

Libertad de Expresión

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo incluye distintos aspectos relativos a la libertad de expresión y opinión en Chile, incluyendo las formas de censura subsistentes; las normas que brindan una protección especial al honor de ciertas autoridades (normas de desacato); y el acceso a la información en sus diversas facetas, incluyendo la concentración de los medios de comunicación social. También contiene este capítulo una referencia a la libertad de conciencia y de religión, estrechamente relacionada con la libertad de expresión y opinión.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DEBATE PÚBLICO DURANTE LA TRANSICIÓN

En los inicios de la transición a la democracia existían expectativas de que la libertad de expresión y el debate público experimentarían una significativa mejoría en el nuevo contexto político. Este parecía ser un cambio lógico después de 17 años de dictadura. Contribuía también a estas previsiones el desarrollo, tanto a través de vías legales como no legales, de medios de comunicación alternativos en los últimos años del régimen autoritario, así como de distintas formas de expresión de la sociedad civil. Esta se encontraba altamente movilizadora a partir de las protestas que comenzaron en 1983 y siguiendo por el Plebiscito de 1988 en que el General Pinochet fue derrotado y las elecciones generales de 1989.

Estas expectativas, sin embargo, no se han visto satisfechas. Si bien con el advenimiento de la transición algunas trabas legales fueron levantadas prontamente¹, otras han tardado largamente en

¹ Como las introducidas a diversos textos legales por las llamadas “Leyes Cumplido” en 1991.

seguir igual curso. La actitud del sistema judicial ha contribuido también a ello, a través de interpretaciones de los jueces restrictivas de la libertad de expresión y de la intervención de algunos jueces como partes querellantes en esta materia en casos emblemáticos. Más genéricamente, la actitud de los poderes políticos durante la transición, la permanencia de ciertos poderes fácticos y tendencias autoritarias de larga data en la sociedad chilena han sido factores relevantes para la ausencia de un debate público vigoroso².

No obstante lo anterior, en los años más recientes, y aunque todavía con limitaciones, comienzan a abrirse mayores espacios, lo que se manifiesta en las iniciativas para derogar la censura, la reforma de la Ley de Seguridad del Estado y, en especial, una mayor atención de la sociedad civil en estas materias. En el año 2002 se ha continuado en esta senda, a pesar de que, como se verá, la misma no ha estado exenta de claroscuros y demoras.

Uno de los rasgos centrales de la transición política chilena ha sido el énfasis puesto desde las esferas políticas por alcanzar consensos o acuerdos en las más diversas materias, procurando reducirse los conflictos al mínimo posible, en ocasiones incluso a costa de sacrificar aspectos que originalmente aparecían como centrales en las políticas gubernamentales. Esta búsqueda de consensos se ha extendido a la relación con poderes extrapolíticos, como las Fuerzas Armadas, la Iglesia católica y el empresariado. Como contrapartida, esta política ha procurado evitar o reducir el papel de aquellos aspectos que pudieran provocar “ruidos” en la transición.

En este sentido, por lo menos durante un período significativo de la transición, uno de los efectos ha sido el de desmovilizar a la sociedad civil y mantener un debate público restringido. Como antes se señalara, en los años finales de la dictadura la sociedad civil se encontraba altamente movilizadada; una vez iniciada la transición se sigue el camino inverso, reduciéndose esa movilización. Si bien es cierto que ello podría ser parcialmente atribuido a un posible cansancio de la población después de los años de esfuerzos por retornar a un régimen democrático, la actitud asumida desde las esferas políticas parece ser central, como también lo es la subsistencia de una serie de restricciones legales al debate público, las cuales han sido hechas efectivas en casos emblemáticos.

La libertad de expresión es uno de los ámbitos en que Chile presenta contradicciones más explícitas con los estándares internacionales de derechos humanos. Esto se manifiesta a través de la práctica de la censura a pesar de que la Convención Americana

² Véase Human Rights Watch, *Los límites de la tolerancia: libertad de expresión y debate público en Chile*, LOM Ediciones, 1998.

prohíbe cualquier forma de ella, y de una serie de disposiciones del Código Penal, del Código de Justicia Militar y también de leyes especiales. A pesar de que por la remisión a las normas internacionales que realiza el art. 5º inciso 2º de la Constitución los tribunales podrían haber adaptado su interpretación de la ley interna en materia de libertad de expresión a dichos estándares internacionales, ellos no lo han hecho.

3. CENSURA

Cuando este Informe ya se hallaba en imprenta, se aprobó finalmente la entrada en vigencia de la derogación de la censura cinematográfica, que se encontraba establecida a nivel constitucional. Ya en 2001 se había adoptado el acuerdo en el Congreso para dicha derogación, pero su entrada en vigor había quedado en suspenso hasta la adopción de un nuevo sistema de calificación cinematográfica. Este nuevo sistema no incluye a la censura como una de las facultades del sistema, a diferencia de lo que antes acontecía. No obstante, a poco de adoptarse este acuerdo, un tribunal ordenó la incautación de la totalidad de los ejemplares de un libro, caso al que nos referimos más adelante. De este modo, la efectiva eliminación de la censura dependerá de la jurisprudencia que asuman en el futuro los jueces, especialmente si acaso cambiarán su tesis de que la prohibición judicial de películas, libros u otras formas de expresión no constituyen propiamente censura³.

Durante la transición han existido tanto casos de prohibición de libros como de películas. Salvo los casos de algunas películas cuya difusión fue prohibida por el Consejo de Calificación Cinematográfica (un órgano de carácter administrativo) a comienzos de los noventa, los demás episodios se han originado como resultado de decisiones judiciales.

Cuatro de estos casos han correspondido a prohibición de libros. Debido a que la Constitución solo autoriza la censura cinematográfica, los jueces han dictado las prohibiciones de libros basándose en la doctrina de que estas prohibiciones no constituyen

³ Al respecto, han señalado los tribunales chilenos: "Esta libertad [de expresión] la consagra el constituyente 'sin censura previa', la cual en su sentido técnico y estricto consiste en el procedimiento impeditivo que forma parte de una política de Estado no democrático, practicado por agentes administrativos que operan como vigilantes, respecto de ideas –no sobre conductas– religiosas, políticas o morales, que se reputan peligrosas, impidiendo que lleguen al público por estimarse contrarias a los intereses de los gobernante, o para el control que estos ejercen sobre la sociedad". Corte de Apelaciones de Santiago (confirmada por la Corte Suprema), Caso Luksic Andrónico contra Martorell Francisco y Otro (1993).

propriadamente actos de censura (lo que ocurriría solo cuando un órgano administrativo prohíbe una obra), utilizando para ellos diversas disposiciones legales.

El primero de los libros prohibidos durante la transición fue una investigación de la periodista María Irene Soto, titulada “Los Secretos de Fra-Fra”. Este libro estuvo prohibido entre 1992 y 1999 en virtud de una orden judicial. El libro poseía un claro interés público, ya que se refería al supuesto aprovechamiento de su posición política privilegiada para efectos de sus negocios por parte del conocido empresario Francisco Javier Errázuriz, quien acababa de ser candidato a la Presidencia de la República y luego sería elegido Senador. La decisión de prohibirlo se basó en una disposición del Código de Procedimiento Penal dirigida a asegurar el éxito de la investigación judicial⁴.

El segundo libro prohibido fue “Ética y Servicios de Inteligencia”, de Humberto Palamara, un ex miembro de la Marina chilena, en el cual se desarrollan ciertos estándares para el trabajo de dichos organismos, pero sin hacer referencia a la experiencia de las agencias de inteligencia chilenas⁵. El libro fue prohibido por orden de un Juez Naval, basándose en el Código de Justicia Militar, y al momento del allanamiento de la casa del autor le fue borrado el disco duro de su computador que contenía el libro. El libro permanece prohibido hasta la fecha y Humberto Palamara recibió dos condenas penales por parte de los tribunales navales, las que fueron confirmadas por la Corte Suprema. El caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que en 2001 dictó una resolución declarándolo admisible, encontrándose todavía pendiente la decisión de fondo sobre este caso.

Un tercer libro prohibido fue “Impunidad Diplomática”, del periodista Francisco Martorell, que se refería a supuestas orgías y otras conductas de una serie de personajes públicos, incluidos diplomáticos, empresarios y políticos. El libro fue prohibido primero por la Corte de Apelaciones de Santiago y luego por la Corte Suprema en el contexto de un recurso de protección⁶. Se sostuvo por los tribunales que dicha prohibición era imprescindible para proteger el derecho a la honra de los afectados, que dicho derecho es

⁴ Se trata del art. 7º, que señala: “Considéranse como primeras diligencias dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación de los delincuentes (...)”.

⁵ De hecho, los primeros peritos encargados por el tribunal para establecer acaso la publicación del libro constituía un peligro para los intereses de la Marina determinaron que no lo había, y fue recién una segunda pareja de peritos los que consideraron que existía tal peligro.

⁶ Equivalente al Amparo en los sistemas jurídicos de otros países.

superior al derecho a la libertad de expresión (basándose, entre otros, en el curioso argumento de que en la Constitución chilena el numeral que consagra el derecho a la honra antecede a aquel que reconoce la libertad de expresión), y que esta actuación judicial no representaba un acto de censura, ya que solo cabría hablar de esta cuando sea un órgano administrativo en un régimen autoritario el que adopta tal decisión. El caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que condenó al Estado de Chile por violación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. La Comisión se hizo cargo de determinar acaso se trataba o no de un caso de censura, estableciendo que sí lo constituía, ya que era irrelevante para ello el que la prohibición emanara de un órgano administrativo o de un órgano judicial, de un régimen dictatorial o de uno democrático. No obstante, hasta la fecha dicha resolución, del año 1996, no ha sido cumplida, permaneciendo el libro censurado hasta la fecha.

La cuarta publicación prohibida durante la transición fue “El Libro Negro de la Justicia Chilena”, que permaneció censurado entre 1999 y 2001. El libro, de la periodista Alejandra Matus, describía la situación del sistema judicial chileno desde los años sesenta, formulando acusaciones de desidia en materia de protección de los derechos humanos (las que ya habían sido planteadas por la Comisión de Verdad) y de corrupción. Un Ministro de la Corte Suprema, Servando Jordán, a quien se aludía en el libro (y contra quien se había interpuesto una acusación constitucional por notable abandono de deberes), interpuso una querrela y pidió la prohibición, la que fue acogida. La censura de este libro produjo un revuelo en la opinión pública y en la clase política que no había ocurrido en los casos anteriores. Este caso condujo a la reforma de la Ley de Seguridad del Estado (LSE) en varios aspectos, incluyendo la derogación de dos artículos de ella que habían sido históricamente empleados por los tribunales para censurar publicaciones⁷. A raíz de esta reforma la censura de “El Libro Negro de la Justicia Chilena” fue levantada. Sin embargo, y a pesar de haber sido solicitada inmediatamente después de la reforma de la LSE, esta decisión tomó varios meses, para lo cual el tribunal se fundó en que se encontraba determinando acaso existirían otros delitos cometidos además del de la LSE por el cual originalmente la autora había sido perseguida. Esto demostró que el tribunal no consideraba que su facultad de prohibir libros hubiera desaparecido junto con la reforma de la LSE.

