



SERIE INFORME **LEGISLATIVO**

Derecho a la libertad de expresión: fundamentos y análisis de las limitaciones

María Trinidad Schleyer G.

**SERIE
INFORME
LEGISLATIVO**
ISSN 0717 - 1544

Septiembre 2019

54

MARÍA TRINIDAD SCHLEYER G.

es abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Desde enero de 2018 se desempeña como investigadora del Programa Legislativo de LyD.

CONTENIDOS

RESUMEN EJECUTIVO	05	
1. INTRODUCCIÓN	06	
2. ¿QUÉ ES LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?	08	2.1 Concepto de libertad de expresión 08 2.2 Importancia de la libertad de expresión 10 2.3 Reconocimiento de la libertad de expresión como derecho fundamental 11 2.3.1. Pensamiento kantiano 11 2.3.2. Positivización del derecho de libertad de expresión 13 2.3.2.1 Modelo estadounidense 13 2.3.2.2 Modelo francés 16 2.3.2.3 Modelo alemán 17 2.3.2.4 Protección internacional de la libertad de expresión 17
3. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	21	3.1 Regulación de la libertad de expresión en Chile .. 21 3.2 Límites a la libertad de expresión 22
4. CONCLUSIÓN	29	
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA	30	

Resumen Ejecutivo

La presente Serie Informe tiene por objeto analizar los fundamentos doctrinarios y teóricos del derecho a la libertad de expresión, analizando, a partir de ello, el marco normativo tanto nacional, como internacional que la consagra y regula. Posteriormente, se hace un estudio de las principales limitaciones a la libertad de expresión a nivel legislativo y jurisprudencial, especialmente en los asuntos relacionados con la protección de la honra y la intimidad, así como cuestiones de interés político como el negacionismo, los discursos de odio y las limitaciones culturales asociadas a la corrección política.

1. INTRODUCCIÓN

Para el desarrollo de las democracias modernas ha sido fundamental el reconocimiento y la protección del derecho a la libertad de expresión, el que no sólo se ha elevado como un baluarte de la ciudadanía frente al poder opresor del Estado, en su concepción original y clásica, sino que en la historia más reciente ha permitido la coexistencia de distintas visiones bajo una sola organización social, evitando la absorción de las opiniones de las minorías en las ideas mayoritarias imperantes. Partiendo por la Revolución Francesa y la independencia de Estados Unidos, se ha defendido la libertad de expresión como un derecho humano fundamental para el desarrollo del individuo y de la sociedad. Chile no ha sido la excepción y ha tendido a fortalecer y proteger la libertad de expresión.

Sin embargo, cabe preguntarse -debido a la importancia que se reconoce a esta libertad- si se trata o no de un derecho absoluto, esto es, si permite limitaciones en su ejercicio y, en caso de ser admisibles, hasta qué punto lo son sin afectar su esencia. Como veremos en el desarrollo de este informe, tanto en nuestra legislación, como en la legislación comparada se ha reconocido la existencia de límites a este derecho, los cuales no se encuentran claramente demarcados, representando un riesgo. Por ejemplo, en ocasiones podemos advertir que el derecho a la libertad de expresión entra en conflicto con otros derechos o principios fundamentales, que se elevan con tanta o mayor fuerza que la libertad de expresión, como son la dignidad humana o la no discriminación; o también, su ejercicio pue-

de implicar o traer asociadas conductas ilegítimas, las que van a ser sancionadas incluso a nivel penal, como lo son la injuria y la calumnia.

En este sentido, han surgido en nuestro país iniciativas legales que buscan establecer nuevos límites a la libertad de expresión basados en la protección del orden público, como por ejemplo, el proyecto de ley presentado por la ex Presidenta Michelle Bachelet que tipifica el delito de incitación a la violencia¹, que tenía por objetivo sancionar penalmente los discursos que incitaran directamente a la violencia física contra un grupo de la población por razón de su sexo y raza, entre otras circunstancias². Ahora bien, en el curso de su tramitación se fueron incorporando normas que establecen mayores restricciones a la libertad de expresión, como por ejemplo, una indicación aprobada por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios -comisión encargada del estudio del proyecto- que sanciona la conducta conocida como negacionismo, estableciendo penas corporales y de multa a quien “a través de cualquier medio justificare, aprobare o negare las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado durante la dictadura cívico militar ocurrida en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990”, consignadas en una serie de informes encargados por el Estado³. En la misma línea, mediante indicaciones presentadas por el gobierno del Presidente Sebastián Piñera, que originalmente pretendían proponer una forma de regulación alternativa a estas materias, pero que finalmente fueron aprobadas por la Comisión en forma comple-

1 Proyecto de ley que Tipifica el delito de incitación a la violencia (Boletín 11424-17), ingresado a tramitación a la Cámara de Diputados con fecha 6 de septiembre de 2017. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11939&prmBoletin=11424-17.

2 La propuesta del proyecto de ley presentado por el Ejecutivo de la época era incorporar un nuevo artículo al Código Penal del siguiente tenor: “Artículo 161-C.- El que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en la raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias de la víctima, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales. La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado, y la multa se impondrá en su grado máximo, cuando las conductas se hubieren realizado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo”.

3 La indicación que se aprobó en la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios introduce un artículo del siguiente tenor: “Artículo 161-E.- El que a través de cualquier medio justificare, aprobare o negare las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado durante la dictadura cívico militar ocurrida en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, consignadas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en el Informe de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, en el Informe de la Comisión de Prisión Política y Tortura; y en el Informe de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, sin perjuicio de los posteriores informes que sean reconocidos por el Estado sobre la materia, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuarenta a sesenta unidades tributarias mensuales. La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado y las multas se impondrán en su grado máximo, cuando las conductas se hubieren realizado por funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo, y sufrirá la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo para el ejercicio de funciones públicas”.

mentaría a las indicaciones antes mencionadas, se castiga el discurso de incitación al odio contra ciertos grupos de personas cuando dichas declaraciones fueren capaces de perturbar el orden público o impidieran o restringieran, en forma ilegítima, el ejercicio de un derecho por parte de los ofendidos⁴. Por otro lado, se ha manifestado por parte del Ejecutivo la intención de presentar un proyecto de ley que elimine el fuero parlamentario, que actúa como una garantía de libertad de expresión para los diputados y senadores de nuestra nación, en aras a una mayor igualdad. Ambas iniciativas, teniendo fundamentos plausibles, afectan los contornos actuales de la libertad de expresión y podrían llegar a conmovir, incluso, la discusión democrática.

En forma paralela al desarrollo legal y jurisprudencial de los límites de la libertad de expresión, ha surgido una nueva limitante a este derecho, que ha venido a imponerse tal vez de forma más avasalladora que las limitaciones que se han propuesto incorporar por la vía legal, ya sea a través de regulaciones internacionales o nacionales. Nos referimos a lo que se conoce como lo “políticamente correcto”, donde se genera una situación en la que, sin existir intervenciones o sanciones a nivel estatal, grupos de presión han “impuesto” en la esfera del debate público lo que se debe o no decir, quedando sujetas las manifestaciones de ideas contrarias al escarnio público. Esta tendencia se ha instalado con tal fuerza en nuestro país, observándose también a nivel internacional, que ha sido incluso capaz de evitar que ciertas personas asciendan a cargos públicos o deban dejarlos una vez asumidos por aseveraciones dichas con anterioridad a ellos. Ejemplos recientes de esta situación los podemos encontrar respecto a dichos sobre el Museo de la Memoria, que valieron la renuncia del Ministro de Cultura del Presidente Sebastián Piñera, Mauricio Rojas, a días de haber asumido su cargo⁵ y la caída de la nominación a Subsecretario de Educación Superior de Carlos Williamson⁶.

Ante estas situaciones, tanto legales como fácticas, surge con más fuerza la interrogante respecto de hasta dónde se pueden permitir las intrusiones a la libertad de expresión, no sólo para mantener una sana democracia, sino para no obstruir el desarrollo integral de las personas y para no

perder los avances de nuestro país en la protección de la libertad de expresión, reconocidos por la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁷, formando parte de un selecto conjunto de países de la región que tiene un debate público robusto y desinhibido.

En el presente informe se intentará abordar las implicancias y alcances de la libertad de expresión, el desarrollo histórico de su reconocimiento y consagración, la situación en la que se encuentra en la legislación chilena y los límites a los que se encuentra sometida.

4 La indicación aprobada es del siguiente tenor: “Artículo 161-D.- Será sancionado con la pena establecida en el artículo anterior aquel que públicamente, o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente al odio en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en motivos tales como la raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales o falta de ellas, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, estado civil, edad, filiación, apariencia personal y enfermedad o discapacidad, siempre que dicha incitación perturbe el orden público, o bien impida, obstruya o restrinja de forma ilegítima el ejercicio de un derecho por parte del o los ofendidos. Al delito de incitación al odio, le será aplicable asimismo lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo precedente.

Las personas que emitan opiniones en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales señalados en el artículo 2°, inciso tercero, de la ley N° 20.609, no podrán ser sancionadas en conformidad con la presente disposición”.

5 Véase en Alvarado, Abel. “Chile: Renuncia ministro de Cultura, Mauricio Rojas, tras polémica por declaraciones sobre el Museo de la Memoria”. CNN Chile, 13 de agosto de 2018. Disponible en <https://cnnespanol.cnn.com/2018/08/13/chile-renuncia-ministro-de-cultura-mauricio-rojas-tras-polemica-por-declaraciones-sobre-el-museo-de-la-memoria/>.

6 Véase en Romero, María Cristina y Ramírez, Natacha. “Carlos Williamson deja de ser carta para dirigir la nueva Subsecretaría de Educación Superior”. Emol.com, 25 de julio de 2019. Disponible en <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2019/07/25/955845/Carlos-Williamson-deja-de-ser-carta-para-dirigir-la-nueva-Subsecretaria-de-Educacion-Superior.html>.

7 CIDH. “Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en Chile 2016”. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2017. P.12.

2. ¿QUÉ ES LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

2.1 Concepto de libertad de expresión

Alcanzar el significado de la libertad de expresión no es una tarea sencilla toda vez que se trata de un concepto genérico dentro del cual se encuentran incluidas otras libertades, como lo son la libertad de opinión y la libertad de informar⁸. Sin embargo, podemos señalar que la libertad de expresión, incluyendo ambas vertientes, es el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones a través de diversos medios, como la palabra, el escrito u otros medios de reproducción⁹.

Si bien es cierto que la libertad de expresión es reconocida y se encuentra consagrada en diversos cuerpos jurídicos como un derecho fundamental, muchas veces es minimizada o se la confunde con otros bienes jurídicos. Por esto, es necesario distinguirla de la libertad de los medios de comunicación, la libertad de información, la libertad informática, la libertad de imprenta, el acceso a la cultura, la libertad de conciencia o culto, libertad de enseñanza y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen¹⁰, aun cuando es necesario tener en consideración que se encuentra íntimamente entrelazada a dichas libertades.

