto de una situación de significativo interés público.

Es así como desde el año 2003 ha venido develándose la existencia de una red de autoridades y funcionarios estatales que han tolerado o protegido la tala ilegal del alerce nativo en el sur del país. En el marco de la investigación penal que se sigue al respecto, estuvo incluso procesado durante algún tiempo el Director Ejecutivo del máximo organismo estatal forestal: Carlos Weber, director de la CONAF; además permanecen procesados una serie de funcionarios, incluyendo algunos funcionarios de Carabineros. Fue precisamente durante la detención de Carlos Weber que el abogado Baraona emitió los dichos por los cuales después se le condenaría.

La sentencia de primera instancia sostuvo que “don Carlos Baraona Bray imputó a don Sergio Páez Verdugo una falta de moralidad consistente en presiones a autoridades públicas para el saneamiento de título de dominio y la tala ilegal de alerce debido a promesas electorales, sin que contara con antecedentes que den cuenta de ello (...). Así las cosas, se presenta a esta magistratura como desproporcionado sacrificar el honor frente a la libertad de expresión cuando las afirmaciones no tienen el respaldo que se dice, siendo que se trataba de meras conjeturas o rumores que no se presentan como tales sino como una verdad (...)”. Posteriormente, la Corte Suprema rechazó un recurso de nulidad interpuesto en contra del fallo.

El desarrollo del proceso por injurias se produjo con gran celeridad, en circunstancias de que la investigación penal sobre la tala ilegal del alerce (conducida por otro tribunal) continúa abierta y que siguen observándose desarrollos en ella, incluido el procesamiento de nuevas personas.

La condena del abogado Baraona produce lo que en el Derecho Comparado se conoce como un *chilling effect* (efecto de enfriamiento), inhibiendo la fiscalización ciudadana respecto de problemas de claro interés público. Ello marca una tendencia en Chile que es precisamente la contraria que se desarrolla a nivel internacional, donde en 2004, en dos casos paradigmáticos (Caso de Mauricio Herrera Ulloa contra Costa Rica y Caso de Ricardo Canesse contra Paraguay), la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo la centralidad de salvaguardar la protección de la libertad de expresión en casos en que existe un interés público envuelto.

Respecto del caso del abogado Baraona, la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales interpuso una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos basada en la transgresión del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, que garantiza la libertad de expresión, así como del artículo 24 del mismo instrumento, por infracción del derecho a la igualdad. Además, en la denuncia se señala que el Estado de Chile violó el art. 1.1 del Pacto, que impone la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos.

De cualquier modo, lo que resulta concluyente del caso antes relatado es que el nivel de protección de la honra de las autoridades en la legislación y jurisprudencia chilenas es demasiado alto, en desmedro del derecho a la libertad de expresión de los ciudadanos comunes y corrientes. Se trata de un tema en absoluto pacífico para las autoridades políticas, quienes en reiteradas ocasiones a lo largo del año 2004 plantearon exactamente lo contrario, esto es, la necesidad de contar con una protección incluso mayor al respecto, lo cual contravendría los estándares internacionales de derechos humanos en la materia.

Como se describiera en el Informe Anual anterior, el desarrollo de una investigación criminal sobre pedofilia (conocida como "Caso Spiniak", por Claudio Spiniak, el principal inculgado), en el cual se formularon acusaciones contra parlamentarios y otras autoridades políticas, condujo al procesamiento de varios periodistas por el uso de cámaras ocultas en relación con un juez, sobre la base de una disposición legal (el artículo 161-A del Código Penal) que ha sido sumamente criticada como atentatoria de la libertad de expresión por los más diversos sectores. La norma fue promulgada en 1995, pero no había sido em-

pleada hasta este caso (en que fue utilizada, como se ha dicho, no para proteger la privacidad de un particular sino de una autoridad judicial).