En materia de obras audiovisuales, durante los primeros años de la transición el Consejo de Calificación Cinematográfica mantu-

⁷ Los artículos 16 y 30 de la Ley de Seguridad del Estado.

vo su política de censurar determinadas obras. Más tarde la composición del Consejo fue modificada y, promediando la década de los noventa, el Consejo levantó la prohibición que había impuesto en la época de la dictadura para exhibir la película “La Última Tentación de Cristo”⁸. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago primero y la Corte Suprema después, pronunciándose a propósito de un recurso de protección, resolvieron mantener la censura, por considerar la película lesiva para la honra de un grupo de católicos, de la Iglesia católica y del mismo Jesucristo, señalando, además, que el Consejo carecía de la facultad de levantar la prohibición de películas que hubiera sido dispuesta por los tribunales. En los años ochenta, la prohibición de “la Última Tentación de Cristo” había sido apelada ante los tribunales y estos habían confirmado la censura de esta película. El caso fue entonces presentado ante la Comisión Interamericana, la que estableció una violación de la Convención Americana, siendo posteriormente enviado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que resolvió de igual manera en enero de 2001. Estas resoluciones no vinieron sino a reafirmar la reiterada doctrina del sistema interamericano según la cual constituye censura cualquier tipo de medida preventiva dirigida a prohibir la circulación o exhibición de una obra. La Corte Interamericana ha sostenido desde sus primeros fallos que, en materia de libertad de expresión, “toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención”, añadiendo expresamente que “[e]l abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino de fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido”⁹. De esta manera, el concepto de censura previa, prohibido por la Convención Americana, incluye no solo las disposiciones de orden administrativo, sino también las adoptadas por los tribunales o por cualquier otro órgano. En la sentencia de la Corte Interamericana sobre “La Última Tentación de Cristo” se ordenó al Estado de Chile la derogación de la censura y se señaló, además, que el Estado debería rendir cuenta cada seis meses acerca de los avances al respecto.

En un comienzo esta sentencia contribuyó a acelerar la tramitación de la reforma constitucional para derogar la censura cinematográfica, la que tuvo lugar en 2001. Sin embargo, dicha derogación permaneció en suspenso y recién entró en vigor en octubre de 2002, esto es, cerca de dos años después de la sentencia de la Corte Interamericana, cuando el Congreso acordó un nuevo sistema de

⁸ Se trata, como es sabido, de una película del reconocido director Martin Scorsese, basada en un libro de Nikos Kazantzakis, que circula libremente en Chile.

⁹ Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva de 13 de noviembre de 1985, párrafos 38 y 39.

calificación cinematográfica. El debate parlamentario acerca del nuevo sistema de calificación abarcó los más diversos aspectos, incluyendo la clasificación por edades de las películas, el papel de los jueces, la regulación que tendrán las películas pornográficas y la composición del nuevo Consejo. A este último respecto, incluso se planteó en algún momento la incorporación de un representante de las Fuerzas Armadas, lo cual resultaba a todas luces inconsistente con la composición que debe tener un órgano con estas funciones.

A raíz de la censura de “La Última Tentación de Cristo”, el Consejo de Calificación Cinematográfica resolvió hace algunos años, comunicándolo públicamente, que en lo sucesivo no ejercería su facultad de censurar películas, limitándose a clasificarlas por edades. En la misma línea, el Consejo ha levantado la censura de películas que anteriormente había prohibido, como ocurrió en 2002 con el filme del director español Bigas Luna, “Las Edades de Lulú”¹⁰. Sin embargo, esto no fue extendido a aquellas películas cuya prohibición hubiera sido dispuesta por los tribunales, como es el caso de “La Última Tentación de Cristo”. En enero de 2002, un grupo de abogados que había llevado el caso ante el Sistema Interamericano solicitó al Consejo el levantamiento de la censura de esta película, de manera de evitar que su exhibición quedara en suspenso hasta la entrada en vigor de un nuevo sistema de calificación. Argumentaron que la sentencia de la Corte Interamericana había dado origen a un nuevo escenario jurídico, en el cual no podía entenderse que la sentencia de la Corte Suprema produjera el efecto de cosa juzgada, por lo que el Consejo sí poseía el poder de levantar la censura de la película. El Consejo, sin embargo, desechó esta solicitud, fundándose en la sentencia de la Corte Suprema a que antes se ha hecho mención y desestimando el argumento de que el fallo de la Corte Interamericana hubiera creado una situación distinta a aquella en la que la Corte Suprema había dictado su sentencia¹¹.

De este modo, durante varios años existió una situación de hecho y otra –distinta– de derecho. La situación de hecho consistía en que el Consejo ya no censuraba películas, aunque tampoco permitía la exhibición de películas que hubieran sido prohibidas por los tribunales. La situación de derecho consistía en que el Consejo podía censurar películas si así le parecía o que un tribunal podía

¹⁰ “Habla el director que derribó el cerco de la censura en Chile”, *El Mercurio*, 7 de febrero de 2002, p. C-10.

¹¹ Carta de José Weinstein, Subsecretario de Educación y Presidente del Consejo de Calificación Cinematográfica a los abogados Matías Insunza, Alex Muñoz y Claudio Márquez, de 24 de enero de 2002 (copia de la carta en poder de los autores de este Informe).

hacer lo mismo si se apelaba una resolución del Consejo denegando la prohibición de una película. Esto, como es obvio, dejaba el tema de la exhibición o censura de películas en un ámbito de discrecionalidad e incertidumbre.

Por lo mismo, la derogación de la censura cinematográfica a nivel constitucional constituye un paso significativo para el fortalecimiento de la libertad de expresión en Chile. Sin perjuicio de ello, resta por ver cuál será la actitud de los tribunales. En este contexto, resulta preocupante que desde el Poder Judicial continúen enviándose señales de un signo opuesto. Ello ocurrió con la señalada mantención de la censura del “Libro Negro de la Justicia Chilena”, que se prolongó por varios meses después de la eliminación de las normas de la Ley de Seguridad del Estado en que la prohibición originalmente se había basado. Más aún, en diciembre de 2002, y cuando este Informe se hallaba en imprenta, se produjo la censura del libro “Cecilia, la vida en llamas”, del periodista Cristóbal Peña. La censura de este libro fue ordenada por una jueza del crimen, en el contexto de una querrela por injurias interpuesta por Cecilia Pantoja, una cantante chilena.

Tanto la reforma de la Constitución aboliendo la censura cinematográfica como la que tuvo lugar respecto de la Ley de Seguridad del Estado tuvieron como desencadenante principal decisiones judiciales (la prohibición, respectivamente, de “La Última Tentación de Cristo” y de “El Libro Negro de la Justicia Chilena”). De allí que la finalidad de las reformas de la Constitución y de la Ley de Seguridad del Estado antes mencionadas sea la de terminar con la práctica de la censura de una manera general y debiera implicar que en lo sucesivo no solo no existan órganos administrativos con el poder de censurar obras, sino también el término de las prohibiciones judiciales.

La reforma constitucional y la reciente modificación de la Ley de Seguridad del Estado no aseguran en absoluto el fin de la censura si ello no va acompañado de un cambio en la mentalidad de los jueces. De hecho, en los casos antes mencionados los tribunales utilizaron diversos mecanismos para hacer efectiva la censura, tales como normas del Código de Procedimiento Penal, del Código de Justicia Militar y de la propia Constitución en lo relativo al derecho a la honra. Cuando algunos jueces han recurrido a estos cuerpos legales para prohibir publicaciones, lo han hecho sobre la base de que ello no constituye censura, debiendo a su entender esta expresión quedar circunscrita a las decisiones tomadas por órganos administrativos y no por órganos judiciales.

Dicha postura es incoherente con las normas establecidas por la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, a la cual el Estado chileno se halla obligado a nivel internacional, así como con

la propia Constitución, ya que, en virtud de esta, el Estado debe respetar los derechos consagrados en tratados internacionales como la Convención Americana. La Convención señala que el ejercicio de la libertad de expresión “no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores”, sin distinguir entre órganos administrativos y judiciales. Incluso señala que cuando pueda estar en juego la honra de las personas, el orden público, la seguridad nacional u otros valores, lo que procede es únicamente el hacer efectivas responsabilidades ulteriores. Así resulta claro que el papel desempeñado por los tribunales chilenos al prohibir una serie de publicaciones no corresponde en absoluto a la persecución de responsabilidades posteriores, sino que ellos han asumido el rol de censores, prohibido por la Constitución.

Cuando este Informe estaba a punto de ser despachado a imprenta, se produjo una serie de intentos, iniciados por parlamentarios y por particulares, por censurar una obra de teatro llamada “Prat”, por la visión heterodoxa que ella presentaría sobre el máximo héroe chileno de la Guerra del Pacífico que tuvo lugar hace más de un siglo con Perú y Bolivia. En la obra –cuya autora y directora son Manuela Infante y María José Parga, respectivamente– aparece un adolescente llamado Prat al mando de un barco, que estaría caracterizado como un hijo sobreprotegido por su madre, que acaricia y se deja acariciar el pelo por otro hombre y que se encuentra bebido. Asociado a la polémica generada en torno a esta obra, que había contado con un financiamiento estatal de dos millones de pesos (equivalentes aproximadamente a US\$ 2.700), renunció la coordinadora del Fondo de las Artes y la Cultura (FONDART), dependiente del Ministerio de Educación, Nivia Palma. Mientras tanto, y sin ninguna polémica, se reestrenaba otra obra vinculada a Prat, llamada “Arturo y el ángel”, en que un grupo de niños representa el Combate Naval de Iquique en un pueblo campesino¹².

Las iniciativas para impedir el estreno de la obra se iniciaron con una querrela interpuesta por la presidenta de la Corporación 11 de Septiembre (de tendencia pinochetista), bajo la Ley de Seguridad del Estado¹³. La querrela fue declarada inadmisibles por estar restringida la presentación de querrelas conforme a esa ley a determinadas autoridades, excluyéndose a los particulares. Posteriormente, un ciudadano, a título personal, interpuso un recurso de

¹² “Otro montaje vinculado a la figura de Arturo Prat se estrena en octubre”. *elmercurio.cl*, 5 de octubre de 2002.

¹³ “Querellante contra la polémica obra de Prat lucha por detener el estreno del 17 de octubre”, *elmostrador.cl*, 23 de septiembre de 2002.

protección destinado al mismo fin, por considerar la obra ofensiva contra Prat¹⁴.

Pero en lo que es más grave por su proveniencia, cinco parlamentarios de bancadas de Gobierno y de Oposición solicitaron a la Ministra de Educación suspender el estreno de la obra¹⁵.

Posteriormente fue presentado un nuevo recurso de protección, esta vez por descendientes de Arturo Prat. Este recurso fue declarado admisible por la Corte de Apelaciones de Santiago y en él se solicita que la Corte prohíba la exhibición de la obra. A mediados de diciembre de 2002, el recurso se encontraba pendiente.

Estos intentos estuvieron precedidos y acompañados de una campaña llevada a cabo desde distintos sectores, en especial por parte de ex miembros de la Marina, cuestionando la obra y el financiamiento estatal que esta había obtenido. Además, de acuerdo a lo señalado por la renunciada coordinadora del FONDART, “la dramaturga y la directora [de la obra] han recibido graves amenazas para impedir el estreno de su obra”¹⁶. A ello se sumó el que, intempestivamente, la Intendencia de la Quinta Región (donde tiene su sede la Marina de Chile) decidió excluirse como patrocinante de la celebración de los 10 años del FONDART, lo que, de acuerdo a la información recibida por Nivia Palma, “dice relación con el aporte de este Fondo Público al montaje de la obra ‘Prat’”¹⁷.