Es imperativo precisar, entonces, qué ha de entenderse por los conceptos de opinión e información, toda vez que tienen diferente alcance¹¹:

a) La **opinión** es un "juicio de valor pronunciado por quien tiene un conocimiento intermedio entre la ignorancia y la ciencia", es decir, es expresada por quien, sin estar absolutamente seguro de lo que sostiene, no desconoce por

completo el asunto sobre el que versa. Es de la esencia de la naturaleza humana ser libres en la formulación de opiniones y su manifestación, lo cual permite la comunicación y el diálogo, pudiendo llegar de este modo a convergencias y divergencias. Esta libertad de opinión tendría por objeto la enunciación de pensamientos, ideas y opiniones, dentro de lo cual se deben incluir las creencias y los juicios de valor¹².

b) La **información**, por su parte, es "el caudal de conocimientos que incluyen tanto la narración objetiva de los hechos, como las imágenes, descripciones, signos, símbolos, caricaturas, estadísticas, relatos y comentarios, sean subjetivos o no". En otras palabras, dentro de la comunicación social es lo que se denomina mensaje, o también noticia cuando se trata de hechos actuales y públicamente relevantes. La información es el supuesto de las opiniones, puesto que éstas la requieren como materia prima. "Sin información previa, libremente emitida y recibida también así, resulta inconcebible la posibilidad de formar opiniones". De este modo, la libertad de información se referiría a comunicar y recibir libremente información sobre hechos, específicamente, hechos noticiables.

La diferencia entre ambas se relaciona con la exigencia de veracidad respecto a la segunda, que no es extrapolable a la primera. "La libertad de información versa sobre hechos que pueden y deben someterse al contraste de su veracidad, en tanto que la libertad de expresión [libertad de opinión] tiene por objeto pensamientos, ideas, opiniones, creencias o juicios de valor subjetivos que no se prestan a la demostración de

8 Cea Egaña, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno". Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 356.

9 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 58.

10 Coronado, Laura. "Libertad de expresión en el ciberespacio". Tesis Doctoral dirigida por Emilio Suñé Contreras. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2015. Página 9. Disponible en <https://eprints.ucm.es/33067/1/T36374.pdf>.

11 Cea Egaña, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno". Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 357.

12 Hay ciertos autores que consideran que la libertad de opinión no sería un subgrupo de la libertad de expresión, sino que serían plenamente identificables. López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 55.

su exactitud y que, por lo mismo, la dotan de un contenido legitimador más amplio.¹³ De este modo, el único contraste admisible respecto a las opiniones serían otras opiniones mejor fundamentadas¹⁴.

Además de esta concepción dual de la libertad de expresión, hay quienes sostienen que se encuentra conformada por tres elementos¹⁵: (1) la libertad ideológica, también conocida como libertad de conciencia, que se refiere al derecho a no ser molestado ni discriminado por adoptar determinadas ideas o creencias. Esta libertad sería anterior a libertad de expresión propiamente tal, toda vez que para poder expresar y difundir ideas u opiniones es necesario previamente haberlas formado. Sin ella sólo quedaría la libertad de pensamiento, ámbito absolutamente privado y por ende incensurable¹⁶; (2) la libertad y el derecho de recibir información veraz, que es la misma libertad de información, pero desde el punto de vista del receptor; y (3) la libertad de expresar la propia opinión, la cual si se manifiesta en el plano religioso se denomina libertad de culto, y en el plano educativo y científico, libertad de expresión propiamente tal. Si faltare alguno de estos elementos no habría verdadera libertad de expresión. De este modo se distingue el derecho de quien se expresa y el derecho de quien recibe la información.

Ahora bien, la libertad de expresión y la libertad de información se encuentran tan superpuestas que gran parte de la doctrina considera la libertad de información como una subespecie de la libertad de expresión. De este modo, el derecho a recibir información se integra como parte fundamental de la libertad de expresión, porque se refiere a la necesidad de estar informado, de acceder a las fuentes de conocimiento para tener la capacidad de formar opinión y crear las convicciones íntimas, esto es, elaborar la visión del mundo personal. El derecho a recibir información conformaría, de este modo, un peldaño previo a la libertad de expresión activa, toda vez que sin poder acceder a la información es difícil, sino imposible, tener opiniones que expresar. Por su parte, es necesario que

esta información sea veraz, lo que implica la total ausencia de límites en la recepción de la información, así como con la inexistencia de censura sobre ésta¹⁷.

Por su parte, al tratarse de una libertad es posible analizarla en sus dos dimensiones: desde la dimensión negativa como "libertad de" y desde su dimensión positiva, como "libertad a"¹⁸. Desde el punto de vista del discurso liberal clásico predomina la concepción de la libertad de expresión como libertad negativa, esto es, la ausencia de injerencias y restricciones por parte del Estado¹⁹, visión opuesta de quienes tienen una concepción de la libertad de expresión como libertad positiva, esto es, libertad que se realiza a través de la expresión, que considera a la regulación estatal como indispensable para ampliar la expresión efectiva, al enfocarse en su dimensión colectiva (acceso a la palabra y participación en el debate de varios actores sociales) y no sólo en la libertad individual, que es central en el discurso liberal²⁰.

Dichos críticos creen que el enfoque de la libertad negativa es una reducción del concepto de libertad, acusando al discurso liberal de no ser capaz de ver las restricciones a la libertad de expresión que provienen de privados al enfocarse en el Estado como principal enemigo de la libertad de expresión. Según esta postura, se estaría dejando fuera, por medio de barreras de acceso a la comunicación mediática, a gran parte de la ciudadanía que no tiene poder económico o histórico, siendo necesaria una apertura que asegure el pluralismo y la multiplicidad de voces²¹, queriendo por ello que se fortalezca el rol regulador del Estado para refrenar la concentración económica de los medios y garantizar parte del espectro a medios comunitarios y públicos. Sin embargo, esto es no comprender que el pluralismo, que está en la base de la libertad de expresión, sólo se puede garantizar a través de la más amplia libertad para abrir y desarrollar medios de comunicación, y no a través del intento del legislador de introducir, como una supuesta garantía a la libertad de expresión, regulaciones, limitaciones o condiciones que terminarían por entorpecerla²².

13 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 52.

14 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 55.

15 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 51.

16 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 54.

17 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 55.

18 Berlin, Isaiah. 1969. "Two Concepts of Liberty". En *Four Essays on Liberty*, 118–172. Oxford: Oxford University Press, citado en Sapiezynska, Ewa. "El triunfo de la libertad negativa: Discurso parlamentario en Chile acerca de la libertad de expresión". *Latin America Research Review*, 2017, disponible en <https://larlarsa.org/articles/10.25222/larr.47/>

19 Goodwin, Barbara. 1997. *El uso de las ideas políticas*. Barcelona: Península, citado en Sapiezynska, Ewa. "El triunfo de la libertad negativa: Discurso parlamentario en Chile acerca de la libertad de expresión". *Latin America Research Review*, 2017, disponible en <https://larlarsa.org/articles/10.25222/larr.47/>

20 Zalta, Edward N., ed. 2012. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford, CA: Stanford University, citado en Sapiezynska, Ewa. "El triunfo de la libertad negativa: Discurso parlamentario en Chile acerca de la libertad de expresión". *Latin America Research Review*, 2017, disponible en <https://larlarsa.org/articles/10.25222/larr.47/>

21 Sapiezynska, Ewa. "El triunfo de la libertad negativa: Discurso parlamentario en Chile acerca de la libertad de expresión". *Latin America Research Review*, 2017, disponible en <https://larlarsa.org/articles/10.25222/larr.47/>

22 BCN (Biblioteca del Congreso Nacional). 2001. *Historia de la Ley No 19.733 Sobre libertades opinión e información y ejercicio del Periodismo*. Valparaíso: BCN, citado en Sapiezynska, Ewa. "El triunfo de la libertad negativa: Discurso parlamentario en Chile acerca de la libertad de expresión". *Latin America Research Review*, 2017, disponible en <https://larlarsa.org/articles/10.25222/larr.47/>

2.2 Importancia de la libertad de expresión

La libertad de expresión es básica y definitoria en un Estado de Derecho democrático, siendo considerada uno de los valores de la democracia. Es más, el nivel de ejercicio que tenga la sociedad civil respecto a esta libertad, como por ejemplo, la pluralidad de fuentes de información, su transparencia e imparcialidad²³, la capacidad de los ciudadanos de criticar a sus respectivos gobiernos sin consecuencias ulteriores, entre otras situaciones, sirve de herramienta para medir el grado de compromiso democrático o democracia efectiva de los Estados.

Un sistema democrático no podría consolidarse sin la total y efectiva participación de los ciudadanos en el marco de una sociedad libre. Para ello, es imprescindible tener acceso a los diversos medios de expresión, así como también a la información que permita a las personas tomar decisiones sobre la sociedad en la que quieren vivir²⁴. De este modo, los Estados verdaderamente democráticos tienen la obligación de promover un debate público abierto y plural, lo que implica tener la capacidad de reconocer que no corresponde a la autoridad, ya sea de carácter político o religioso, determinar si las ideas u opiniones que se difunden en la sociedad son buenas o válidas, sino más bien es necesario que las ideas compitan entre sí²⁵. Por el contrario, si se desprecia la alteridad o no se considera la legitimidad de otras visiones, implicaría no reconocer que todas ellas tienen el mismo derecho de ser expresadas, lo que supone que algunas personas se encuentran moralmente por sobre otras, lo que va en contra de los fundamentos de la democracia²⁶. Esto no significa, en ningún caso, que no existan principios éticos que rijan el ejercicio de la libertad de expresión.

El mismo criterio es proclamado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual en diversas sentencias ha sostenido que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso y el desarrollo. Esto no es válido sólo para las ideas acogidas favorablemente por la mayoría de la población, o que se consideren inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas proposiciones que chocan, ofenden o inquietan. De otra manera no sería posible hablar de verdadero pluralismo, de tolerancia y

de espíritu de apertura, sin los cuales no existe la sociedad democrática²⁷.

En la misma línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha señalado: "La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general quienes deseen influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre."²⁸ Advierte también respecto al riesgo de caer en autoritarismos: "sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad"²⁹.

Por lo demás, la libertad de expresión contribuye a la transparencia de las funciones estatales, mediante el debate y el escrutinio público de las mismas, siendo ésta la mejor garantía para mantener el sistema democrático y evitar que se produzcan privilegios o caer en el autoritarismo y los abusos de poder. Esto, porque pudiendo la ciudadanía recibir todo tipo de información y formar y dar a conocer su propia opinión, está en condiciones de evaluarla críticamente y abogar por la reforma de los procesos que estime defectuosos por medio de los canales de acción legítimos para ello³⁰. En este sentido, la finalidad primera de la libertad de expresión sería prevenir al individuo de las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, para lo cual la prensa representa un papel esencial puesto que le correspondería -como un deber primordial- comunicar informaciones e ideas sobre todos los asuntos de interés general, sin perjuicio que no debe traspasar ciertos límites relacionados a la protección de la reputación y a los derechos de terceros³¹.

23 Cea Egaña, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno". Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 356.

24 Pitter, Lautaro. "El estándar de libertad de expresión y sus nuevos desafíos". Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Revista Internacional de Derechos Humanos, n° 8, diciembre 2018. P. 113.

25 González, Felipe y otros. "Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público". Cuadernos de Análisis Jurídico, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile, 2000. Apartado "Leyes de desacato y libertad de Expresión". P. 110 y 111.

26 Eyzaguirre, Sylvia. "La tiranía de las buenas maneras". Comentario de The Silencing: How the Left is Killing Free Speech de Kristen Powers. Revista Átomo N°1 - octubre 2018. Corrección Política. P. 108.

27 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 644 a 648.

28 Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Párr. 70, citada en CIDH. "Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en Chile 2016". Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2017. P.11.

29 Voto Particular de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de agosto de 2013. Caso MÉMOLI VS. ARGENTINA. Párrafo 116. Serie C N°. 265. Véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf.

30 Manríquez, Carolina. "La libertad de información en conflicto con el derecho a la privacidad". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por Alfonso Banda Vergara. Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004. P.14.