Durante 2004 continuaron las acciones judiciales en relación con la cobertura dada por la prensa al este caso. Al respecto, cabe señalar primeramente que el Presidente del Colegio de Periodistas, Alejandro Guillier, quien junto a otros periodistas del Canal de Televisión Chilevisión fuera procesado en 2003 por supuesta invasión a la privacidad, empleándose por los tribunales la norma del artículo 161-A del Código Penal recién criticada, se mantiene en la misma situación transcurrido el año 2004.

Además, en el mes de julio, la jueza del 33<sup>er</sup> juzgado del Crimen de Santiago, Eleonora Domínguez, procesó a los periodistas Emilio Sutherland, Paulina de Allende-Salazar y Marcelo Simonetti, invocando la existencia de presunciones fundadas de que ellos habrían cometido el delito tipificado en el artículo 161-A del Código Penal, toda vez que habrían filmado y exhibido imágenes de la detención de Claudio Spiniak, que se efectuó en un operativo policial, como asimismo imágenes de una de las fiestas en que participaba este último. Además, los dos últimos periodistas mencionados anteriormente, también fueron procesados por el delito de receptación de cintas de video, en donde aparecían imágenes de las fiestas de Spiniak.

Ante esta resolución, los procesados recurrieron de amparo ante la Corte de Apelaciones de Santiago, para que fueran revocados los autos de procesamiento. El día 10 de agosto la Novena Sala de dicha Corte, integrada por los Ministros Joaquín Billard y Hugo Dolmestch y el abogado integrante Luis Orlandini, acogió dichas presentaciones. A juicio de la Corte, la aplicación del artículo 161 A es errónea, ya que la conducta descrita en dicha norma sanciona la grabación, reproducción e interceptación en recintos particulares sin libre acceso al público de conversaciones de carácter privado sin el consentimiento del afectado, así como a quien grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan en recintos particulares que no sean de libre acceso al público. La Corte añade que las imágenes de la detención no fueron realizadas por el periodista, sino por Carabineros y que la detención de Claudio Spiniak no es un hecho secreto ni reservado, que no se altera por el lugar en que se lleve a cabo, y que por consiguieren-

te la publicación de las imágenes de este acto, no constituye un ilícito penal.

En cuanto a Paulina de Allende-Salazar y Marcelo Simonetti, la Corte de Apelaciones de Santiago, señala: que conforme a los antecedentes con que se cuenta en el proceso, las imágenes difundidas en el programa Informe Especial fueron filmadas con el consentimiento de Spiniak, por lo que no es posible atribuirles el delito del inciso primero del artículo 161 A, y menos aún sancionar su difusión, ya que no fueron mal habidas.

En torno al delito de receptación que se les atribuye a los dos últimos periodistas, la Novena Sala expresa que ninguno de los procesados mantiene en su poder la cámara con que se grabaron las imágenes, y que la sola tenencia de la cinta de video que se difundió no acredita la existencia del delito ya que “no es suficiente para presumir que quien entregó dicha copia por un precio se hizo con el original mediante hurto o robo, ni mucho menos, que quien medió en la adquisición de la copia por Televisión Nacional sabía o debía saber que el original hubiere sido mal habido”.

Además, el caso Spiniak condujo a una reformulación radical de un Proyecto de Ley sobre Protección Civil del Honor y la Privacidad que se tramitaba en el Congreso desde hacía varios años. Como se detallara en el Informe Anual anterior, de una iniciativa legal destinada originalmente a despenalizar la regulación de estas materias, se pasó a la aprobación por la Cámara de Diputados de un texto que no solo mantiene las sanciones penales –incluyendo el art. 161-A antes mencionado, cuya derogación se había anunciado expresamente–, sino que brinda una protección muy alta a la privacidad de las autoridades y personajes públicos, incluso en contextos de claro interés público. El texto aprobado por la Cámara de Diputados representa un muy grave retroceso en materia de libertad de expresión. Esto fue reconocido incluso por una serie de autoridades políticas. El Proyecto se encuentra actualmente en tramitación en el Senado sin que se hayan producido avances.