Ante lo que constató como una falta de apoyo a la obra de parte de la Ministra de Educación, Mariana Aylwin, la coordinadora del FONDART renunció a su cargo. Según lo señalado por esta última, la Ministra le “prohibió asistir al estreno de la obra ‘Prat’ y realizar cualquier declaración pública al respecto”¹⁸. El jefe de la División de Cultura del Ministerio de Educación ofreció una versión distinta, señalando que, por su intermedio, la Ministra solo le había pedido prudencia a la coordinadora. No obstante, reconoció que en torno a la obra se había producido un “clima beligerante”, sin desmentir a Nivia Palma acerca de la existencia de fuertes presiones¹⁹.

¹⁴ “Nuevo recurso por obra “Prat”, *elmostrador.cl*, 9 de octubre de 2002.

¹⁵ “Diputados proponen suspensión temporal de Fondart y de obra ‘Prat’”, *lasegunda.cl*, 11 de octubre de 2002. Se trató de los parlamentarios Maximiano Errázuriz (Renovación Nacional) –quien lideró la iniciativa–, Rosaura Martínez (independiente), Samuel Vengas (Partido Radical Social Demócrata), Leopoldo Sánchez (Partido por la Democracia) y Eugenio Bauer (Unión Demócrata Independiente).

¹⁶ “La carta de Nivia Palma a Claudio di Girólamo”, *elmostrador.cl*, 30 de septiembre de 2002.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Di Girólamo aclara a Palma: Ministra solo pidió prudencia, ibídem.

Las distintas vías, directas e indirectas, por intentar censurar la obra son de extrema gravedad. De manera más general, el hecho de que una serie de instituciones y personas tengan como primera reacción el recurrir a los tribunales para tal efecto, demuestra que no se halla asentada en Chile la jurisprudencia internacional en el sentido de que la prohibición judicial de obras constituye precisamente una forma de censura.

Más allá de cuál haya sido exactamente el tenor de las instrucciones de la Ministra de Educación a la renunciada coordinadora del FONDART, lo cierto es que a propósito de este caso ha estado ausente una reacción decidida de los órganos del Estado para defender la libertad de expresión en nuestro país.

Por lo que se refiere al apoyo financiero brindado por el Estado a la obra, el mismo se concretó a través de una selección de ella en un concurso, cuyo jurado fue encabezado por Fernando González, un reconocido especialista que dirige una prestigiosa Escuela de Teatro. Las críticas generadas al respecto descalifican a la obra por sus contenidos y sin esperar siquiera el conocerla una vez que haya sido estrenada. Además, esas críticas pasan por alto el papel que le corresponde al Estado en un sociedad democrática de velar por la existencia de una pluralidad de puntos de vista, incluyendo aquellos presumiblemente heterodoxos, que poseen poco espacio en el debate público o que resultan chocantes para ciertos sectores de la población. Como señalara la renunciada coordinadora del FONDART, “aquí está en juego el carácter democrático de nuestra acción cultural; están en juego principios fundamentales de Fondart, como son el respeto irrestricto a la libertad de creación y difusión cultural, respeto y valoración de la diversidad y pluralidad de nuestro país, y no discriminación de obras y autores por razones políticas, ideológicas, religiosas, de orientación sexual o sociales”²⁰.

4. NORMAS DE DESACATO

Las normas de desacato son aquellas que brindan una protección especial al honor de ciertas autoridades, colocando al ciudadano corriente en una situación de abierta desigualdad. El pretendido fundamento de dicha diferenciación radicaría en que la afectación del honor de las autoridades afectaría también el orden público. Ello significa invertir el sentido que posee la garantía de la libertad de expresión en una sociedad democrática, según el cual las autoridades, dadas las funciones que desempeñan, deben estar expuestas

²⁰ *elmostrador.cl*, 30 de septiembre de 2002.

a un escrutinio público mayor que quienes no ejercen como tales. En Chile, estas normas de desacato se encuentran en diversas disposiciones del Código Penal y del Código de Justicia Militar²¹ y hasta hace muy poco se hallaban en una serie de leyes especiales, la más conocida de las cuales es la Ley de Seguridad del Estado.

A nivel internacional, la Comisión Interamericana ha señalado en reiteradas ocasiones que las normas de desacato violan el Pacto de San José de Costa Rica, observando expresamente que la legislación chilena vulnera el Derecho Internacional en esta materia. La situación chilena en materia de normas de desacato llama la atención a nivel internacional debido a que ellas no solo se encuentran establecidas en el ordenamiento jurídico, sino que son de hecho utilizadas en casos de relevancia pública. La persistencia de las normas de desacato constituye uno de los aspectos más críticos de la situación de la libertad de expresión en Chile desde el punto de vista de los órganos internacionales de derechos humanos.

A lo largo de la historia política chilena ha existido un uso recurrente de las normas de desacato. Estas normas encuentran su origen en regímenes predemocráticos y de allí su contradicción con la protección de la libertad de expresión y otros derechos humanos. El concepto de orden público en que descansan estas normas responde a una visión autoritaria, que separa dicho orden de la protección de los mencionados derechos. Además de las normas recogidas en el Código Penal y posteriormente también en el Código de Justicia Militar, durante el siglo XX se dictó una serie de leyes especiales en esta materia, las que han sido utilizadas reiteradamente por los tribunales, a menudo en casos de gran significación pública²².

La más reciente de tales leyes, dictada en 1958, es la Ley de Seguridad del Estado (LSE)²³. La dictadura militar volvió más represivo este texto legal al incorporar nuevos delitos (muchos de ellos penalizando lo que en realidad correspondía al ejercicio legítimo de ciertos derechos humanos) y aumentar las penalidades. Estos cambios fueron revertidos en los inicios de la transición a la democracia²⁴, retornando la LSE a un texto bastante parecido al que regía con anterioridad a la dictadura.

²¹ En los artículos 263, 264 y 265 del Código Penal y en el art. 284 del Código de Justicia Militar.

²² Para un análisis de la historia de la legislación y jurisprudencia en esta materia, véase Felipe González, Jorge Mera y Juan Enrique Vargas, *Protección Democrática de la Seguridad del Estado*, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 1991.

²³ Ley 12.927.

²⁴ Esta modificación fue adoptada en 1991, como parte de las denominadas "Leyes Cumplido."

Durante la transición se han llevado a cabo cerca de 30 procesos en aplicación de las normas de desacato²⁵. 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 cuanto a los efectos restrictivos ocasionados, estos no son en absoluto menores. Entre los años 1958 y 1973 este cuerpo legislativo también se utilizaba con cierta frecuencia²⁶. Sin embargo, por el contexto de esa época, el impacto del empleo de esta legislación en el debate público era notablemente menor al de la actualidad. Dado el fragor del debate público en los sesenta, la LSE no estaba en condiciones de “congelar” mayormente el debate. Cosa distinta ha sucedido durante la transición. En el transcurso de esta, una serie de las querellas han afectado a periodistas realizando investigaciones de forma independiente, lo que ha implicado una restricción adicional a un contexto ya limitado por la concentración de los medios de comunicación escritos (que se analiza más adelante en este Informe). En otros casos, las querellas han afectado a dirigentes juveniles y a personas que formulaban críticas a las autoridades políticas, judiciales o militares.

El uso de las normas de desacato se ha visto agravado por dos elementos adicionales. El primero consiste en que la desigualdad entre autoridades y ciudadanos corrientes se refleja no solo en las sanciones, sino también en los derechos durante la tramitación de los procesos judiciales. En estos procesos, ya sea que ellos se desarrollaran según la LSE, el Código Penal o el Código de Justicia Militar, la tramitación se rige por las normas de los tribunales militares en tiempo de paz, lo que implica restricciones a los derechos de los acusados en materia de excarcelaciones, apelaciones y otros aspectos importantes.

El segundo elemento radica en la jurisprudencia de los tribunales chilenos en la materia. Los tribunales consideran de manera casi unánime que existe una especie de “conexión automática” entre la afectación del honor de determinadas autoridades y la afectación del orden público. Esto significa que es suficiente con pro-

²⁵ Para un análisis de la jurisprudencia durante la transición hasta 1998 y 2000, véanse, respectivamente, Human Rights Watch, *Los límites de la tolerancia* (cit.) y Felipe González, *Leyes de Desacato y Libertad de Expresión*, en: Felipe González y Felipe Viveros (eds.), *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Cuaderno de Análisis Jurídico Serie Publicaciones Especiales N° 10, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2000, pp. 219-263.

²⁶ 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.

bar que el honor de una autoridad ha sido afectado para que el tribunal estime que el orden público se encuentra involucrado y que, por lo mismo, procede aplicar la norma de desacato. Conforme a esta práctica, los tribunales no entran a calificar la razonabilidad y proporcionalidad, al no atender a las circunstancias del caso ni a la existencia o no de una real afectación del orden público²⁷.

Hasta 1999, la clase política aparecía sustentando el uso de las normas de desacato, como lo prueba no solo el hecho de que no hubiera iniciativas legales para su eliminación, sino el uso que la Cámara de Diputados y el Senado hicieron de ellas en el caso contra Francisco Javier Cuadra, en el que ante los dichos de este de que existían parlamentarios que consumían drogas, ambas Cámaras actuaron como querellantes utilizando la Ley de Seguridad del Estado. El cambio recién se vino a producir con el caso de “El Libro Negro de la Justicia Chilena”, al que antes se ha hecho mención, que originó la inmediata reacción de un grupo de parlamentarios de distintas bancadas políticas, planteando a través de un Proyecto de Ley la derogación de la más emblemática (y más utilizada) de las normas de desacato chilenas: la del art. 6 letra b) de la Ley de Seguridad del Estado. Luego el gobierno complementó esta iniciativa. Durante la tramitación del Proyecto se discutió la posibilidad de derogar todas las normas de desacato del ordenamiento jurídico chileno, o sea, hacer extensiva su abolición a las disposiciones en la materia del Código Penal y del Código de Justicia Militar.

Esta iniciativa de mayores alcances no prosperó. Muchos parlamentarios sostuvieron que si bien era necesario eliminar las normas respectivas de la Ley de Seguridad del Estado, que resultaban demasiado draconianas, debían conservarse ciertas formas de protección especial para las autoridades, como las contenidas en los dos códigos señalados. La Diputada Pía Guzmán presentó una moción dirigida a la totalidad de las normas de desacato, la que no prosperó²⁸.

²⁷ En términos jurídicos, se mantiene así un vestigio de responsabilidad objetiva, que no toma en suficiente consideración los elementos subjetivos del tipo penal, la eficacia causal de la conducta ni las demás circunstancias de hecho que rodean el caso específico, no solo respecto de la injuria, calumnia o difamación, sino también en relación con la afectación del orden público.

²⁸ En su fundamentación la Diputada Guzmán señaló: “los tratamientos de respeto como ‘honorable’, ‘excelencia’, ‘ilustrísima’ con que se les llama a nuestras autoridades no se ganan por adscripción. Por el contrario –continuaba–, (...) tienen origen en un contrato. Si nos basamos en el Código Civil, corresponden a un contrato de tracto sucesivo con nuestros electores, en donde el trato de ‘honorable’ lo ganamos día a día y minuto a minuto” (tomado de las Actas de discusión del Congreso).