31 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 644 a 648

Ahora bien, y más allá de la relevancia de la libertad de expresión en el proceso político democrático, ella es un instrumento necesario para el desarrollo personal de los individuos, porque son sujetos auto deliberantes con posibilidad de expresar sus opiniones y de ser informados³², lo que permite "distinguirnos de las bestias irracionales del campo y del bosque"³³. Es un sustrato esencial sobre el que se asientan gran parte de los demás derechos y libertades garantizadas en la Constitución³⁴, siendo un medio clave para su garantía, ya que sin la comunicación se verían fácilmente afectados. Esto se debe fundamentalmente a que es indivisible e interdependiente el avance de un derecho para el desarrollo de los demás, de modo que la afectación, disminución o privación de uno afecta negativamente a los otros³⁵. Es también una herramienta para la expansión del conocimiento, el cual no puede tener un pleno desarrollo sin el intercambio y demostración constante de los distintos pareceres³⁶.

2.3 Reconocimiento de la libertad de expresión como derecho fundamental

Desde la antigüedad, la libertad era entendida de forma muy similar a lo que entendemos hoy: "facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos"³⁷. Aristóteles, desde un punto de vista más teleológico, consideraba la libertad como la elección que efectúa el hombre de aquellos medios que le permiten llegar a su fin último: la felicidad.

Cuando la libertad se proyecta sobre la vida social se generan las libertades civiles y políticas que, al desenvolverse en un marco de interacción entre diversas personas, están sujetas a una reglamentación legislativa que emana del poder político. Así, la libertad individual es traducida a un valor jurídico social, a la que la organización política está llamada a preservar y coordinar³⁸.

Hoy la libertad es reconocida como un derecho fundamental por el que las personas han luchado a lo largo de la historia, principalmente en su origen para poder protegerse frente al poder público, pero también de sus conciudadanos. En este

contexto, la libertad de expresión ha sido trascendental, toda vez que es uno de los límites más efectivos al poder público, al tener la posibilidad de disentir y por lo tanto, de enfrentarlo.

La libertad de expresión se exterioriza a través de diversos medios utilizados por el hombre, que engloban todas las formas posibles de expresión pública del pensamiento. Así está la cátedra, el teatro, la literatura, los periódicos, la cinematografía, la radio, la televisión y todos los instrumentos materiales por los que se manifiestan las ideas. Ahora bien, y desde el punto de vista histórico, el reconocimiento y protección de la libertad de expresión se ha encontrado estrechamente vinculado a la libertad de imprenta.

A partir de las ideas de la Ilustración se empezó a considerar la libertad de expresión como un derecho público subjetivo. Antes de eso, cuando se hablaba de libertad de expresión se hacía referencia más bien a la prerrogativa reconocida a los parlamentarios para debatir durante su encargo³⁹. Durante la primera mitad del siglo XVIII se la empieza a analizar como un vehículo para garantizar un gobierno adecuado, de modo que el ciudadano no tuviera temor del gobernante⁴⁰.

2.3.1. Pensamiento kantiano⁴¹

Ahora bien, antes de analizar la positivización de la libertad de expresión, es necesario destacar los antecedentes históricos que la precedieron, que se encuentran en el seno de los textos revolucionarios de finales del siglo XVIII, destacando principalmente la influencia del pensamiento de Immanuel Kant. Su obra permite conocer las necesidades que motivaron a la sociedad a luchar contra el feudalismo aún imperante y empezar a demandar a sus gobernantes el reconocimiento de derechos que les permitieron ir adquiriendo libertades, combatiendo con éstas el abuso de poder y la falta de legitimidad con la que actuaban las autoridades.

Kant defendía en sus obras la necesidad de garantizar la libertad de los ciudadanos en la utilización de la razón pública, esto es, la facultad para participar en el foro público en aquellos asuntos que les atañen como miembros de la colectivi-

32 Manríquez, Carolina. "La libertad de información en conflicto con el derecho a la privacidad". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por Alfonso Banda Vergara. Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004. P.13.

33 Kennedy R. (1964). Rights for Americans: the speeches of Robert F. Kennedy. Indiana: Bobbs-Merrill, citado en Coronado, Laura. "Libertad de expresión en el ciberespacio". Tesis Doctoral dirigida por Emilio Suñé Contreras. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2015. Página 48. Disponible en <https://eprints.ucm.es/33067/1/T36374.pdf>.

34 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 54.

35 Pitter, Lautaro. "El estándar de libertad de expresión y sus nuevos desafíos". Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Revista Internacional de Derechos Humanos, n° 8, diciembre 2018. P. 112.

36 Coronado, Laura. "Libertad de expresión en el ciberespacio". Tesis Doctoral dirigida por Emilio Suñé Contreras. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2015. Página 103. Disponible en <https://eprints.ucm.es/33067/1/T36374.pdf>.

37 Definición Real Academia Española (2001), citado en Sapiezynska, Ewa. "El triunfo de la libertad negativa: Discurso parlamentario en Chile acerca de la libertad de expresión". Latin America Research Review, 2017, disponible en <https://arlasa.org/articles/10.25222/larr.47/>

38 Badeni, G. (1991). Libertad de prensa. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Citado en Coronado, Laura. "Libertad de expresión en el ciberespacio". Tesis Doctoral dirigida por Emilio Suñé Contreras. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2015. Página 108.

39 Werhan, K. (2004). Freedom of speech: a referente guide to the United States Constitution. Westport: Greenwood Publishing Group. Citado en Coronado, Laura. "Libertad de expresión en el ciberespacio". Tesis Doctoral dirigida por Emilio Suñé Contreras. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2015. Página 113. Disponible en <https://eprints.ucm.es/33067/1/T36374.pdf>.

40 Coronado, Laura. "Libertad de expresión en el ciberespacio". Tesis Doctoral dirigida por Emilio Suñé Contreras. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2015. Página 105 a 112. Disponible en <https://eprints.ucm.es/33067/1/T36374.pdf>.

41 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.27 a 37.

dad. Así, abogaba por el proceso de la Ilustración, mediante el cual los ciudadanos debían abandonar en forma progresiva el estado de tutela en el que estaban inmersos y empezar a utilizar sus propias capacidades intelectuales para alcanzar su independencia individual.

Para el filósofo es el mismo individuo el culpable de estar en ese estado que denominó "minoría de edad" por su falta de decisión e interés de valerse por sí mismo, prefiriendo quedarse bajo la tutela de terceros en el desarrollo de su vida dentro de la sociedad, ya sea por pereza o cobardía, lo que deriva irremediablemente en una falta de utilización de su capacidad de discernimiento⁴². Frente a esto, la Ilustración era la vía a través de la cual la gran masa empezaría a utilizar sus capacidades para liberarse de la tiranía del dictamen ajeno y pensar en forma autónoma, siendo un proceso lento e interior, no alcanzable por medio de una revolución violenta. La condición esencial para empezar con el proceso de liberación era la libertad "de hacer uso público de la propia razón en todos los aspectos"⁴³.

El autor diferencia dos formas en que puede ser utilizada la propia razón: la pública y la privada. La utilización pública se da cuando el ciudadano usa la razón delante del público a título individual, sin ser experto en la materia. La utilización privada de la razón, en cambio, se da cuando el ciudadano la utiliza fuera de dicho papel individual dentro de la colectividad, desempeñando un puesto civil o un cargo oficial al que ha sido designado. Como se decía en el párrafo anterior, era necesario que la utilización pública de la razón se enmarcara en la más absoluta libertad para alcanzar la Ilustración, sin estar condicionada de manera alguna, permitiendo que el individuo exprese libremente sus opiniones frente a la generalidad. Por el contrario, la utilización privada, antes definida, sí puede ser limitada, sin por ello obstruir el proceso de Ilustración.

De acuerdo a Kant, si bien se puede obligar a los ciudadanos a observar ciertas conductas, como por ejemplo, el pago de impuestos, pudiendo ser castigado en caso de incumplimiento, en ningún caso se le puede sancionar por expresar sus ideas respecto a la inconveniencia o injusticia de dichas imposiciones. Por el contrario, cuando utiliza la razón en el desarrollo de las funciones de un cargo, como por ejemplo como funcionario público o clérigo de una religión, la utilización de la razón puede ser limitada, puesto que de lo contrario podrían incumplir los deberes que la respectiva posición exige de ellos. "Kant asevera que «un eclesiástico está obligado a hacer homilía a sus catecúmenos y a su feligresía siguiendo el credo de la

Iglesia a la que sirve», y de igual forma, un funcionario está obligado a seguir las directrices de su superior."⁴⁴ En estos casos el individuo no está actuando como un ciudadano miembro de una comunidad, sino como representante de la institución a la que está ligado, por lo que no tiene la potestad de enseñar o manifestar sus opiniones libremente. Esto último no impide la Ilustración ya que ésta se trata de un proceso evolutivo donde cada individuo debe continuar realizando las ocupaciones de su cargo -ya que la organización social debe mantenerse-, sin impedimento que cuando actúen fuera de estas atribuciones puedan expresarse con total libertad.

En consecuencia, de acuerdo a Kant, la libertad de expresión debe garantizarse en forma íntegra a un ciudadano cuando utiliza su razón pública. Se le debe permitir expresar su opinión sin ningún tipo de limitación, ya que es un procedimiento esencial en el progreso de la sociedad en su conjunto para alcanzar la Ilustración, pero sobre todo para su desarrollo personal. En este sentido, considera que no se pueden establecer dogmas eternos excluidos de la crítica pública que no puedan ser desafiados con conocimientos posteriores, ya que esto impediría a las sociedades la posibilidad de progresar en el proceso de Ilustración, ampliar sus conocimientos y purificar los errores de sus creencias. La importancia capital de la libertad de expresión en la sociedad radica, entonces, en que es la herramienta por medio de la cual los ciudadanos expresan su parecer sobre cuestiones públicas que afectan a la generalidad y que ayudarán a la colectividad a evolucionar y progresar hacia la autonomía personal, hacia un mejor gobierno y hacia la legitimidad respecto de las leyes.

El rol que Kant asigna al Estado en el proceso de Ilustración es buscar la independencia intelectual de sus ciudadanos, no la subyugación. La tutela paternalista impide que el ciudadano participe de asuntos públicos que le afectan directamente, lo que en el pasado resultó en la imposición de todo tipo de comportamientos tendientes a controlar a la sociedad, no reconociendo la reciprocidad que debe existir entre el gobernante y los gobernados en el desarrollo de los asuntos públicos. Cuando existe dicha relación recíproca, los ciudadanos aceptan las leyes emitidas por sus gobernantes como propias y no como impuestas, lo que es la base del contrato social kantiano, que permitiría acabar con la injusticia, la parcialidad y la impunidad que caracterizaba a los gobernantes feudales.

La conceptualización que hizo Kant de la libertad de expresión tuvo una enorme influencia en la construcción del derecho de

42 Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Edición por Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza Editorial, [1781] 2000. P. 64, citado en Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.27 y 28.

43 Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Edición por Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza Editorial, [1781] 2000. P. 65, citado en Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.27 y 28.

44 Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Edición por Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza Editorial, [1781] 2000. P. 66, citado en Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.29.

libertad de expresión que se realizó tanto en Europa, como en Estados Unidos. Al ser la libertad de expresión esencial en la participación de los individuos en cualquier Estado democrático, el uso de la razón pública defendida por Kant fue de una importancia capital. Sus ideas sobre la inconveniencia de sostener dogmas excluidos de la crítica pública, la necesidad de garantizar la participación de todos los ciudadanos, la existencia de un contrato social, el límite del ejercicio de los derechos y la necesidad que los ciudadanos participen del proceso legislativo, entre otros, son ideas básicas que propiciaron el cambio del Antiguo Régimen a la Ilustración. En los textos jurídicos creados a partir de la Revolución Francesa y en las cartas fundacionales americanas, se refleja la batalla que se libró por la garantía del derecho a la libertad de expresión en la configuración social⁴⁵.