Durante la tramitación del Proyecto, que se extendió hasta 2001, ni el Gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle ni el de Ricardo Lagos llegaron a presentar una iniciativa legal tendiente a derogar todas las normas de desacato. Finalmente, en 2001 se derogó la norma de desacato del art. 6 letra b) de la LSE, dejándose intactas las de los códigos. El discurso oficial y de la clase política daba a entender que prácticamente no se utilizarían en lo sucesivo las normas que se mantenían vigentes.

Sin embargo, en diciembre de 2001 se inició un proceso basado precisamente en las normas de desacato subsistentes en el Código Penal. El caso, vigente hasta la fecha, se dirigió contra Eduardo Yáñez, panelista de un programa de televisión, el que luego de escuchar los testimonios de algunas personas que habían sido afectadas gravemente por errores judiciales y se les había negado una compensación por ello, señaló en una transmisión en vivo que la justicia era “inmoral, cobarde y corrupta” y que lo hecho demostraba “poca hombría” y que era “una mariconada”²⁹. El caso fue abierto a raíz de una iniciativa de la Corte Suprema y el panelista Sr. Yáñez se encuentra procesado por una de las normas de desacato del Código Penal³⁰. De acuerdo a lo señalado públicamente por el Sr. Yáñez, con anterioridad a su procesamiento, él solicitó en tres ocasiones una audiencia con el Presidente de la Corte Suprema, Ministro Mario Garrido³¹, la que no le fue concedida. La audiencia la había solicitado para hacerle saber a la Corte Suprema que su intención no había sido la de injuriar y que sus declaraciones habían sido realizadas en un momento de ofuscación³². El Ministro Garrido afirmó que Eduardo Yáñez no fue recibido por no haber solicitado la audiencia por los mecanismos formales³³. El Sr. Yáñez recibió el respaldo del Ministro Secretario General de Gobierno, Herald Muñoz³⁴.

El Sr. Yáñez presentó su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁵ y fue recibido por ella en marzo de 2002. La gravedad de esta situación le fue representada también por representantes de la Universidad Diego Portales y del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) en el marco de una

²⁹ “Con la sogá al cuello”, *El Mercurio*, 13 de enero de 2002, pág. D-12.

³⁰ “Procesan por desacato a panelista de TV”, *El Mercurio*, 16 de enero de 2002, pág. C-1.

³¹ “Corre plazo a panelista requerido”, *El Mercurio*, 8 de enero de 2002, pág. C-9.

³² “Panelista desea disculparse con el pleno de la Suprema”, *El Mercurio*, 5 de enero de 2002, pág. C-12.

³³ “No aceptaron sus excusas”, *El Mercurio*, 16 de enero de 2002, pág. C-1.

³⁴ *El Mercurio*, 15 de enero de 2002, pág. C-12.

³⁵ “La libertad de expresión complica a Chile”, *El Mercurio*, 17 de enero de 2002, pág. C-9.

sesión de la Comisión sobre libertad de expresión en Chile. Los miembros presentes de la Comisión, al igual que el Relator sobre Libertad de Expresión de la OEA, manifestaron en esa oportunidad su preocupación por la persistencia en el uso de las normas de desacato en Chile³⁶.

En mayo, el Ejecutivo se comprometió a través de su Ministro Secretario General de Gobierno 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 Expresión³⁷. Lo propio señaló ante la Cámara de Diputados³⁸.

En junio de 2002 el Diputado Víctor Barrueto, en conjunto con otros parlamentarios de distintas bancadas políticas, presentó un Proyecto de Ley orientado a la derogación de las normas de desacato subsistentes en Chile. En años anteriores el diputado Juan Bustos había presentado un proyecto más amplio que incluía también dicha derogación y que también se encuentra pendiente en su tramitación. Sin embargo, de acuerdo a los mecanismos de generación de leyes en Chile, si el Poder Ejecutivo no le da urgencia a la tramitación de los proyectos de ley, dicha tramitación se dilata indefinidamente.

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 antes³⁹.

Finalmente, en septiembre, el Ejecutivo presentó su propio proyecto derogatorio de las normas de desacato⁴⁰. Sin embargo, cuando este Informe ya se hallaba en imprenta, la celeridad de la tramitación del Proyecto parecía correr serio peligro, al intentárselo incorporar en una iniciativa de carácter mucho más amplio, que implicaría una reformulación completa del tratamiento del honor

³⁶ Una síntesis de dicha presentación en Felipe González, La Libertad de Expresión en Chile, *El Mostrador*, 20 de marzo de 2002.

³⁷ Una organización de la sociedad civil que reúne a abogados, periodistas, académicos y sectores no gubernamentales interesados en la protección de este derecho. Coordinado por la Universidad Diego Portales, se constituyó en 1999 y ha trabajado en diversas iniciativas vinculadas con materias de libertad de expresión, impulsando la derogación de las normas de desacato, el término de la censura cinematográfica, el reconocimiento en sede judicial de la libertad de información, entre otras.

³⁸ *El Mercurio*, 6 de mayo de 2002, pág. C-4

³⁹ "Marcha por la libertad de expresión frente a La Moneda", *El Mostrador*, 27 de agosto de 2002.

⁴⁰ "Lagos firmó este viernes proyecto que elimina 'leyes de desacato'", *El Mostrador*, 6 de septiembre de 2002.

y privacidad de las personas en la legislación chilena, cuya tramitación podría tardar largo tiempo.

También cuando este Informe se hallaba en imprenta, el Presidente del Senado, Andrés Zaldívar, interpuso una querrela por injurias en contra de Marcel Claude, Director de la ONG Terram (dedicada a materias medioambientales). Si bien dicha querrela no invoca las normas de desacato subsistentes, pone nuevamente sobre el tapete de la discusión el uso del Derecho Penal como mecanismo idóneo para lidiar con materias de expresión y opinión por parte de las autoridades públicas, especialmente en el contexto de casos como este, en que la cuestión en discusión era de manifiesto interés público.

5. ACCESO A LA INFORMACIÓN

Uno de los principios básicos que subyace a todo régimen republicano y democrático es el de transparencia en el actuar de las autoridades. Este principio se conecta inmediatamente con otro, de igual relevancia, que es el de probidad en los funcionarios públicos. La importancia que estos principios tienen para la vigencia del Estado de Derecho radica en que, dado que las autoridades desempeñan sus funciones en representación de los ciudadanos del Estado, estos necesariamente deben tener derecho a saber qué es lo que las autoridades que detentan hacen (y dejan de hacer). Así se configura el valor o fundamento del derecho que es analizado en esta parte: el acceso a la información en poder del Estado. El derecho de acceder a la información pública ha ido fortaleciéndose cada vez más en el ámbito internacional, donde no se discute su relevancia para que la ciudadanía pueda ejercer un control social de la calidad de las políticas públicas que los Estados implementan. Y esto es especialmente importante cuando de lo que se trata es analizar la situación de los derechos humanos en el país. El derecho de acceso a la información permite, entonces, verificar cómo se comporta el Estado frente a violaciones o afectación de los derechos de las personas, razón por la cual algunos señalan que este derecho tiene un marcado carácter instrumental: a través de él, en definitiva, se hacen valer los demás derechos humanos básicos. Sin información, no es posible saber cuál es la verdadera situación del derecho a la educación o a la salud, la situación de los indígenas o las personas con discapacidad. Aquí radica la importancia de que los ciudadanos tengan derecho a acceder a la información que está en poder del Estado.

Se entiende, además, que el acceso a la información sirve como poderoso instrumento de participación ciudadana en el desarrollo

de las políticas públicas. Sin información, escasas son las posibilidades de intervenir en los procesos de creación, implementación y monitoreo de las medidas que el Gobierno adopta para la vigencia de los derechos humanos, lo que, nuevamente, demuestra cuán importante es que el Estado reconozca y promueva –como es su deber– este derecho fundamental.

En Chile, la relevancia del derecho de acceso a la información ha ido paulatinamente aceptándose. Aun cuando existe una especie de “cultura del secreto” que tiene sus raíces en tiempos antiguos, la dictadura militar acentuó este carácter de reserva o secreto propio de las actuaciones de las autoridades, impidiendo el conocimiento de una serie de materias de interés ciudadano. Por ello, en la década de los noventa, durante el segundo gobierno democrático, se impulsaron diversas iniciativas tendientes a revertir esta tradición de secreto y reserva en el actuar de los funcionarios públicos, algunas de las cuales se han traducido en nueva legislación sobre acceso a la información, mientras que otras aún no logran llegar a puerto.

En materia de estándares internacionales, el acceso a la información se ha desarrollado de manera particular en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”⁴¹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando la norma recién transcrita, ha señalado que cada vez que se restringe “ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales”⁴².

Esta tendencia internacional se ve reflejada en los diversos instrumentos que sobre la materia han sido adoptados, destacando, para estos efectos, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada en 2000 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objeto de profundizar la interpreta-

⁴¹ Artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o “Pacto de San José”).

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de periodistas. Serie A, N° 5, párrafo 30. Anexo A.

ción que se ha hecho del artículo 13 de la Convención⁴³. En esta Declaración, la Comisión expresa que “[e]l acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio solo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”⁴⁴. Estas resoluciones demuestran la importancia que el acceso a la información, como derecho humano, reviste para la vigencia de la democracia en nuestros países, a través de mecanismos destinados a transparentar la actividad estatal.

De acuerdo a los informes de Transparencia Internacional, Chile lleva varios años entre los países con menores índices de corrupción en el mundo⁴⁵. No obstante ello se escuchan, de manera más o menos frecuente, voces de que en algunas reparticiones públicas suelen presentarse situaciones que afectan la probidad y transparencia de los funcionarios (entre ellos, destaca la percepción de que el Poder Judicial es uno de los más afectados por estas prácticas). Pero, en general, la ciudadanía mantenía una buena percepción de la transparencia y probidad de las autoridades. Ello hasta que un medio de comunicación destapara una situación de coimas involucrando al ex Subsecretario de Transportes y presidente del Partido Radical, Patricio Tombolini, y a varios diputados, todos de la coalición gobernante. Comenzó una investigación judicial –de la cual se dará cuenta en el próximo Informe sobre derechos huma-

⁴³ Además de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, el derecho de acceso a la información ha sido objeto de otras resoluciones internacionales, tales como: la Declaración de Chapultepec (adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión en 1994), que establece que “[t]oda persona tiene el derecho a buscar y recibir información” (principio 2), añadiendo que “[l]as autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público” (principio 3); por su parte, en el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión presentado en enero de 2000 ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, destacan los párrafos 42, 43 y 44 dedicados expresamente al acceso a la información; y, por último, en noviembre de 2000, se adoptan los Principios de Lima. En ellos, se desarrollan los alcances del derecho de acceso a la información, en particular, afirmando su vinculación, en cuanto derecho humano, con la democracia, la transparencia y desarrollo y la obligación de las autoridades de “promover una cultura de transparencia” (principio 4).

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, principio 4.

⁴⁵ De acuerdo con Transparencia Internacional, en los últimos cinco años Chile ha sido el país menos corrupto de América Latina. Véase *Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional 2002*, en www.transparency.org.

nos— que generó un verdadero escándalo en el oficialismo, al deto- narse más y más denuncias. Así fue como el ex Ministro de Obras Públicas de este Gobierno, Carlos Cruz, reconoció que todos los ministros y subsecretarios de Estado recibían, además de sus remuneraciones fijadas por ley, suplementos a sus rentas, mediante la designación en empresas del Estado o bien por medio de sobres con dinero en efectivo, todo lo cual tenía por objeto suplir los “miserables sueldos” (en palabras del Presidente del Banco Central) de estas autoridades. Al mismo tiempo que el Gobierno intentaba bajar el perfil a esta situación, el Presidente del Senado, Andrés Zaldívar, se inhabilita para votar el proyecto de ley de pesca producto de la enorme presión que se generó al conocerse que él y 17 familiares suyos poseían acciones de una de las mayores empresas pesqueras de Chile (lo que les reportaría enormes ganancias con la aprobación del proyecto). Antes de adoptar esta decisión, Zaldívar sostenía firmemente la tesis de que él no debía inhabilitarse —respaldada posteriormente por el Senado y contradicha por un Informe en Derecho preparado por profesores de la Universidad Diego Portales—, lo que generó una fuerte polémica con otro senador y con el director de una organización ambientalista —quien fue el primero en advertir sobre la incompatibilidad del Presidente de la Cámara Alta—, en contra de quien presentó posteriormente una querrela criminal por supuestas injurias. Dado que los hechos narrados acontecieron al momento del cierre de este Informe, su descripción acabada se incluirá en el próximo reporte.

Volviendo a la regulación legal del derecho de acceso a la información, algunas investigaciones han dado cuenta de lo arraigada que se encuentra en la institucionalidad chilena la cultura del secreto o reserva en el actuar⁴⁶. Hasta 2001, se encontraba plenamente vigente la Ley sobre Abusos de Publicidad, dictada en 1967, la que contemplaba una norma que permitía a los jueces decretar, en cualquier investigación que llevaran y en cualquier estado de la causa, prohibición de informar a los periodistas, los que se exponían a una pena de reclusión (de 61 días) en caso de no respetar esta orden, la que fue utilizada en muchas ocasiones en procesos de gran interés público. En este sentido, puede citarse una sentencia de la Corte de Apelaciones que levantó una prohibición de informar por 120 días que se había decretado en un caso de tráfico de drogas de claro interés social (conocido como la “Operación Océano”). En dicha ocasión, la Corte sostuvo que “debiendo dilucidar entre los valores que en la especie se confrontan —la suerte del sumario, el éxito de la investigación y el eventual riesgo de

⁴⁶ González, Miguel, “Secretos, reservas y prohibiciones informativas en la legislación chilena”, Centro de Estudios Mediales, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000.

quienes han declarado en la causa, por una parte y, por la otra, el control público de los actos de la jurisdicción y de otras funciones estatales, mediante el acatamiento a la garantía constitucional de informar sin censura previa, pero con responsabilidad por el actuar propio— esta Corte se inclina por la preservación de estos últimos”^{47 48}.

La Constitución Política de Chile establece, en su artículo 19 N° 12, la libertad para emitir opinión e informar sin censura previa, sujeto a un sistema de responsabilidades ulteriores. Como puede verse, esta norma no dispone de manera expresa —como sí lo hacía el anteproyecto constitucional— el derecho de recibir información. Sin embargo, con ocasión del debate parlamentario por la ley que regula el ejercicio de esta libertad y del periodismo⁴⁹, el Tribunal Constitucional estimó que, aun cuando no se encontraba de modo explícito en la Carta Fundamental, este derecho “forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales”⁵⁰.

El derecho de acceso a la información sí tiene, en cambio, consagración legal expresa en nuestro país. En diciembre de 1999, y después de varios años de discusión en el Congreso, finalmente entró en vigencia la “ley de probidad administrativa”⁵¹. Se trata de un cuerpo legal que introdujo una serie de modificaciones a diversas leyes, destacando aquella que explicita el derecho de acceder a la información en poder del Estado (Administrador), fijando los casos de secreto y reserva en las actuaciones de la Administración e introduciendo los principios de probidad administrativa, transparencia y publicidad. Junto con lo anterior, la ley ha contemplado un procedimiento judicial para reclamar por el no cumplimiento de sus normas, el cual, según se verá, ha producido resultados interesantes, aunque todavía incipientes.

Esta ley introduce a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado una serie de modificaciones, disponiéndose para nuestros efectos que “[l]a función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 30 de julio de 1998, Rol N° 12.010-98, citada por González, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁸ Con la promulgación de la nueva Ley de Prensa (Ley N° 19.733), esta norma que permitía que los tribunales obstaculizaran la libre circulación de informaciones de interés general fue derogada.

⁴⁹ Ley N° 19.733, publicada en el Diario Oficial de 4 de junio de 2001.

⁵⁰ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 30 de octubre de 1995, Rol N° 226.

⁵¹ Ley N° 19.653, publicada en el Diario Oficial de 14 de diciembre de 1999.

en ejercicio de ellas” (art. 13, inc. 2º) y que tanto los actos administrativos como los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial son públicos (inc. 3º), haciéndose extensiva dicha publicidad “a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública” y a las sociedades anónimas en las que la participación que el Estado tenga le permita nombrar uno o más directores, como, asimismo, las empresas del Estado que en virtud de leyes especiales se encuentren sometidas a la legislación aplicable a las sociedades anónimas, “en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma”, de acuerdo con las reglas que más adelante establece (inc. 4º).

Por su parte, la ley prevé los casos generales para denegar legítimamente el acceso a la información, siendo estos: a) “la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias”; b) “el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido”; c) la oposición de terceros referidos o afectados por la información solicitada; d) “el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido”, y e) “el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional” (inciso 11). Finalmente, se precisa que “los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado” serán determinados por uno o más reglamentos (inciso final).

El avance institucional que significa la inclusión expresa al ordenamiento jurídico del derecho de acceder a la información estatal comienza a frenarse, precisamente, en el mismo precepto que lo ha contemplado. Conforme con la primera causal para denegar el acceso a la información, el órgano solicitado puede rechazar la solicitud presentada “en los casos de secreto o reserva”, los cuales han de ser establecidos por una norma de carácter reglamentario.

En enero de 2001, el Ejecutivo dicta un decreto supremo que, según su artículo 1º, “regula los casos de secreto o reserva aplicables a los actos administrativos y a los documentos y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado”, conforme a las reglas de la “ley de probidad” analizadas más atrás.

A primera vista, pareciera que el Ministerio Secretaría General de la Presidencia se ha correctamente limitado a cumplir con el mandato impuesto por el inciso final del artículo 13 de la Ley de

Bases: una o más normas de carácter reglamentario regularán los casos de secreto o reserva de los documentos que estén en poder de la Administración. Sin embargo, al detenerse en él, es posible apreciar cómo el reglamento en estudio infringe su ley fundante y, consecuentemente, la propia Constitución. El deber del Ejecutivo era el de regular “los casos de secreto o reserva de la *documentación y antecedentes*” que estuviesen en poder del Estado, y no, como ocurrió, de normar “el secreto o reserva de los *actos* [administrativos] y documentos”, como lo anuncia el mismo título del decreto supremo. Así, después de reiterar algunas ideas presentes en la Ley de Bases –transparencia en la función pública y publicidad de los actos administrativos, básicamente– el reglamento comienza a señalar las excepciones a la publicidad anunciada en los artículos previos (párrafo 3º).

La primera cuestión es que el decreto supremo extiende los casos de secreto y reserva a los propios actos administrativos, sin causa alguna, toda vez que la ley solo autorizaba a regular tales casos para “la documentación y antecedentes”, y no para los actos administrativos. En seguida, la norma distingue los casos de “secreto” (aquellos en que los actos o documentos solo son conocidos por las personas a quienes están dirigidos o que intervienen en ellos) y los de “reserva” (en que son conocidos en la unidad del órgano que lo emite). Todos los demás actos y documentos, señala, son públicos.

Posteriormente el decreto garantiza que “[s]olo podrán ser declarados como secretos o reservados los actos y documentos cuyo conocimiento o difusión pueda afectar el interés público o privado de los administrados” (art. 8º), estableciendo, a continuación, una lista con los criterios que los órganos de la Administración deben utilizar para determinar cuándo se afecta el interés público y cuándo se afecta el interés privado, de manera de denegar legítimamente el derecho de acceso a la información⁵². El problema es que, al revisar los casos que el decreto ha contemplado como posibles para denegar el acceso a la información, prácticamente no hay si-

⁵² Entre los criterios señalados en el artículo 8º del decreto supremo, destacan, como posibles de afectar el interés público, los relativos a la defensa y seguridad nacional, política exterior, relaciones internacionales, política monetaria; los relativos al mantenimiento del orden público; aquellos cuya comunicación o conocimiento perjudique el desarrollo de procedimientos jurisdiccionales o la investigación por los servicios públicos, entre otros. Y entre los que pueden afectar el interés privado, se contemplan los actos “que conlleven o contengan una apreciación de juicio o valor sobre una persona determinada o claramente identificable; aquellos cuya comunicación o conocimiento afecte la vida privada de una persona individualizada o identificable; los expedientes relativos a procedimientos sancionatorios o disciplinarios de cualquier naturaleza” respecto de terceros ajenos a estos, entre otros.

tuación que no pudiese quedar cubierta por alguna de las hipótesis que allí se establecen, por lo cual se desnaturaliza el derecho de acceder a la información que tanto ha costado plasmarlo en la legislación nacional. Los órganos estatales cuentan así con una gama de posibilidades para denegar el acceso no solo a la documentación y antecedentes, sino, además, a los propios actos administrativos.

Continuando con la reglamentación (vía Poder Ejecutivo) que se ha hecho de este derecho, el propio reglamento estatuye que los órganos de la Administración del Estado deberán clasificar los actos y documentos como secretos o reservados, de conformidad a los criterios establecidos por las normas analizadas, correspondiéndole al Jefe Superior del Servicio hacer dicha determinación, “mediante resolución fundada” (art. 9º), los que mantendrán dicho carácter por un plazo de 20 años (art. 10, letra e).

Así es como en cumplimiento de esta orden, en noviembre de 2001, el Servicio de Vivienda y Urbanización (SERVIU) de la Araucanía dictó la resolución N° 4.460, en la que se declara como *actos* y documentos secretos las denuncias presentadas ante los tribunales de justicia y las denuncias recibidas por el propio Servicio; y como reservados, los documentos relativos a la elaboración o modificación de instrumentos de planificación territorial y modificaciones a la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza, transgrediéndose el espíritu de la legislación que se ha revisado. Frente a esta cuestión, en entrevista con un medio, la Directora del SERVIU de la Araucanía explica que la resolución no es más que una “clasificación de la documentación”, pero que, de todas maneras, “las denuncias son públicas, están para conocimiento público”, a pesar de haber sido categorizadas como secretas en la norma publicada⁵³.

Al publicarse esta resolución, algunos parlamentarios se mostraron profundamente molestos por considerar que la normativa atentaba contra las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados e iba en una dirección opuesta a lo que se estaba haciendo en otras áreas, en especial, la implementación del nuevo proceso penal, el que contempla varias normas sobre transparencia (partiendo por la consagración de la oralidad en reemplazo del procedimiento escrito, entre otras razones, para dar publicidad y transparencia al proceso criminal).