2.3.2. Positivización del derecho de libertad de expresión

Lo que se entiende por libertad de expresión, cimiento esencial de los Estados democráticos, ha tenido una evolución desde su primera teorización y posterior conquista, hasta nuestros tiempos. Al principio surgió por la necesidad que tenía la ciudadanía de participar en las decisiones que le afectaban, frente al poder absolutista del Estado medieval, que castigaba a quienes disentan y pretendía tutelar permanentemente a la población⁴⁶. Por ello, en los documentos constitucionales que se desarrollaron durante el siglo XVIII se consideró que para que cualquier régimen fuera considerado democrático era necesario que garantizara la libertad de sus ciudadanos para manifestar sus ideas. Sin embargo, la forma en que esto se plasmó en los principales textos impulsores de la positivización de los derechos humanos fue muy diversa, debido a las distintas circunstancias históricas que rodearon cada una de las iniciativas.

Por un lado, los textos americanos intentaron dar continuidad a los derechos ingleses que habían logrado conquistar⁴⁷. Los escritos franceses, por el contrario, pretendieron una ruptura total con el Estado que precedió a la Revolución, esto es, contra las estructuras del Antiguo Régimen. Mientras los americanos lucharon contra un enemigo externo, los franceses lo hicieron contra un enemigo interno. De este modo, si los colonos americanos intentaron legitimar su independencia del Imperio Británico con el recurso a los derechos humanos, los franceses legitimaron una subversión al Antiguo Régimen. Un reflejo de estas distintas finalidades se observa en el lugar que ocupan las declaraciones de derechos en ambos textos

fundantes: en Francia se sitúan como preámbulo de la Constitución, mientras que en Estados Unidos los derechos humanos aparecen como enmiendas posteriores. La revolución francesa debió, fundamentalmente, poner en vigencia un derecho nuevo que fuera capaz de crear una nueva mentalidad, mientras las declaraciones americanas se limitan a ser demostración del sentido común, cuyo sustrato social y cultural sobre el que debían configurarse ya estaba establecido⁴⁸.

2.3.2.1 Modelo estadounidense

En Estados Unidos la lucha por los derechos estuvo fundada en la necesidad de conservar aquellas libertades que habían conseguido al librarse de la metrópoli y que podían estar en peligro. Sin embargo, como el proceso de independencia norteamericano significó una reacción contra el dominio de Inglaterra, esto incluye evidentemente una reacción contra la doctrina británica de libertad de expresión⁴⁹.

En Inglaterra, la jurisdicción respecto a la libertad de expresión fue encomendada en el año 1641 a los tribunales de la *Common Law*. Antes de eso se encontraba radicada en el *Star Chamber*, tribunal encargado principalmente de los casos de calumnias y traición, fundado en el año 1487, pero que fue abolido al intentar ser utilizado por la Corona como sustituto al Parlamento. Básicamente, la doctrina de los tribunales comunes distinguía entre cuatro casos de libelos⁵⁰: blasfemos, privados, criminales y sediciosos, siendo estos últimos los que más interesan respecto a la libertad de expresión⁵¹. Se castigaban las informaciones maliciosas o injuriosas que se realizaran respecto de los gobernantes, lo que se materializaba en la sanción a cualquier información crítica que se pudiera realizar sobre su persona, lo que supuso un férreo control a la libertad de prensa.

El principal exponente de la posición que se adopta desde el *Common Law* fue sir William Blackstone en su obra *Commentaries on the Law of England in Four Books*, que abogaba por la eliminación del sistema de licencias previas, que restringía *ex ante* el derecho a la libertad de prensa, pero defendía en cambio el control *ex post*. Encontraba conveniente que se pudiera castigar en un juicio imparcial los escritos ofensivos o peligrosos contra la preservación de la paz o el orden, el gobierno o la religión, con la finalidad de fortalecer los derechos civiles. Consideraba que la sola provocación era constitutiva de delito, sin importar si las declaraciones fueran verdaderas o falsas, puesto que afectaban de igual manera la paz. La falsedad, a su juicio, sólo se trataba de una

45 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.37 a 39.

46 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.17 y 18.

47 El proceso de independencia americano tuvo lugar entre los años 1775 y 1783, finalizando con la derrota británica en la batalla de Yorktown y la firma del Tratado de París.

48 J. HABERMAS, "Derecho natural y revolución" P 95. Citado en Ansuátegui, Francisco. "Orígenes doctrinales de la libertad de expresión". Tomo Cuarto. Memoria doctoral, dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid. P. 779 a 781.

49 Ansuátegui, Francisco. Orígenes doctrinales de la libertad de expresión. Tomo Cuarto. Memoria doctoral, dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid. P. 799.

50 Escrito en que se denigra o infama a alguien o algo (Real Academia Española).

51 Ansuátegui, Francisco. "Orígenes doctrinales de la libertad de expresión". Tomo Cuarto. Memoria doctoral, dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid. P. 800.

circunstancia agravante de la conducta⁵². El pensamiento de este autor tuvo un gran impacto en la concepción de libertad de prensa en Estados Unidos, reflejándose en la redacción de la Primera Enmienda, que rezaba: "El Congreso no debe legislar limitando esta libertad" (rechazando la censura *ex ante*).

Las críticas surgieron en la misma Inglaterra, por los periodistas John Trenchard y Thomas Gordon, que escribieron las Cartas de Catón (*Cato's Letters*), que también causaron gran impacto en Norteamérica. En una de sus cartas afirmaron que "la libertad de expresión es el gran baluarte de la libertad, prosperan y mueren juntas", siendo fundamental para la existencia de la libertad, la libertad de pensar, sin la cual no podría existir la sabiduría, siendo su única barrera la lesión o el control de los derechos de otras personas⁵³. La libertad de expresión permitiría abandonar el estado de domesticación causado por el terror con el que las tiranías controlaban la sociedad, facultando a los ciudadanos a expresarse sin temor a la represión. También consideraban que dentro de las limitaciones a la libertad de expresión había que considerar los males y beneficios que podrían causar determinadas informaciones, siendo inoportuno dar a conocer una información en el plano privado, pero de gran beneficio en el plano público, teniendo los ciudadanos la obligación para con su país de exponer las debilidades públicas, sin reproche alguno. Sin perjuicio de lo anterior, los autores consideraban que la mayoría de los ataques que se pudieran expresar eran puramente personales, no por lo que las personas hacían, sino por lo que eran. Consideraron que estos casos debían ser castigados por los ordenamientos jurídicos en forma proporcional al daño causado, debiendo protegerse la reputación por la ley. Si no fueran sancionados debidamente, la libertad se vería perjudicada al difundir informaciones falsas impunemente, dañando a la sociedad y a la paz social. Ahora bien, además de ser proporcional el castigo, debían tratarse de delitos claramente tipificados, ya que, de lo contrario, una ley que tuviera una pluralidad de limitaciones de gran alcance haría poco segura la tarea de expresar la opinión⁵⁴.

Si bien estos autores tuvieron gran influencia en la redacción de la Primera Enmienda a la Constitución, es difícil encontrar alguna teoría americana de la libertad de expresión anterior a ella. No obstante, se puede catalogar a James Alexander Hamilton -hijo de Alexander Hamilton, uno de los Padres Fundadores de los Estados Unidos- como el primer norteamericano que desarrolló una filosofía de la libertad de prensa, siendo

el principal discípulo de las Cartas de Catón en las colonias. James Alexander era editor jefe del *New York Weekly*, que se identificaba por su afirmación de la independencia editorial frente al poder y por su oposición frente a la Administración de la colonia, mismo lugar en el que trabajaba Peter Zenger, periodista que fue enjuiciado en el año 1735 por publicar un artículo considerado sedicioso contra un gobernador de la provincia, hito que marca el inicio de la defensa de la libertad de expresión y prensa en América. Hamilton publicó en la *Pennsylvania Gazette* cuatro artículos para responder los ataques que había recibido a causa de la defensa a favor de Zenger, en los que argumenta a favor de la libertad de expresión como el principal pilar de un gobierno libre. Señalaba en sus artículos que si esta libertad desapareciera, cualquier gobierno caería con ella, dando paso a la tiranía, siendo precisamente lo que había ocurrido en Inglaterra en los momentos de mayor represión a la libertad de expresión. Por ello consideraba que todos los gobernantes debían estar expuestos al examen del pueblo, y por lo tanto a la crítica, de la que a todas luces se podría abusar, pero era un peligro que se debía asumir, sobre todo en cuanto la mayoría siempre iba a estar a favor del magistrado que trabajase para el bien común, por lo que no tendrían nada que temer⁵⁵.

Con posterioridad, en los tiempos en que se accede a la independencia y que se va gestando la Constitución, complementada por las diez enmiendas, un gran exponente de la libertad de expresión fue Thomas Jefferson, el cual la defendía sobre todo en la modalidad de libertad de prensa y de conciencia. El principal límite, consideraba, estaba en la difusión de hechos falsos, no obstante lo cual creía que era necesario asegurar una libertad plena a su ejercicio. Jefferson era un defensor de la teoría clásica de libertad de expresión, cuyo principio era que cuantas más ideas se expusieran en el foro público, más espacio se daría al ciudadano para exponer sus razonamientos y más fácil sería a la sociedad acceder a la verdad, la cual terminaría por encontrar su camino y vencer al error⁵⁶.

Respecto a la libertad de conciencia señaló en *Notes on the State of Virginia* que "...los poderes legítimos de gobierno sólo se extienden a los actos que lesionan a otros. Pero no me hace daño que mi vecino diga que hay veinte dioses, o ningún dios. Ni me roba la cartera ni me rompe la pierna..."⁵⁷ "Combatir estas actitudes a través de la represión, esto es prohibiéndolas «puede empeorarle [a la persona que las realiza], haciendo de él un hipócrita, pero nunca le hará un hombre

52 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.41 a 43.

53 Trenchard, John. *Cato's Letters*, vol. 1 November 5, 1720 to June 17, 1721. Indiana: Liberty Foundation, 1724, P. 81, citado en Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P. 43.

54 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.44 y 45.

55 Ansuátegui, Francisco. "Orígenes doctrinales de la libertad de expresión". Tomo Cuarto. Memoria doctoral, dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid. P. 809 a 812.

56 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.46 y 47.

57 Jefferson, Thomas. *Notes on the State of Virginia*. Richmond: J. W. Randolph, 1853. P.170, citado en Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.47.

más sincero. Puede fijarle obstinadamente en sus errores, pero no los curará», para acabar afirmando que «la razón y el libre examen son los únicos agentes eficaces contra el error». Por lo tanto, Jefferson era partidario de una amplia libertad respecto a la comunicación de las opiniones personales que únicamente podían ser restringidas en supuestos muy concretos.⁵⁸ La postura de Jefferson también se ve reflejada en la redacción de la Primera Enmienda.

Así, al observarse un ataque a la libertad de expresión desde diversos flancos, existió en los textos norteamericanos una alta preocupación por las restricciones legales que se podían establecer contra este derecho. Muchas de las declaraciones que fueron surgiendo en los diversos Estados establecieron la libertad de expresión sin ningún tipo de limitación legal, como es el caso de la Declaración de Virginia de junio de 1776, que establecía “que la libertad de la prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad, y jamás puede ser restringida sino por un gobierno despótico”⁵⁹. En la misma línea estuvieron la Declaración de Pensilvania de septiembre de 1776, la de Maryland en noviembre de 1776, la de Carolina del Norte en diciembre de 1776 y la de Massachusetts en marzo de 1780. Otras, en cambio, optaron por no realizar ningún comentario al respecto, como fue la Declaración de Derechos de Delaware en septiembre de 1776 y la misma Declaración de Independencia de Estados Unidos de Norteamérica en julio de 1776⁶⁰.

La protección a la libertad de expresión recién se incorpora en la Primera Enmienda a la Constitución de Estados Unidos, en septiembre del año 1791. Entre los derechos que protege se encuentra la libertad de expresión, en los siguientes términos: “el Congreso no hará ley alguna en la que adopte una religión como oficial del Estado o prohíba practicarla libremente, o coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”. Hasta hoy esta redacción es vista como garante máximo del mercado de las ideas, en el que todo ciudadano puede defender sus opiniones, sean cuales sean. De este modo, podrían ser incluso de carácter ofensivo como por ejemplo, expresiones racistas, bajo la premisa que, al poder conocer todas las ideas existentes en referencia a una determinada materia, los ciudadanos podrían distinguir aquellas que son falsas de las verdaderas.

En la redacción de esta enmienda tuvieron clara influencia, además, las posiciones de los pensadores John Milton, John Locke y sobre todo, la de John Stuart Mill. Milton en *Aeropagítica* defendió que la mejor forma de conocer la verdad era mediante la confrontación con la falsedad, sin regulaciones legales, las que tienen como resultado ir en contra de la misma verdad⁶¹. Locke, por su parte, defendió que la libertad de expresión es un derecho que se debe configurar individualmente, siendo un proceso mental personal juzgar si un supuesto es verdadero no⁶². Stuart Mill en *On Liberty* manifestó que al silenciar ciertas ideas se debe asumir que se está silenciando la verdad. Aun cuando se crea que las ideas silenciadas son erróneas éstas contienen una cuota de verdad, toda vez que al chocar planteamientos que son contrarios entre sí es cuando la verdad tiene la oportunidad de aparecer. De esta forma sostenía que “la única forma que un ser humano pueda conocer a fondo un asunto cualquiera es la de escuchar todas las opiniones que las personas puedan emitir para luego estudiar sus distintas interpretaciones”⁶³. Por su parte, reconocía que la única conducta por la cual el gobierno podría ejercer su poder coercitivo de forma correcta sobre un miembro de la comunidad, en contra de su voluntad, era para evitar el daño a terceros, entendido en forma tradicional como daño físico. Las meras molestias que la expresión individual pudiera causar en terceros no eran suficientes para limitar su derecho a la libertad de expresión⁶⁴.

Así, la libertad de expresión en Estados Unidos se configuró como un derecho negativo, esto es, como veíamos antes, de no interferencia por parte del Estado respecto a los derechos de los ciudadanos. Asimismo, se defienden los derechos individuales y no colectivos, privilegiando la libertad por sobre la igualdad, y se establece la búsqueda de la verdad como meta primera. Ahora bien, de la Primera Enmienda no se desprende que los ciudadanos norteamericanos puedan decir lo que quieran, cuando quieran y donde quieran, ya que se encuentra limitada -hasta la actualidad- por cuestiones de seguridad nacional, moralidad pública o seguridad personal⁶⁵.

La evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo de Estados Unidos respecto al alcance de la Primera Enmienda permite ver, sin embargo, que no siempre ha existido en dicho país un derecho amplio a expresar cualquier opinión. En las

58 Gascón, Andrés. “El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español”. Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.47.

59 Werhan, K. (2004). Freedom of speech: a referente guide to the United States Constitution. Westport: Greenwood Publishing Group. Citado en Coronado, Laura. “Libertad de expresión en el ciberespacio”. Tesis Doctoral dirigida por Emilio Suñé Contreras. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2015. Página 113. Disponible en <https://eprints.ucm.es/33067/1/T36374.pdf>.

60 Gascón, Andrés. “El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español”. Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.53.

61 John Milton, *Aeropagítica* (Nueva York: Project Gutenberg, 2006), 49-53, citado en Gascón, Andrés. “El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español”. Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.58.

62 John Locke, *An Essay Concerning Human Understanding Human Understanding* (Ontario: Batoche Books, 2001), 376, citado en Gascón, Andrés. “El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español”. Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.58.

63 Palma, Tamy. “Reír o no reír”. *Revista Átomo* N°1 - Octubre 2018. Corrección Política. P.28.

64 Mill, John Stuart. *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XVIII - Essays on Politics and Society Part I*. Editado por John M. Robson. Toronto: University of Toronto Press, 1977. Acceso el 3 de octubre de 2015. <http://oll.libertyfund.org/titles/233>. P. 224, 225, 260 a 262, 331 y 332, citado en Gascón, Andrés. “El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español”. Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.59.

65 Gascón, Andrés. “El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español”. Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P. 60.

primeras etapas jurisprudenciales se castigaba el uso de la libertad de expresión en ámbitos peligrosos, como por ejemplo, cualquier crítica a la actuación del gobierno (siguiendo la influencia de Blackstone), y más adelante, la distribución de folletos socialistas contrarios al modelo de libre mercado, lo que si bien se entiende en el marco histórico en que se desarrollaron, actualmente no parece aceptable que se penalice el pensamiento político disidente por ser contrario a las ideas centrales de los Estados democráticos. Así también, más en la actualidad, se considera que, sin pasar a llevar la Primera Enmienda, se pueden castigar los casos en que las palabras conllevan un peligro claro y presente⁶⁶.

2.3.2.2 Modelo francés

El otro aliciente para la positivización de los derechos, dentro de los cuales resalta la libertad de expresión, fue la revolución que se produjo en Francia. Ésta tenía por principal finalidad conseguir una nueva estructura de poder que permitiera a los ciudadanos emanciparse: actuar por sí mismos sin estar subyugados al arbitrio de otros.

En el último Estado General⁶⁷ convocado por Luis XVI el 24 de enero de 1789 -que reunió a los representantes del clero, de la nobleza y de las ciudades- la libertad de expresión fue una de las principales demandas recogidas en los cuadernos de quejas, en francés *cahiers de doléances*. Estos cuadernos tenían por objetivo que los franceses pudieran representar sus quejas o ideas para reformular las estructuras estatales, con la finalidad de evitar la perpetuación de abusos por parte de los gobernantes. Así, en algunos de dichos cuadernos se encuentran solicitudes respecto al reconocimiento que se debía dar a la libertad de expresión, como atributo esencial de los seres inteligentes: se solicitaba que no hubieran más delitos contra la libertad de expresión que la injuria, ante la cual el ofendido pudiera invocar la venganza de las leyes de la misma manera que podría hacerlo con cualquier otro atentado contra su persona; también que se reconociera la facultad de hablar, escribir, imprimir y publicar del modo a que a cada cual le parezca, siempre que no fuera contrario a las leyes, entre otros⁶⁸.

El derrocamiento del Antiguo Régimen no fue sólo un hecho político y social que arrancó en Francia y se esparció por Europa, sino que fue, sobre todo, la defunción de la idea del origen divino del poder, trasladándolo a la decisión de la ciudadanía. El cambio de paradigma, que hoy nos puede parecer de sentido común, significó, entre muchas otras cosas, el em-

poderamiento del individuo frente a la omnipotencia del Estado. Si hasta entonces el Estado-Nación se identificaba con el rey, por él y para él -como lo manifestó claramente Luis XIV-, tras los procesos revolucionarios del siglo XVIII se encarna en la ciudadanía⁶⁹.

En las primeras propuestas de redacción de la Constitución francesa se reflejó el interés en reconocer la libertad de expresión, fijando el límite en los derechos de otros. También había quienes querían establecer como obligación para el ejercicio de esta libertad atender al buen orden de la sociedad y al honor de los conciudadanos, debiendo castigarse la calumnia pública y privada por la ley, impidiendo y prohibiendo los escritos peligrosos y calumniosos.

Todas dichas proposiciones, tanto las de los cuadernos de quejas, como las primeras propuestas de Declaraciones de Derechos, tuvieron un reflejo en la redacción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que recogió la necesidad fundamental de la inclusión de la libertad de expresión en su cuerpo, así como la necesidad de imponer límites a este derecho, prevaleciendo la remisión general a la ley, siendo ésta la encargada de determinar en qué circunstancias proceden las limitaciones, contrastando con los textos americanos.

Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señala:

"Artículo 10. Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, con tal de que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley".

"Artículo 11. La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, pues, hablar, escribir, imprimir libremente, sin perjuicio de responder por el abuso de esa libertad en los casos determinados por la Ley."⁷⁰

En este mismo sentido, la Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791, también contempló en su artículo primero la libertad de hablar, de escribir, de imprimir y de publicar sus pensamientos y estableció que el Poder Legislativo no podría hacer leyes que vulneraran y pusieran trabas al ejercicio de los derechos naturales o civiles contemplados en el título y que estuvieran garantizados por la Constitución de 1791, pero "como la libertad no consiste más que en poder hacer

66 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P. 86 y 87.

67 Los Estados Generales eran asambleas excepcionales convocadas por los reyes de Francia a la que acudían representantes de todos los estamentos de la sociedad francesa del Antiguo Régimen: del clero, de la nobleza y de ciertas ciudades. El objetivo era conocer la opinión de los principales poderes del país para confirmar las decisiones reales, generalmente en materia fiscal, ante crisis políticas o financieras.

68 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.49 y 50.

69 Cabalin, Cristian y Lagos, Claudia. "Libertad de expresión y periodismo en Chile: presiones y mordazas". Scielo, junio 2009. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-82852009000100003.

70 Werhan, K. (2004). Freedom of speech: a referente guide to the United States Constitution. Westport: Greenwood Publishing Group. Citado en Coronado, Laura. "Libertad de expresión en el ciberespacio". Tesis Doctoral dirigida por Emilio Suñé Contreras. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2015. Página 113. Disponible en <https://eprints.ucm.es/33067/1/T36374.pdf>.

todo aquello que no perjudique ni a los derechos de los demás, ni a la seguridad pública, la ley podrá establecer penas contra los actos que, atentando contra la seguridad pública, o contra los derechos de los demás, fueren perjudiciales para la sociedad⁷¹.

A partir de este último documento, ningún texto constitucional ha prescindido de garantizar el derecho fundamental de libertad de expresión, debido a su importancia para el desarrollo personal de los individuos, como por su relevancia para el progreso social, cultural y democrático de sus respectivos Estados. Empieza lentamente un aumento de la participación de la ciudadanía que no se limitó a las esferas de gobierno, sino que se extendió a todo tipo de situaciones, dando paso a lo que hoy se denomina opinión pública⁷².

2.3.2.3 Modelo alemán⁷³

La Ley Fundamental de la República de Alemania fue redactada en el año 1949, justo después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Se buscaba con ella hacer una ruptura radical con el pasado, con el objetivo de establecer un sistema fundamentado en el Estado de Derecho, basándose principalmente en el idealismo racionalista de Kant. La experiencia histórica en la República de Weimar y la suspensión de los derechos fundamentales por parte del Partido Nacional Socialista Alemán tuvo una influencia importante en la elaboración de la carta fundamental y en el resto de la legislación, lo que queda patente en uno de sus artículos que priva de los derechos fundamentales a aquellas personas que intentaren combatir el régimen fundamental de libertad y democracia abusando de la libertad de expresión, opinión, prensa, reunión y asociación.

En la Constitución alemana se garantiza la libertad de expresión en una dimensión interna, es decir, en la formación de ideas propias, como en una dimensión externa, esto es, poder expresar y difundir opiniones personales prohibiendo la censura, haciéndose expresa referencia a la libertad de información, prensa, emisión televisiva y cinematográfica. Sin embargo, se establecen tres tipos de limitaciones: (1) las establecidas en las leyes generales, (2) las previsiones legales que protejan la juventud y (3) el derecho al honor. Sin perjuicio de lo anterior, establece cuatro campos que no están sujetos a dichas limitaciones: el arte, la ciencia, la investigación y la enseñanza científica. Ahora bien, la libertad de enseñanza no exime de la "lealtad" a la Constitución, es decir, los principios sobre los que está inspirada están por sobre la libertad de cátedra, por lo que puede ser restringida si contradice otros va-

lores protegidos por la Ley Fundamental, como, por ejemplo, la dignidad humana o los derechos fundamentales de terceros que se encuentren por encima de la libertad de expresión.