Lo que demuestra las explicaciones precedentes es que, al reglar el derecho de acceder a la información, la ley ha establecido situaciones de secreto o reserva para cuestiones que naturalmente

⁵³ *La Segunda*, 28 de noviembre de 2001, en www.lasegunda.com. Entrevista a Paulina Bonilla, Directora del Servicio de Vivienda y Urbanismo, IX Región.

son de carácter público. No se discute –a pesar de lo que estableció el decreto supremo antes analizado– que los actos administrativos en tanto norma jurídica son (o deben ser) públicos, lo que evidentemente transmite este carácter a los documentos y antecedentes que los sustentan, ya que estos no son sino las causas o fundamentos de la declaración final que se contiene materialmente en un acto específico (generalmente, un decreto supremo). Por ello, la división que la ley ha hecho entre actos, documentos y antecedentes, desde el punto de vista del derecho humano de acceder a la información, carece de justificación razonable: todos ellos, en conjunto, componen el acto administrativo que los ciudadanos tienen derecho de conocer.

La actuación de los tribunales en materia de acceso a la información

A diferencia de lo que ha acontecido con el Ejecutivo, el Poder Judicial ha tenido, hasta ahora, una positiva recepción en las pocas pero interesantes causas sobre acceso a la información.

Un primer elemento que llama la atención en estas sentencias es que, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Bases, el conocimiento de las causas de amparo por denegación de acceso a la información pública, no obstante tratarse del ejercicio de un derecho humano, corresponde a los juzgados de letras en lo civil⁵⁴, los que, a pesar de tratarse de jueces cuya experticia es propia de conflictos de Derecho Privado, han mostrado, en general, un buen acercamiento a estos casos.

El primero de estos fallos fue pronunciado por el 29º juzgado civil de Santiago, motivado por un amparo presentado por la Fundación Terram. Esta corporación, dedicada a la investigación y fomento de políticas de desarrollo sustentable, había requerido a la Corporación Nacional Forestal, CONAF, información relativa a denuncias por irregularidades en la venta de predios en el sur de Chile. CONAF se negó a proporcionar la información, lo que provocó la interposición del amparo, fundado en las normas que se han revisado.

En junio de 2001, el tribunal dicta sentencia obligando a la Corporación estatal a suministrar la información solicitada por la Fundación, entendiéndolo el juez que “la labor fiscalizadora de los privados, lejos de representar un obstáculo a la consecución de los fines del Estado o de sus órganos, representa una ayuda, un com-

⁵⁴ En Chile, el conocimiento de causas de afectación de derechos constitucionales corresponde, en primera instancia, a las Cortes de Apelaciones y, en segunda, a la Corte Suprema, a través del denominado “recurso de protección”.

plemento coadyuvante de notable importancia". Esta sentencia se confirma por la Corte de Apelaciones, señalando que la actuación de la Corporación Nacional Forestal "vulnera el legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado y la esfera pública tratándose de asuntos que tienen como fundamento el interés de la comunidad", sentando un precedente en la jurisprudencia sobre derechos humanos en Chile⁵⁵.

Posteriormente, en diciembre del mismo año, el 26° juzgado civil de Santiago hace lugar a la presentación que en julio habían deducido personas vinculadas a la Fundación Sociedades Sustentables, la Asociación de Agricultores Orgánicos de Chile "Tierra Viva" y el Centro Austral de Derecho Ambiental, en contra del Servicio Agrícola y Ganadero, solicitando a este "información sobre cultivos transgénicos de temporada 1999-2000 y 2000-2001, y relativa a superficie plantada, clase de cultivo, modificación genética de los mismos, nombre de quien (*sic*) o quienes (*sic*) introdujeron las especies y lugares de plantación"⁵⁶. El Servicio estatal se negó a proporcionar dicha información, ya que, en su concepto, se estaba actuando conforme a Derecho, lo cual fue desechado por el tribunal, quien consideró que "las razones que el Servicio Agrícola y Ganadero estima que lo eximen de proporcionar la información que motiva la presente acción se formulan de manera general y al respecto no se aportaron antecedentes que permitan al concluir (*sic*) que los que se han solicitado son de aquellos que se protegen en el artículo 8° del Reglamento de la Ley N° 19.653", por lo que acogió el amparo. Sin embargo, la Corte de Apelaciones revoca esta decisión sosteniendo la tesis que "la acción de amparo (...) no procede en caso alguno respecto a información o documentos entregados a un órgano de la administración por una empresa privada de las que no prestan un servicio de utilidad pública"⁵⁷.

Un tercer fallo que ha tratado esta materia fue dictado por el 12° juzgado civil de Santiago a fines de 2001. Esta vez la justicia no hizo lugar a la presentación deducida por un abogado en contra de la Subsecretaría de Bienes Nacionales, la que denegó el acceso a información relativa a expedientes de venta de ciertos inmuebles. El interés del requirente radicaba en su intención de adquirir uno de estos bienes raíces para el ejercicio de su profesión y la Subsecretaría había fijado un precio muy elevado, por lo que solicitaba a

⁵⁵ *El Mercurio* electrónico, 24 de diciembre de 2001, www.emol.com: "Inédito fallo de la justicia consagra derecho a información", y *El Mercurio*, 16 de enero de 2002, A 3.

⁵⁶ Sentencia de 7 de diciembre de 2001, recaída en causa Rol N° 3449-2001, 26° juzgado civil de Santiago, *Manzur y otros con Servicio Agrícola y Ganadero*.

⁵⁷ Sentencia de 4 de diciembre de 2002, recaída en causa Rol de ingreso N° 1295-2002, Corte de Apelaciones de Santiago.

la repartición estatal las razones que motivaron la fijación de dicho monto.

Al negarse a proporcionar la información, el abogado interpuso el amparo por negación de acceso a la información en poder del Estado, pero el tribunal desestimó la acción, planteando una restrictiva interpretación de las normas sobre acceso a la información. Señaló el juez que “el derecho consagrado en el inciso 5º de la Ley 18.575 (*sic*), en orden a que se otorgue al público información por escrito del jefe de servicio de que se trata respecto de los actos administrativos y los documentos que le sirven de sustento o complemento directo y esencial, nace solo una vez que el respectivo Servicio dicte un Acto Administrativo, esto es, una decisión formal que contenga una declaración final de voluntad (...) de manera tal que al no existir dicho acto, no resulta legalmente posible que la demandada entregue la información que le ha sido requerida”⁵⁸. Seguimiento: actualmente, está en la Corte con apelación pendiente.

Por otra parte, en julio de 2002, la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, haciendo uso de la facultad que la ley concede para exigir información en poder de los órganos de la Administración del Estado, presenta una demanda de acceso a la información en contra del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. La acción tiene por objeto que la justicia ordene al Ministerio proporcionar al Programa Jurídico sobre Discapacidad los documentos que justifican una decisión que adoptara en febrero de 2002 en perjuicio de las personas con discapacidad física. En 1998, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo había dispuesto que los edificios públicos y privados debían adecuar, para marzo de 2002, sus accesos para estas personas, de manera de permitir la libre circulación de ellas⁵⁹. Sin embargo, dado que esta norma no estaba siendo respetada, el Ministerio, en vez de adoptar sanciones por el no cumplimiento de una norma jurídica clara, emitió un decreto que prorrogó el plazo para diciembre de 2003, sin aducir justificación alguna, lo que motivó a la Clínica a accionar el mecanismo de la ley en contra del Ministerio. Al no dar respuesta en las sucesivas cartas enviadas por los peticionarios, estos decidieron demandar al MINVU ante tribunales por negación de acceso a la información. Algunas semanas después, el Ministro responde la solicitud y envía una carta al Programa Jurídico sobre Discapacidad, explicando las razones por las que había dictado el nuevo decreto: señaló que la adecuación de los edificios estaba condicionada por

⁵⁸ Sentencia de 26 de diciembre de 2001, recaída en causa Rol N° 3673-2001, 12º Juzgado Civil de Santiago, *Morales Ramírez con Subsecretaría de Bienes Nacionales*, considerando 5º.

⁵⁹ Decreto Supremo 201 de 1998, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1999.

“los recursos económicos disponibles”, que se había obtenido a diciembre de 2001 “un cumplimiento de 50% a nivel nacional”, agregando que “se estimó conveniente prorrogar el plazo fijado en el DS 201, para dar la posibilidad de que la totalidad de los edificios públicos cumplieran con esta normativa”. Consignó, además, que en el nuevo decreto se incluía “un proceso de aprobación y materialización de las habilitaciones incluyendo sanciones, de las que carecía el Decreto anterior”.

Finalmente, también en julio de 2002, los tribunales pronuncian otro fallo interesante sobre la materia, esta vez ordenando nada menos que a la Contraloría General de la República la entrega de información relativa a un sumario administrativo a que había dado origen la denuncia hecha por un arquitecto referente al otorgamiento irregular de permisos municipales de construcción. En este caso, las reiteradas solicitudes del particular tuvieron respuesta inicialmente por parte del órgano estatal –señalándole que una vez terminada la investigación se le proporcionarían los antecedentes que requería– pero, una vez que el sumario administrativo estuviera “afinado”, Contraloría simplemente se negó a entregar los documentos que debía proporcionar. El tribunal de primera instancia acogió la demanda del arquitecto, y los afectados –Contraloría y los funcionarios municipales involucrados– pudiendo apelar del fallo, no ejercieron este derecho, quedando, en consecuencia, obligados a entregar la información al requirente.

El acceso a la información y las autoridades

Durante 2002, el derecho de acceder a las informaciones ha suscitado algunos eventos importantes para la vigencia de la libertad de expresión en Chile. Tanto el Ejecutivo como el Congreso Nacional y hasta los tribunales de justicia han protagonizado algunos episodios que es necesario destacar.

En junio, después de que los medios de comunicación social registraran pifias, críticas y abucheos hacia el Presidente Lagos en una visita que este hiciera a una población afectada por los fuertes temporales que se habían producido en el país, el mandatario decidió adoptar una instrucción que, dado el enérgico rechazo que provocó, rápidamente fue revertida: en las salidas a terreno del Presidente, solo se aceptaría la presencia de dos medios de comunicación, los que serían previamente escogidos por el propio Presidente, excluyendo a todos los demás periodistas que legítimamente ejercían su trabajo de informar a la ciudadanía sobre las actividades del Jefe de Estado.

La versión del Ejecutivo era que el Presidente quería hacer sus visitas sin el trastorno que significa la presencia masiva de perio-

distas, de manera de facilitar el contacto con la gente y que, de esta forma, podría fiscalizar de mejor modo a las reparticiones públicas, toda vez que no tendrían manera de enterarse de sus visitas inspectivas⁶⁰. Al ser consultado acaso no implicaba esta medida una restricción ilegítima a la libertad de informar garantizada por la Constitución y los pactos internacionales, Lagos señaló: “no, en absoluto. ¡Cómo se le ocurre! ¡Oiga, he luchado para que pueda haber libertad de informar en este país! ¿Verdad? ¡No faltaba más!”⁶¹. A pesar de lo que entendía el Presidente no era una restricción ilegítima a la libertad de expresión, lo cierto es que la presión que la Asociación Nacional de Prensa y el Colegio de Periodistas ejercieron terminó por persuadir al Ejecutivo de lo poco afortunada que era la medida, dejándose a los dos días sin efecto, pero quedando aún la sensación de que al Presidente Lagos le resulta muy molesto que los medios cubran las noticias que no le son del todo favorables.

Una situación similar, pero que involucró a la Cámara de Diputados, se produjo un tiempo más tarde, coincidiendo con la visita de la directora ejecutiva del Comité Mundial por la Libertad de Prensa. La prensa había informado desde hacía tiempo sobre diversas cuestiones que incomodaban a los parlamentarios: los dineros de la Corporación que se habían utilizado para costear el envío de cartas para la campaña de un diputado que pretendía ser reelegido como Presidente de su partido, las frecuentes inasistencias de los diputados (que llegó a su punto cúlmine cuando un proyecto de ley “estrella” del Gobierno no pudo siquiera discutirse por falta de quórum)⁶², la contratación de familiares de los parlamentarios con cargo al erario y la negativa a transparentar el monto real de las remuneraciones de diputados y senadores, entre otras.