Por su parte, se reconoce la libertad religiosa, garantizando la elección de culto y su profesión; el libre desarrollo de la persona, siempre que no viole derechos ajenos o atente contra la Constitución o contra leyes morales; la libertad de asociación, prohibiéndose aquellas agrupaciones cuyos fines sean contrarios a las leyes penales o estén dirigidos a actividades contrarias al orden constitucional o el entendimiento de los pueblos; y también, la fundación libre de partidos políticos, cuya organización interna debe responder a principios democráticos.

Esta Constitución, debido al contexto histórico en el que fue dictada, no es neutral respecto a los valores que consagra, estableciendo una ordenación de principios y derechos basados en la idea de justicia e igualdad, para que el orden social tenga como valor central al ser humano, siendo la dignidad el valor legal superior en Alemania. En paralelo se alza la igualdad ante la ley, en la que se especifica que nadie puede ser perjudicado ni favorecido por razón de su sexo, ascendencia, raza, idioma, patria, origen, concepciones religiosas o políticas. De este modo, el derecho a la libertad de expresión está configurado como un derecho no absoluto, que debe sopesarse contra los valores de la dignidad humana o el honor personal, que se encuentran en la base de la Ley Fundamental. La manera en que se realiza es a través de la ponderación de los derechos en juego en cada caso concreto. De lo contrario, se podría estar albergando bajo la protección al derecho de libertad de expresión y con ello dándole la legitimación del Estado, a discursos que atacan el núcleo esencial de dignidad de ciertas personas o de los integrantes de ciertos grupos sociales.

2.3.2.4 Protección internacional de la libertad de expresión

Después del desastre humanitario que significó la Segunda Guerra Mundial, se levantó un movimiento político y social tendiente a desarrollar más y mejores conceptos sobre los derechos humanos, incluyendo el derecho a la libertad de expresión e impulsar mejores instrumentos para su defensa efectiva. Así, aparecieron diversas declaraciones y convenios internacionales que consagraron los ideales hacia los cuales creían que debían avanzar los distintos Estados, ajustando su legislación, para que no se repitieran situaciones como las vidas en la primera mitad del siglo XX.

71 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.54.

72 Citado en Coronado, Laura. "Libertad de expresión en el ciberespacio". Tesis Doctoral dirigida por Emilio Suñé Contreras. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2015. Página 114. Disponible en <https://eprints.ucm.es/33067/1/T36374.pdf>.

73 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.91 a 112.

a. **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)**

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁷⁴ fue aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana que se realizó en Bogotá en el año 1948, en la que también fue creada la Organización de los Estados Americanos (OEA). Su importancia radica en que fue el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, siendo seis meses anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin perjuicio que su valor jurídico no es claro, pues no se trata de un tratado internacional ni forma parte de la Carta de la OEA. Con posterioridad se suscribe la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), donde se establece el sistema interamericano de Derechos Humanos.

Esta declaración reconoce el derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión en su artículo cuarto, pero a continuación establece uno de sus límites, que es el derecho a la honra y a la vida privada.

"Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio".

"Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar".

b. **Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los Derechos Humanos. Fue elaborada por representantes de todas las regiones del mundo y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), "como un ideal común para todos los pueblos y naciones"⁷⁵.

En esta Declaración se establecen los principios básicos para desarrollar el Derecho Internacional de los Derechos Hum-

nos, no obstante, no tiene reconocido alcance jurídico, sino más bien fue creada para ser un estándar al que todos los países debían aspirar⁷⁶. De este modo, no es un documento obligatorio ni vinculante para los Estados que suscribieron la declaración, pero sirvió como base para dos convenciones internacionales de la Organización de las Naciones Unidas que le sucedieron: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁷, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966⁷⁸.

La libertad de expresión se recoge en el artículo 19 de la Declaración: "todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

De su tenor literal no se contempla ninguna restricción *per se* del derecho, sino que se expresa en forma general, en parte por la difícil negociación que se produjo entre los diferentes Estados que participaron en la redacción de la Declaración⁷⁹, sin perjuicio que en el artículo 29⁸⁰ se establece respecto a todos los derechos reconocidos una limitación general. El ejercicio de los derechos solamente podría estar sujeto a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

c. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)**

Este Pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, con fecha 16 de diciembre de 1966 en Nueva York y fue suscrito por Chile en la misma fecha⁸¹.

Respecto a la libertad de expresión, el artículo 19 de dicho Pacto establece un derecho que, si bien está expresado en términos amplios, puede ser limitado por la ley en razón del

74 Véase en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

75 Véase la Declaración Universal de Derechos Humanos en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> o en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1000396>.

76 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P:149 a 150.

77 Si bien fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969. Véase en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12382>.

78 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 47.

79 Oraá, Jaime, y Felipe Gómez Isa, La Declaración Universal de Derechos Humanos. Bilbao: Servicio de publicaciones de la Universidad de Deusto, 2002. P.73. Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.150.

80 Artículo 29. 1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

81 Este Pacto es para todos los efectos considerado como ley de la República, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5° de nuestra Constitución Política: "[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Véase el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15551>.

respeto de derechos de terceros y por razones relacionadas a la moral, al orden público, a la seguridad nacional y a la salud. Por su parte, el artículo 20 en aras de mantener la paz nacional establece prohibiciones relacionadas a la guerra y a la apología del odio (nacional, racial o religioso) que incite la discriminación, la hostilidad o la violencia.

“Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad 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.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. De este modo se establecen los requisitos que se deben cumplir para que la injerencia por parte de un Estado sea acorde al Pacto”.

“Artículo 20.

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

Junto con lo anterior, el Pacto estableció la creación de un Comité de Derechos Humanos encargado de la fiscalización de su cumplimiento, de naturaleza cuasi jurisdiccional, cuyas resoluciones son cumplidas dependiendo de la forma que determine cada Estado. Este Comité ha reconocido que en la aplicación del Pacto cabe cierto margen de apreciación de las autoridades nacionales respecto a la definición de los conceptos, como por ejemplo, la moral pública, ya que van a depender en su concreción de la sociedad en la que se encuentren. Sin embargo, no se trata de una discrecionalidad absoluta que sirva de motivo para no aplicar el Pacto con los estándares que se establezcan⁸².

⁸² Gascón, Andrés. “El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español”. Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.154 y 155.

⁸³ Gascón, Andrés. “El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español”. Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.159 a 165.

También se ha pronunciado sobre las posibles limitaciones a la libertad de expresión. Considera que el no ser molestado a causa de las opiniones no admite excepciones ni restricciones, sino que se debe garantizar de forma general. Respecto a las limitaciones que los Estados sí puedan realizar, éstas deben ser por ley y perseguir sólo los fines previstos en el Pacto, debiendo la restricción ser proporcional al valor que pretenda proteger con ella. De este modo, no es lícito para los Estados ir más allá de lo necesario⁸³.

d. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁴ fue suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos en San José de Costa Rica, entre los días 7 y 22 de noviembre de 1969. Chile es Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 21 de agosto de 1990⁸⁵.

En el artículo 13 de la Convención se regula el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, contemplando tanto el derecho de las personas a expresar su propio pensamiento, como el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Este derecho es considerado fundamental para el desarrollo de todos los individuos, para ejercitar la autonomía y otros derechos fundamentales. Junto con lo anterior, se considera un elemento crucial sobre el cual se basa la existencia de las sociedades democráticas, teniendo ambos una indispensable relación estructural. El objetivo del artículo 13 de la Convención, por lo mismo, es precisamente fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos, protegiendo y fomentando la libre circulación de información, de ideas y de expresiones de todo tipo.

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

⁸⁴ Véase en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

⁸⁵ Véase en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022>.

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás,
o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

En relación con este artículo, fue creada en la OEA una Relatoría para la Libertad de Expresión, la que en el año 2000 trabajó en la elaboración de un proyecto de Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, con la finalidad de otorgar un marco jurídico que regule la efectiva protección de la libertad de expresión, la que finalmente fue aprobada en octubre de ese año por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta declaración es un documento esencial para la interpretación del artículo 13⁸⁶.

⁸⁶ Véase en <http://derechodelacomunicacion-undav.blogspot.com/2016/03/oea-declaracion-de-principios-sobre-la.html> o en <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm>.

3. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

3.1 Regulación de la libertad de expresión en Chile

La libertad de expresión se encuentra reconocida en la Constitución Política de Chile como un derecho fundamental de las personas, distinguiendo su composición en las dos grandes vertientes tradicionales: la libertad de opinar, por un lado y la libertad de información, por otro. De acuerdo con la historia fidedigna de la Constitución, si bien este derecho fundamental se encontraba incorporado desde los primeros tiempos de la vida republicana de Chile, la forma en la que se encuentra reconocido en el texto constitucional refleja la evolución que ha tenido esta garantía como resultado de los avances de la técnica jurídica y del rol del Estado en el mundo moderno. Así, el derecho a la libertad de expresión -relacionado al derecho de emitir opinión y de informar-, que primeramente era considerado meramente como un derecho de carácter individual, ahora también tiene un carácter social, esto es, el derecho de la comunidad a recibir las informaciones que son el resultado de la libre expresión de las ideas.

Ahora bien, para entender la forma en que está consagrada, debe tenerse en consideración dos conceptos muy relevantes: libertad y responsabilidad. “Es decir, amplia libertad para emitir opiniones sin censura previa, pero respondiendo de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de este derecho”. Mientras la primera dignifica la función de la prensa y de los medios de comunicación social en general, el libertinaje la desquicia⁸⁷. De este modo, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución consideró que esta garantía constitucional debía regirse por normas de carácter represivo y no preventivo, es decir, debe ejercerse sin censura previa, pero se entrega al legislador la facultad de determinar la responsabilidad penal o civil de figuras delictivas o abusivas que se deriven del ejercicio de emitir opiniones o de informar, recayendo en la independencia de

los tribunales de justicia la mayor garantía de un uso adecuado de estas limitaciones.

De este modo, se reproduce a continuación el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile.

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

12º.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

Habrà un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

87 Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: Informe con Proposiciones e Ideas Precisas (16 de agosto de 1978), reproducido en VIII Revista Chilena de Derecho N° 1-6 (1981) p. 201 citado en Cea Egaña, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno”. Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 354.

La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”.

De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional “el legislador en esta materia [libertad de expresión] tiene sólo una potestad regulatoria, en virtud de la cual puede fijar las condiciones de ejercicio de esa libertad, pero no limitarla, suprimirla o afectarla en su núcleo esencial”⁸⁸. El Tribunal, sin decirlo expresamente, aplica el artículo 19 número 26 de la Constitución⁸⁹, en la parte que señala “o que los limiten [los derechos] en los casos en que ella [la Constitución] lo autoriza”, exigiendo la habilitación constitucional previa en materia de limitación de derechos. De este modo la Constitución chilena no permite que sea únicamente el legislador quien establezca limitaciones a los derechos, sino que previamente tales restricciones se encuentren autorizadas por la Constitución, no pudiendo pasar a llevar la esencia del derecho. La forma en que se ha consagrado es tan potente, que incluso no puede suspenderse ni restringirse el ejercicio de la libertad de emitir opinión ni la de informar en ninguno de los estados de excepción constitucional⁹⁰.

El ejercicio de la libertad de expresión está desarrollado en varias disposiciones legales⁹¹. Así, por ejemplo, la Ley N° 19.733 sobre las Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo⁹² (Ley de Prensa) regula el ejercicio del periodismo, el funcionamiento de los medios de comunicación social y los mecanismos de fomento del pluralismo en el sistema informativo nacional. La norma también establece el derecho de aclaración o respuesta y tipifica como delitos las injurias y calumnias cometidas a través de un medio de comunicación social. Esto último ha sido criticado por el profesor Cea Egaña, por ser insuficiente en comparación con el vigor con que han sido tratadas estas conductas en el Código Penal⁹³.

También podemos encontrar la Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones⁹⁴ que regula el proceso de otorgamiento, renovación y modificación de las concesiones de radiodifusión. La Ley N° 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión⁹⁵ (CNTV), por su parte, regula de manera especial las concesiones de servicios de radiodifusión televisiva y el funcionamiento de este sector. La Ley N° 20.750 permite la introducción de la televisión digital terrestre⁹⁶.

La Ley N° 20.433 que crea los servicios de radiodifusión comunitaria ciudadana⁹⁷, regula el acceso equitativo a frecuencias del espectro radioeléctrico a este sector y su funcionamiento.

Sumada a las anteriores se encuentra la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública⁹⁸, en la que se regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para ejercer este derecho y las excepciones a la publicidad de la información.

La Ley N° 20.453, que consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de Internet⁹⁹ prohíbe el bloqueo, la interferencia, la discriminación, el entorpecimiento y la restricción del derecho de cualquier usuario para “utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red”¹⁰⁰.

3.2 Límites a la libertad de expresión

Si bien la Constitución asegura la libertad de expresión en términos amplios, de modo que cualquier persona tiene derecho a expresar sus opiniones, ideas, juicios, creencias, pensamientos, sugerencias, por cualquier medio, sin censura previa, no excluye la responsabilidad que lleva aparejada su ejercicio abusivo¹⁰¹. De acuerdo con lo planteado por José Luis Cea, la libertad de opinión, por su propia naturaleza -al padecer de falibilidad-, no es posible ejercerla en términos susceptibles de ser calificados como abusivos ni delictivos, siendo siempre legítimo emitir opiniones. Por el contrario, en el ejercicio de la libertad de información sí puede configurarse una conducta abusiva o delictiva, pudiendo por ello ser sancionada.

Esto se debe a que, en general, todos los derechos reconocidos en la Constitución o en tratados internacionales pertinentes, deben ser disfrutados evitando ocasionar perjuicios a terceros, no siendo derechos absolutos. Ahora bien, la Constitución establece que es por medio de una ley que se deben establecer los delitos y abusos en los que es posible incurrir en el ejercicio de las libertades, que en el caso de la libertad de expresión debe ser de quorum calificado.

88 Sentencia del Tribunal Constitucional d fecha 9 de enero de 2013 (ROL 2358-12), citada en Zárate, Sebastián. “La censura previa y el Estado regulador: propuestas para una configuración”. Comentario de Jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho, Volumen 40 N°1, Santiago, abril de 2013. Sentencia del Tribunal Constitucional d fecha 9 de enero de 2013 (ROL 2358-12)

89 El artículo 19 N° 26 dispone: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

90 Véase en <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/libertad-de-expresion>.

91 CIDH. “Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en Chile 2016”. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2017. P.13 y 14.

92 Véase <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=186049>.

93 Cea Egaña, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno”. Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 387.

94 Véase en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29591>.

95 Véase en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30214>.

96 Véase en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1060307>.

97 Véase en <https://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20433>.

98 Véase en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>.

99 Véase en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>.

100 Véase en <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/libertad-de-expresion>.

101 Manríquez, Carolina. “La libertad de información en conflicto con el derecho a la privacidad”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por Alfonso Banda Vergara. Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004. P.14.

Es un régimen de responsabilidad *ex post* y no preventivo, al encontrarse prohibida la censura previa¹⁰².

Las limitaciones se encuentran establecidas en atención a valores o conceptos que se estiman igualmente importantes a la libertad de expresión, como lo son el orden público, la seguridad nacional, el honor de las personas, los cuales siempre deben cumplir con los criterios de necesidad, proporcionalidad y legitimidad. De este modo, cuando se trata de dos derechos humanos que entran en tensión, la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos es consistente en cuanto a que no es posible construir una jerarquía de tales derechos para determinar cuál debe prevalecer por sobre los demás. En otras palabras, el catálogo de derechos humanos no tiene un orden conforme al cual unos queden subordinados a otros. En estos casos es necesario ponderarlos en el caso concreto. Es la tesis que defiende Robert Alexy respecto a la colisión de principios que operan en tensión unos con otros ponderándose para su aplicación sin que se anulen recíprocamente ni exista una jerarquía rígida entre ellos (a lo sumo podría existir una cierta prioridad de principios)¹⁰³.

Sin embargo, hay parte de la doctrina nacional que sostuvo históricamente que existe una jerarquía de derechos constitucionales. Así, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en los anteproyectos de la carta fundamental proponía que los tribunales de justicia pudieran prohibir la publicación o difusión de opiniones o informaciones atentatorias a la moral, al orden público, a la seguridad nacional y a la vida privada, entre otros. Así, el conflicto entre vida privada y libertad de expresión se resolvía privilegiando el respeto del primer derecho por sobre el segundo. Por su parte, José Luis Cea Egaña ha señalado que los derechos consagrados en la Constitución siendo valóricamente iguales y obligando de la misma manera tienen una jerarquía dispar y cuando entran en conflicto unos con otros, la solución debe estar dada por su jerarquía o gradación, siguiendo el orden determinado por la Constitución, partiendo en primer lugar por el derecho a la vida¹⁰⁴.

Además, propone ciertas reglas específicas¹⁰⁵:

1° Tratándose de la vida pública, en una democracia siempre tiene que prevalecer la libertad de información.

2° Si se trata de la vida privada o de la vida íntima es pree-

minente el derecho a la intimidad y, naturalmente, también el derecho a la honra.

3° La libertad de información, el derecho a la intimidad, el derecho a la vida privada, a la vida pública y a la honra, tienen, todos, excepciones que los vuelven derechos de ejercicio ilegítimo. Dichas excepciones son el secreto de lo íntimo o de la privacidad, no se puede invocar para encubrir el dolo propio o lesionar el bien común, o dejar en riesgo la seguridad del Estado o la seguridad nacional. Dichas situaciones deben tener rango legal.

4° Lo privado del hombre público existe siempre.

5° En caso que exista restricción al acceso a la información no basta alegar una finalidad de protección a los valores íntimos, es necesario que el juez pondere la gravedad de la intromisión en la intimidad como, asimismo, si dicha medida es imprescindible para asegurar el bien común que se pretende proteger.

Esta doctrina fue seguida por buen tiempo por los tribunales de justicia, desmarcándose de ella recién en los años 2000, cuando empezó a inclinarse más a una tesis de interés público y del carácter individual o social de la libertad de expresión. Esto implica que la libertad de expresión tiene preferencia por sobre otros derechos cuando se mueve en una dimensión pública, es decir, que tiende a la creación de opinión pública libre como pieza fundamental del orden democrático, teniendo como requisito que sea relevante y veraz. La relevancia puede venir de la persona de la que procede o en relación a la cual se produce el hecho noticioso, ya sea por su carácter público o por su transcendencia social, o bien, por ser su conocimiento de interés para efectos de la formación de una opinión libre. La veracidad de la información, por su parte, se relaciona con los hechos. Respecto a las ideas u opiniones, se validan por ser más o menos convincentes, sólidas o persuasivas y no por ser veraces o falsas. En el ámbito individual, por el contrario, el honor y la privacidad serían más relevantes y deberían privilegiarse por sobre el derecho de información¹⁰⁶.

A continuación, se analizarán los principales límites que se han invocado frente a la libertad de expresión, excluyendo limitaciones más específicas consagradas por leyes especiales.

102 Cea Egaña, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno". Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 364.

103 González, Felipe y otros. "Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público". Cuadernos de Análisis Jurídico, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile, 2000. Apartado "Leyes de desacato y libertad de Expresión". P. 112.

104 Manríquez, Carolina. "La libertad de información en conflicto con el derecho a la privacidad". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por Alfonso Banda Vergara. Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004. P.26.

105 Cea Egaña, José Luis. "Estatuto constitucional de la libertad de información". Revista de Derecho Universidad Católica del Norte – Sede Coquimbo N°5, 1998, P. 39 y 40, citado en Manríquez, Carolina. "La libertad de información en conflicto con el derecho a la privacidad". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por Alfonso Banda Vergara. Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004. P.26 y 27.

106 Albertí Rovira, Enoch. "Libertad de información y derecho a la privacidad y al honor en España y en la Convención Europea de Derechos Humanos". Ius et Praxis. Universidad de Talca. N°6, 1999. P. 61, citado en Manríquez, Carolina. "La libertad de información en conflicto con el derecho a la privacidad". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por Alfonso Banda Vergara. Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004. P. 27 y 28.

a. Derecho al honor

Uno de los límites que se suelen esgrimir contra el ejercicio de la libertad de expresión es la protección del honor de las personas, esto es, la buena fama, crédito, prestigio o reputación que una persona goza en su ambiente social, es decir, ante el prójimo o terceros en general¹⁰⁷.

En nuestra Constitución Política se encuentra reconocido como un derecho fundamental, consagrado en el artículo 19 número 4 de la siguiente manera: "El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley".

En cuanto al honor, habría que distinguir el ámbito objetivo y el subjetivo. El primero se refiere a la buena reputación que sigue a la virtud, mérito o acciones heroicas, que es capaz de trascender a la persona o a su familia. Estas acciones son, a juicio de la comunidad, merecedoras de alabanza, otorgando al sujeto un reconocimiento que abarca otros ámbitos de su vida. El honor subjetivo, por su parte, se refiere a la propia valoración y dignidad, la imagen de sí mismo que tiene cada individuo, que se forma con independencia del resto de los componentes del grupo social. El primero, entonces, sólo corresponde a determinadas personas, mientras que el segundo está en posesión de todos los individuos, siendo un sentimiento inherente a la personalidad, que es capaz de generar una posición igualitaria respecto al resto en sus relaciones sociales, lo que permite su adecuada participación en la sociedad. Por ello, cuando se ataca el honor se pretende disminuir o excluir dicha capacidad de participación del sujeto¹⁰⁸.

Este derecho se encuentra amparado por el recurso de protección, debiendo el tribunal llamado a fallar ponderar su protección frente al debido ejercicio de la libertad de expresión de quien lo ha ofendido aparentemente. En estos casos, la jurisprudencia ha sostenido que "el respeto a la vida privada, a la dignidad y a la honra de la persona humana y de la familia constituyen valores de tal jerarquía y trascendencia que la sociedad política se organiza precisamente para preservarlos y defenderlos, de modo que no puede admitirse concepción alguna del bien común que permita el sacrificio de ellos, ni convertir tal sacrificio en medio para que prevalezca otra garantía constitucional. La procedencia de la protección ante la sola amenaza se afirma al considerar que los valores en cuestión son por su naturaleza de tal índole, que el sólo inicio de su vulneración genera

daños imposibles de reparar en términos equivalentes al bien que significa su respeto para quien lo posee y requiere conservarlos íntegros e inviolables"¹⁰⁹.