Todo ello motivó a que la Cámara de Diputados –a través de su Comisión de Régimen Interno, Administración y Reglamento– decidiera restringir el acceso de los periodistas a las dependencias del edificio del Congreso⁶³ y estableciera una serie de requisitos para que estos pudiesen desarrollar su trabajo como forma de re-

⁶⁰ *La Tercera*, 12 de junio de 2002, p. 4.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Se trataba del proyecto de ley que crea una institucionalidad cultural, el que rápidamente fue repuesto por el Senado, debido al bochorno vivido por sus colegas diputados.

⁶³ Al momento de producirse el fracaso del proyecto de ley sobre institucionalidad de la cultura, los medios mostraron cómo muchos diputados se encontraban a esa misma hora en el edificio del Congreso realizando otras actividades, como tomar café en la cafetería (que fue uno de los lugares que la Cámara vetó a los periodistas).

presalía por la cobertura de las noticias antes citadas⁶⁴. Se trataba de una nueva restricción a la libertad de informar que atentaba no solo en contra del derecho fundamental de acceder, buscar y recibir la información, sino que, además, vulneraba las disposiciones sobre probidad y transparencia que regulan la actividad de los parlamentarios⁶⁵.

A la molestia de la Asociación Nacional de Prensa y el Colegio de Periodistas⁶⁶, se sumó la actuación judicial del Foro Chileno por la Libertad de Expresión, el que presentó un recurso de protección en favor de connotados periodistas y académicos, invocando la conculcación de los derechos humanos a la libertad de información y de trabajo, ambos contemplados en la Constitución y en los instrumentos internacionales que Chile ha suscrito, a pesar de que la propia prensa difundía la noticia de que la Cámara había decidido revertir su polémica medida (no obstante no había ni una resolución ni una declaración oficial de parte de la Cámara de Diputados).

Concentración de los medios de comunicación

El derecho humano fundamental de acceder a la información y, más genéricamente, el derecho a recibir todo tipo de informaciones encuentra un serio obstáculo en Chile con la fuerte concentración económica de los medios de comunicación social. Tal como lo ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “[l]os monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos”⁶⁷. Este tipo de estándares internacionales es de la mayor importancia, desde que se trata de los órganos que, en definitiva, conocen e interpretan las eventuales

⁶⁴ Entre otros, se dispuso la obligación de elevar con dos semanas de anticipación una solicitud firmada por el editor responsable del medio que consignara el nombre del profesional que trabajaría, el tema del reportaje que pretendía realizar (constituyendo una especie de censura previa) y el tiempo que tomaría su trabajo.

⁶⁵ El artículo 5° A de la Ley Orgánica Constitucional sobre el Congreso Nacional (introducida por la ley de probidad, ya citada) dispone que “los diputados y senadores ejercerán sus funciones con pleno respeto de los principios de probidad y transparencia”, el cual consiste “en permitir y promover el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que adopten”.

⁶⁶ *El Mercurio*, 25 de julio de 2002, C 4.

⁶⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, principio 12.

violaciones que los Estados cometen (tal como se ha señalado anteriormente en este capítulo).

Dentro de la legislación antimonopolios existente en Chile –que data de los primeros años de la dictadura militar–⁶⁸, se establecen regulaciones más o menos estrictas según se trate de artículos o servicios considerados “esenciales” o “no esenciales”. Entre los primeros se contempla la alimentación, vestuario, medicina, vivienda o salud. Se deja fuera de esta calificación, sin embargo, a los medios de comunicación social, a pesar de la crucial importancia que tienen en la vida cotidiana de las personas y en la calidad del debate público y del sistema político.

Varios estudios que se han realizado dan cuenta del nivel de concentración de los medios en Chile. El más reciente, publicado a fines de 2001, analiza la concentración tanto en la prensa escrita cuanto en la televisiva y radial⁶⁹. El golpe militar de 1973 produjo modificaciones cruciales en el mercado de la prensa, al clausurarse casi la totalidad de la prensa de la Oposición y quedar sujeto el sistema a una lógica de control político, situación que en lo sustancial se mantendría durante los años 80, lo que profundizó el control de los dos conglomerados que lideran el sector. En efecto, la prensa escrita en Chile está en manos de dos grandes empresas, cuyas publicaciones apoyaban al régimen militar: por una parte, El Mercurio, que está conformado por un grupo de empresas con ramificaciones hacia otros sectores de la economía”, y, por otra, el Consorcio Periodístico de Chile (COPESA), que, de acuerdo al referido estudio, está compuesto por “sectores económicos que no han estado históricamente ligados a los medios de comunicación social y que tomaron inmejorables posiciones dentro de este negocio en una coyuntura político-económica ‘favorable’ por sus relaciones con el Gobierno Militar”⁷⁰.

En la actualidad, El Mercurio y COPESA poseen prácticamente todos los diarios de circulación nacional (excepción hecha del diario estatal *La Nación* y sin considerar a los diarios referidos exclusivamente a noticias del ámbito financiero) y muchos de los más importantes diarios regionales. Estos dos conglomerados, se señala en el estudio, aprovecharon las medidas administrativas adoptadas por la dictadura militar –léase, clausura de todos los diarios con excepción de aquellos que pertenecían a estas empresas– para posicionarse hoy como uno de los mayores oligopolios del país. Además, como se señalara en un Informe de Human Rights Watch,

⁶⁸ Decreto Ley N° 211, de 1974.

⁶⁹ Guillermo Sunkel y Esteban Geoffroy, *Concentración Económica de los Medios de Comunicación*, LOM Ediciones, Santiago, 2001.

⁷⁰ Idem, p. 39.

estas empresas se beneficiaron a fines del régimen militar de convenios financieros con instituciones estatales que los rescataron de precarias condiciones económicas⁷¹.

Ello es relevante dado que, a partir de los años noventa, o sea, desde el inicio de la transición a la democracia, el Estado no ha emprendido iniciativas dirigidas a corregir estas distorsiones del mercado de los medios (en atención a los efectos que ellas producen en la vigencia del debate público en un régimen democrático), absteniéndose de regular la excesiva concentración de la propiedad y de fomentar la creación de otros medios. En este sentido, no se ha asumido seriamente el problema, que plantea una afectación a la libertad de información, en cuanto esta requiere, entre otras cosas, de diversidad y pluralismo, tal como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, parece importante que el Estado tome un rol más activo frente a este déficit del pluralismo y la diversidad de opiniones, pudiendo, por ejemplo, contemplarse mecanismos de subsidios a medios independientes o nacientes, a través de la inversión publicitaria, lo que supone, a su turno, que se transparenten las políticas y criterios conforme a las cuales se contratan determinados medios de prensa en desmedro de otros para la publicación y publicidad que el Estado debe necesariamente llevar a cabo.

6. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RELIGIÓN

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, añadiendo que “este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza” y que “Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”⁷². Hace algunos años, el Comité de Derechos Humanos –órgano encargado de la interpretación del Pacto– emitió una Observación General con respecto a la regulación recién citada, señalando que ella protege no solo las religiones tradicionales y otras que posean prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales, sino cualquier tipo de

⁷¹ Human Rights Watch, *Los Límites de la Tolerancia* (cit.), p. 99.

⁷² Todas las referencias están tomadas del artículo 18 del Pacto.

creencia⁷³. En este sentido, de acuerdo al Comité, se hallan en el mismo plano de protección las perspectivas teístas, las no teístas y las ateas, así como el derecho a no profesar creencia o religión alguna.

Por su parte, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión,” caracterizándola en términos muy parecidos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puesto que señala que tal libertad implica “la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”⁷⁴.

La Constitución reconoce la libertad de conciencia y de cultos en su artículo 19 N° 6 en los siguientes términos:

“La Constitución asegura a todas las personas la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbres o el orden público.

“Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas.

“Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones;”

A su turno, el artículo 19 N° 2 de la Constitución establece el principio de igualdad ante la ley, señalando que en Chile no habrá personas ni grupos privilegiados y dispone que ni la ley ni autoridad alguna podrán imponer diferencias arbitrarias.

Las disposiciones constitucionales vigentes sobre libertad de conciencia y de cultos son el resultado de una evolución a lo largo de los dos últimos siglos en Chile. Conforme a la Constitución de 1833, la religión católica, apostólica y romana era la religión oficial⁷⁵. La separación de la iglesia católica del Estado se produjo

⁷³ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 22, Artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (48° período de sesiones, 1993), HRI/GEN/1/Rev.1, 29 de julio de 1994, pp. 41ss.

⁷⁴ Art. 12.1 de la Convención Americana.

⁷⁵ No obstante, en la medida que se incrementó el flujo de inmigrantes provenientes de países no católicos (particularmente Alemania e Inglaterra), se dictó en 1865 una ley interpretativa que permitió el ejercicio privado de sus cultos así como el establecimiento de sus propias escuelas. Además, en las últimas

con la Constitución de 1925, la que contenía una garantía de la libertad de conciencia y de cultos muy parecida a la de la Constitución actual. No obstante, durante la vigencia de la Constitución de 1925, se entendió usualmente que, conforme a ella, la Iglesia católica tenía un estatuto privilegiado en comparación con las restantes iglesias o credos. Esto no se basaba en la forma en que aparecía consagrada la libertad de conciencia y de cultos, sino a partir de otras disposiciones de la Constitución. Así se entendía generalmente que la iglesia católica poseía una personalidad jurídica de derecho público, en tanto que las demás iglesias o credos no disponían de tal carácter⁷⁶.

La Comisión redactora de la Constitución en vigor indicó que conforme a esta “todas las iglesias y confesiones religiosas tienen personalidad jurídica de derecho público, ya que cualquiera discriminación al respecto significaría violar el principio de igualdad ante la ley (...)”. En las últimas décadas se ha producido en Chile una expansión importante de iglesias no católicas, básicamente de denominaciones de origen estadounidense⁷⁷.

décadas del siglo XIX se dictaron las denominadas “leyes laicas”, que introdujeron el matrimonio civil, los cementerios laicos y la creación del registro civil, entre otras medidas.

⁷⁶ Había dos disposiciones que implicaban un reconocimiento formal del estado a nivel constitucional de la iglesia católica: la disposición que establecía la obligación del estado de pagar importantes sumas de dinero a la Iglesia católica por un período de cinco años a contar de la entrada en vigencia de la Constitución (disposición primera transitoria) y la que otorgaba el poder al Presidente de la República para celebrar Concordatos con la Santa Sede (artículo 72 N° 16). Entretanto, las demás iglesias y credos debían obtener su personalidad jurídica a través de los procedimientos regulares para las corporaciones y privadas, esto es, era necesario un decreto del Poder Ejecutivo que las habilitase. Por lo demás, las regulaciones sobre corporaciones privadas les eran aplicadas a tales iglesias y credos. Entre los poderes de que disponía el Ministerio de Justicia se encontraban los de requerir información acerca de la contabilidad de tales instituciones, solicitar las actas de sus reuniones, así como requerir cualquier otra información que pareciera apropiada. Además, entre los años 1974 y 1979, es decir, durante los primeros años del régimen militar, los Intendentes Regionales, que eran generalmente militares, tenían la facultad de remover sin expresión de causa a cualquier miembro del directorio de una corporación privada, incluyendo a los de iglesias y credos no católicos.

⁷⁷ Esta expansión quedó en evidencia en el Censo de 1992, a pesar de que el mismo no realizó un registro detallado de las distintas religiones y creencias, sino que clasificó la información respectiva en solo cinco categorías: Católicos; Evangélicos (denominaciones de origen estadounidense, tales como Bautistas, Testigos de Jehová, Mormones, Iglesia de los Santos de los Últimos Días, Pentecostales y otras); Protestantes (denominaciones históricas, tales como luteranos y otros); Indiferentes o Ateos; y Otras Religiones. De acuerdo al Censo de 1992, de un total de 9.660.367 habitantes mayores de 14 años, se declaran Católicos 7.409.528 o un 76,7%. Los Evangélicos son 1.198.385, representando un 12,4%. Los Protestantes son 80.259 o un 0,83%. Aquellos que se declaran como Indiferentes o Ateos son 562.285 o un 5,82%. Finalmente, los de Otras Religiones son 409.910 o un 4,24%.

Si bien, como se ha señalado, la separación de la iglesia católica y el estado fue establecida por la Constitución de 1925 y reiterada en la Constitución actualmente en vigor, durante la transición dicha iglesia ha continuado ejerciendo un papel predominante en relación con las demás iglesias y creencias. En este sentido, la iglesia católica ha empleado en su favor el ser la religión declarada por la mayoría de los chilenos, alcanzando, según las últimas encuestas, casi tres cuartos de la población. Otro factor que ha influido es el hecho de que a nivel de la clase política es muy escasa la representación de otras religiones o creencias. Además, el papel desempeñado por la iglesia católica y sus organismos, especialmente por la Vicaría de la Solidaridad, en la defensa de los derechos humanos durante la dictadura, le ha significado tener un acceso relevante a quienes formulan políticas públicas desde la Concertación gobernante, que fuera Oposición al régimen militar.

El tema en que la iglesia católica de manera institucional ha ejercido mayor influencia ha sido el de la discusión sobre una eventual ley de divorcio, que se analiza en este Informe en el capítulo sobre discriminación contra la mujer. Pero su influencia, ya sea de manera oficial o mediante sectores de ella con influencia pública, se ha manifestado también en otras esferas, relevantes para la libertad de conciencia y de religión. Uno de estos ha sido la situación legal de las demás religiones y creencias. Después de un largo debate y tramitación en el Congreso, en 1999 fue aprobada finalmente una ley sobre libertad de cultos, tendiente a dar a estas otras religiones y creencias un trato igual al de la iglesia católica y, de este modo, hacer efectiva la garantía constitucional respectiva⁷⁸. El proceso de implementación de esta ley todavía se halla en curso y durante 2002 se ha manifestado, entre los aspectos más relevantes, a propósito de la enseñanza de creencias no católicas en establecimientos públicos y en la situación de las capellanías al interior de las fuerzas armadas.

Un caso interesante en materia de libertad de religión en el ámbito educativo durante 2002 tuvo lugar a propósito de un recurso de protección interpuesto para que se impartieran clases de religión evangélica en los establecimientos municipalizados de la comuna de San Pedro, en la Octava Región. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción consideró vulnerados el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la libertad de conciencia, entendiéndolo esta última garantía como “la facultad que tienen las personas para profesar toda clase de religiones, de recibir e impartir enseñanza religiosa por cualquier medio y de elegir para

⁷⁸ Ley 19.638, que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, publicada en el Diario Oficial el 14 de octubre de 1999.

sí o sus hijos o pupilos, la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. El fallo dispuso también que “los recurridos deberán, al inicio del próximo año docente, adoptar todas las medidas administrativas, técnicas y presupuestarias que sean necesarias a fin de que todos los establecimientos educacionales municipalizados de la comuna de San Pedro de la Paz impartan clases de religión evangélica a los alumnos que profesen ese credo religioso, debiendo, para el evento de que los establecimientos no cuenten con personal idóneo, requerirlo a la autoridad religiosa que corresponda”⁷⁹.

Sin embargo, el tema con incidencia en la libertad de conciencia y religión que alcanzó una mayor notoriedad pública en 2002 tuvo lugar en relación con el Censo realizado en el mes de abril. El Censo, que se llevó a cabo diez años después del último efectuado, incluía una pregunta acerca de la preferencia religiosa de los encuestados. El debate se inició en el mes de enero a propósito de algunos correos electrónicos enviados desde los computadores de sus oficinas por funcionarios públicos, en los que se llamaba a no declararse católicos en el Censo a aquellas personas que discreparan de las políticas de la iglesia católica chilena sobre la ley de divorcio y otros temas. En declaraciones de altos personeros la iglesia católica señaló que ello constituía un intromisión indebida del estado en materia religiosa⁸⁰. Ya más cerca de la fecha del Censo, ante la circulación de más e-mails (que esta vez no provenían de oficinas estatales), el Cardenal Arzobispo de Santiago señaló que, en ese contexto de ataques la iglesia católica no aceptaría un resultado a dicha pregunta que arrojara un porcentaje inferior a un 74% de preferencias por el catolicismo. El Censo de 1992 había registrado un 76% de preferencias en tal sentido, pero una encuesta reciente, encargada por la propia iglesia católica daba un 74% de católicos⁸¹.

Estas aseveraciones dejaban entrever algo más importante: que la iglesia católica considera que su grado de influencia en la sociedad y en las políticas públicas se legitima en mayor medida en tanto mayor sea la proporción de católicos en Chile. De hecho, este ha sido precisamente el argumento invocado en diversos debates durante la transición, como el de la ley de divorcio, el de la ley de cultos y otros sobre libertad de expresión. Se trata de un argumento que ha encontrado acogida en los tribunales, siendo el caso

⁷⁹ Ambas citas están tomadas del fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de marzo de 2002, Caso EveduChile.

⁸⁰ “Censo: Iglesia denuncia campaña ‘maliciosa’”, *El Mercurio*, 15 de enero de 2002, pág. C-4.

⁸¹ “Quiénes son los católicos”, *El Mercurio*, 7 de abril de 2002, pág. D-31.

paradigmático en este sentido el de la censura de la película “La Última Tentación de Cristo”, a que antes se ha hecho referencia. Más precisamente, se afirma que en Chile la cultura predominante es la cultura católica y que, por lo mismo, se le debe un respeto especial y resulta lógico que la legislación y prácticas sociales sean consistentes con ella.

Hasta la fecha de envío a imprenta de este Informe los resultados acerca de la pregunta planteada en el Censo en materia religiosa aún no eran difundidos públicamente. De cualquier modo, cualesquiera sean en definitiva los resultados, desde el punto de vista de los estándares internacionales de derechos humanos, la argumentación antes descrita carece de fundamento. De acuerdo dichos estándares, la moralidad pública en un estado de derecho no puede ser confundida con la moralidad de una religión o creencia determinada. Precisamente, la separación de la iglesia del estado sigue este criterio, pero es insuficiente con que el mismo simplemente se consagre de manera declarativo, siendo necesario, además, que dicha separación se manifieste en las diversas instituciones, prácticas y políticas públicas.

Por lo mismo es que se requiere de protección para aquellas manifestaciones de la libertad de conciencia y de religión que no corresponden a la creencia predominante, incluyendo entre tales manifestaciones las que no expresan preferencia por religión alguna. También se trata de reconocer su derecho a la autonomía personal a aquellas personas que, declarándose católicas, no comparten los criterios oficiales de la iglesia católica chilena en una serie de materias (como se revela, sin ir más lejos, a propósito de las posturas frente a una ley de divorcio que incluyera el divorcio vincular, es decir, el que pone fin al matrimonio).

7. UN DESNUDO COLECTIVO INVERNAL

Aunque la época del año no parecía la más propicia, en el mes de junio, o sea, en pleno invierno chileno, cerca de cuatro mil personas, según las estimaciones, participaron en un acto de desnudo colectivo convocado por el fotógrafo estadounidense Spencer Tunick. La cantidad de asistentes superó con largueza las expectativas de los convocantes, que habían estimado previamente la concurrencia en unas 600 ó 700 personas⁸². En la oportunidad también se manifestaron en forma pacífica en contra del desnudo alrededor de 400 evangélicos. El acto fue efectuado en el Parque Fores-

⁸² Además de ser en invierno, el acto estaba convocado para el amanecer y coincidiendo con la final del Campeonato Mundial de Fútbol.

tal, en el centro de Santiago. En los días inmediatamente anteriores al acto, fue presentado un recurso judicial para que el mismo fuera prohibido, pero los tribunales lo rechazaron⁸³.

La masividad que tuvo el acto de desnudo colectivo ha sido en general interpretada como una forma de protesta. Aunque originalmente había sido planteado como un acto artístico, es decir, como otra forma de expresión, el resultado fue más allá de esa dimensión. Si bien resulta imposible determinar a ciencia cierta las causas que motivaron a concurrir a los asistentes, la explicación más común ha sido que ello constituyó una forma de reacción frente a las restricciones a la autonomía personal, expresadas a través de las limitaciones a la libertad de expresión y por otras vías, durante la transición. En este sentido, el desnudo colectivo ha sido considerado por muchos como un acto que mostraría una manifestación espontánea de reafirmación personal y colectiva frente a tales limitaciones.

El desnudo colectivo parece ser un hito dentro de una tendencia en los últimos años hacia una mayor diversidad social, la que, a pesar de las restricciones legales que persisten, se expresa a través de un mayor posicionamiento público de una serie de minorías y, en general, en un potenciamiento –todavía incipiente, pero que tiende a crecer– de la voz de grupos hasta ahora marginados del debate público.

El panorama de la libertad de expresión durante la transición a la democracia ha resultado ser más complejo y difícil que lo previsto en los inicios de esta. Aunque algunas de ellas han ido siendo derogadas paulatinamente, subsiste una serie de trabas legales y prácticas para un adecuado ejercicio de este derecho. El paso de mayor importancia en el 2002 lo constituyó la derogación de la censura cinematográfica. No obstante, entre las trabas legales que subsisten se encuentran las normas de desacato, las limitaciones al acceso a la información y la ausencia de normas que faciliten una mayor diversidad de los medios de comunicación social. Las trabas prácticas, por su parte, son numerosas, pero una de las más significativas es la actitud del sistema judicial, haciendo uso de normas restrictivas e interpretándolas de modo perjudicial para la libre expresión de las ideas, lo que ha incluido la censura de obras. Este conjunto de factores ha tenido un impacto significativo en la calidad del debate público, en el que, en general, han tendido a predominar de manera muy preponderante los actores políticos, económicos y religiosos con mayor poder.

No obstante, a partir de los casos de la película “La Última Tentación de Cristo” y de “El Libro Negro de la Justicia Chilena”

⁸³ *El Mercurio*, 29 de junio de 2002, pág. C-10.

se aprecia una cierta reacción pública. Así pareciera haber ido fortaleciéndose una tendencia hacia una mayor apertura, que ha permitido ir dejando escuchar otras voces. Se trata de un proceso en ciernes, pero que en 2002 se manifestó, por ejemplo, en los debates acerca de la libertad de religión en el Censo y en el acto de desnudo colectivo realizado en el Parque Forestal. No obstante, la precariedad de estos avances queda en evidencia con reiterados surgimientos de nuevos casos que vulneran la libertad de expresión.