De este modo, una de las posturas de mayor aceptación es que si bien el derecho a la información es un derecho fundamental, no lo es en modo absoluto, por lo que, en caso de conflicto entre ambos derechos, el derecho a la información debería ceder frente al derecho al honor, con la excepción de que el interés de la sociedad hiciera prevalecer lo contrario¹¹⁰. Esto, en la medida que la ofensa sea de carácter objetiva, no pudiendo aislarse la declaración lesiva al honor de una persona, de su contexto¹¹¹. Ahora bien, no hay que olvidar que tampoco la protección a la honra es un derecho absoluto, teniendo como límite, a *contrario sensu*, la libertad de expresión y los deberes de tolerancia y crítica que implica la vida en sociedad, puesto que ella es también uno de los pilares de la democracia¹¹².

Por su parte, relacionada a la protección del honor de las personas, el legislador ha creado delitos específicos que sancionan determinadas conductas que constituyen un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, esto es, la injuria y la calumnia, sancionados a nivel penal.

El artículo 412 del Código Penal señala "es calumnia la imputación de un delito determinado, pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio", la que si es propagada por escrito y con publicidad será castigada, de acuerdo al artículo 413, con penas de reclusión y multa. Esta conducta se encuentra exenta de castigo en caso de probarse la veracidad de la imputación del hecho criminal. La injuria por su parte, se tipifica en el artículo 416, del siguiente modo: "es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona", la que es sancionada con el mismo tipo de penas, pero no admite, sin embargo, la prueba sobre la verdad de las imputaciones, sino cuando éstas fueren dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo.

Respecto a la acción periodística, la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, se remite expresamente a estas figuras penales, estableciendo una limitación: "no constituyen injurias las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva, salvo que su tenor pusiere de manifiesto el propósito de injuriar, además del de criticar."

107 Cea Egaña, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno". Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 180.

108 Baeza, Silvia. "El derecho al Honor". Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, dirigida por Gonzalo Figueroa Yañez. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. P. 11 a 16.

109 Revista Fallos del Mes, N° 415, Junio 1993, pág. 347, citada en Baeza, Silvia. "El derecho al Honor". Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, dirigida por Gonzalo Figueroa Yañez. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. P. 49.

110 Baeza, Silvia. "El derecho al Honor". Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, dirigida por Gonzalo Figueroa Yañez. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. P. 50.

111 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 98 a 101.

112 Sentencia Rol 1463 Tribunal Constitucional, año 2009.

Así también, es más amplia la prueba de la verdad que se puede ofrecer, pudiendo invocarse alguna de las siguientes circunstancias, que si se probaren verdaderas el juez deberá sobreseer definitivamente o absolver al querellado:

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

Se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes:

- a) Los referentes al desempeño de funciones públicas.
- b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real.
- c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso.
- d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social.
- e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos.
- f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

Ahora bien, y sin perjuicio de estas concesiones, la Relatoría por la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que estas figuras penales son utilizadas por el Estado para someter a juicio a periodistas por discursos que afectarían el honor y la reputación de funcionarios públicos y funcionarios que ocupan cargos electivos, con el efecto de inhibir y restringir la investigación y difusión de información de interés público. En el informe que levantó la Relatoría sobre la Libertad de Expresión de la CIDH, en el año 2016, sobre la libertad de expresión en Chile, se da a modo de ejemplo de lo anterior la condena a los periodistas y directores del semanario *El Ciudadano*, Bruno Sommer y Sebastián Larraín, por acusar en una entrevista al ex diputado Miodrag Marinovic de cometer actos ilegales en su campaña electoral, por delito de injuria grave (sentencia de fecha 22 de abril de 2015 del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago). El fundamento de las sentencias condenatorias sería que, acusando a una figura pública de un delito, no se dio información precisa, clara, concreta y verificable.

También menciona la primera querrela por injurias graves iniciada por un Jefe de Estado en Chile desde la restauración democrática en 1990, realizada por la ex Presidenta

Michelle Bachelet, de fecha 31 de mayo de 2016, contra periodistas de la revista semanal *Qué Pasa* que transcribieron parte de las escuchas telefónicas captadas por el Ministerio Público respecto al “caso Caval” en que se le atribuían beneficios económicos a la mandataria por los negocios ilícitos realizados por parte de su familia, solicitando tres años de prisión. Como resultado, la revista retiró parte de la nota objetada, pidiendo disculpas a las personas aludidas, criticando, sin embargo, la querrela presentada, que si bien Bachelet decía haberla realizado en cuanto ciudadana, fue anunciada su interposición públicamente por el Ministro Secretario General de Gobierno. Dicha acción de la Presidenta fue cuestionada, en su minuto, por el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile, por seguir la vía penal y no la vía civil. La Relatoría, en una posterior visita a Chile, manifestó preocupación por el efecto amedrentador de este tipo de acciones, existiendo medios menos lesivos del derecho de libertad de expresión para proteger la reputación y la intimidad. Luego que el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social de Chile sancionara a la revista por falta de ética, la mandataria decidió retirar la querrela, por lo que habría sido condenada al pago de costas¹¹³.

Por ello, la Relatoría ha insistido en el uso de mecanismos menos lesivos a los derechos de las personas, como mecanismos de rectificación consagrados en la legislación chilena y las acciones civiles, que pueden otorgar una protección eficaz al derecho al honor y reputación de los funcionarios públicos. Específicamente, “la Relatoría Especial recomienda al Estado chileno despenalizar la calumnia e injuria y convertirlas en una acción de carácter civil, de conformidad con los estándares internacionales y mejores prácticas. Esto será especialmente relevante para proteger las expresiones críticas sobre funcionarios públicos, figuras públicas o, en general, asuntos de interés público”¹¹⁴.

b. Vida privada e intimidad

Hay una serie de derechos destinados a proteger la vida privada de los individuos, no sólo de la intromisión de los poderes públicos, sino también frente a las injerencias de los privados. Esta idea surgió de los pensadores liberales de los siglos XVII y XVIII y se plasmó en los textos constitucionales americanos y europeos. Uno de los primeros derechos en ser reconocidos a nivel constitucional fue la inviolabilidad del domicilio, no reconociéndose el derecho a la privacidad sino hasta finales del siglo XIX, impulsada por los abogados Louis D. Brandeis y Samuel D. Warren, que en su artículo *The right of privacy* de 1890, lo formularon como el derecho a estar solo y vivir en paz¹¹⁵.

113 CIDH. “Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en Chile 2016”. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2017. P.21 y 22.

114 CIDH. “Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en Chile 2016”. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2017. P.24.

115 López, Carlos. “La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística.” Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 97 y 98.

El derecho a la intimidad se relaciona, además, con la protección de los datos personales, con el secreto de las comunicaciones y con la protección de la propia imagen. La intimidad se podría definir como aquella esfera -física o inmaterial- que cada persona o familia determina libremente para sí misma y en la cual, sin su consentimiento, nadie puede entrar. Es un muro que pone cada individuo o familia para proteger ciertos aspectos de su vida que no son de interés legítimo para el resto de los ciudadanos o de los poderes públicos. En este sentido se diferencia del honor, que se relaciona, por el contrario, con aquello que se sabe de una persona determinada, que debe coincidir en mayor medida con la verdad¹¹⁶.

El derecho a la intimidad o privacidad emana del mismo artículo en que se regula el derecho al honor (artículo 19 número 4 de la Constitución), siendo una manifestación de la dignidad personal, base para la autodeterminación de las personas, autoestima y desarrollo del hombre y su familia.

El margen de privacidad de cada persona es relativo, así, respecto a las personas públicas parece estar más restringido que el de una persona que no lo es. De este modo, disminuye la protección que brinda el ordenamiento jurídico (similar a la que da al derecho al honor) atendido el especial carácter de dichas personas, quedando su determinación precisa en los tribunales de justicia, no obstante ser este último tipo de personas las que más amenazas reciben a su intimidad.

Dado que el concepto de intimidad es difuso, sus márgenes han ido variando a través del tiempo y se ha ido flexibilizando, generando un mejor equilibrio con la libertad de expresión. "Si bien se ha dicho que la libertad de expresión encuentra una de sus limitaciones en el respeto a la honra y a la vida privada de las personas, sería más correcto sostener que ellos deben ponderarse de modo de poder ser ejercidos ambos, en forma simultánea o al menos consistente, con legitimidad, y es precisamente aquí donde surge la labor encomendada a los Tribunales de Justicia de determinar en cada caso y de acuerdo con los antecedentes allegados a la causa, si hay ejercicio abusivo de la libertad de información en perjuicio del derecho a la privacidad. De no ser así, podría llegar a sostenerse, como se ha hecho en algunos casos, que efectivamente existe una jerarquía respecto de los derechos, jerarquía que, por ser tal, excluiría siempre el ejercicio de un derecho en perjuicio del otro derecho que lo confronta, sin atender a una evaluación sustantiva, sino más bien adjetiva o formal."¹¹⁷

c. Dignidad de la persona humana

La persona humana es titular única del valor supremo de la dignidad, esto es, la cualidad de ser valorada por sí misma. Ella es fuente y sustento efectivo de los derechos esenciales y sus deberes correlativos, los que le pertenecen por su naturaleza intrínseca¹¹⁸.

La Constitución Política de la República inicia declarando en las Bases de la Institucionalidad que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, en razón de lo cual el ejercicio de los derechos fundamentales debe encontrarse supeditado a este principio fundante. En este sentido, el ejercicio de la libertad de expresión podría ser limitado para proteger la dignidad de un individuo, no de forma previa, al estar prohibida la censura, sino sancionando *ex post* conductas que la ofendan consagradas a nivel legal.

De este modo, hay una serie de situaciones restrictivas de la libertad de expresión que pretenden justificarse en la protección de la dignidad, como, por ejemplo, el discurso de odio.

El discurso de odio se refiere a aquellas declaraciones discriminatorias que atentan contra la dignidad de un grupo de individuos, emitidas con el objetivo de incitar al interlocutor a llevar a cabo acciones destructivas en su contra. Las formas más comunes de este tipo de discurso son el racismo, la xenofobia y el antisemitismo.

Esta conducta se encuentra sancionada en nuestra legislación respecto a la forma de ejercer el periodismo, del siguiente modo: "el que por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales."¹¹⁹ y se encuentra en discusión en el Congreso Nacional su extensión al resto de la ciudadanía.

Se trata de delitos autónomos de peligro abstracto, por lo que no es necesario para que se configure el tipo penal la materialización (actual o futura) de ningún resultado de violencia concreto. Es decir, para que se materialice el delito no es necesario que se manifieste en ataques violentos, sino que basta con que la conducta tenga las características adecuadas como para perturbar la paz pública. El bien

116 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 104 a 106.

117 Manríquez, Carolina. "La libertad de información en conflicto con el derecho a la privacidad". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por Alfonso Banda Vergara. Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004. P.9 y 10.

118 Cea Egaña, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno". Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 38.

119 Artículo 31 de la Ley N° 19733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.

jurídico que se pretende proteger es la dignidad de la persona o grupo ofendido y el principio de igualdad. En este sentido, incluso se podría asimilar al honor colectivo del grupo, que cuando es atacado irradia sus efectos a los integrantes de éste, siendo la lesión -incluso en la modalidad de peligro abstracto- considerada como un caldo de cultivo para la aparición de comportamientos discriminatorios violentos¹²⁰.

No obstante, la lesión a la dignidad implica algo más allá de la lesión del honor del afectado: implica que se niegue el derecho de la persona atacada a vivir como ciudadano en condiciones de igualdad o que se le trate como un ser inferior, dirigiéndose el ataque al núcleo esencial irrenunciable de la personalidad. Un ejemplo patente de esta situación sería la propaganda antisemita del modelo nacionalsocialista.

Ahora bien, la doctrina está dividida respecto al alcance que podría tener sancionar una conducta de esta naturaleza. Por ejemplo, en Alemania se ha criticado que se prohíban las investigaciones que, negando la ocurrencia del holocausto, aportaren investigaciones históricas de los hechos ocurridos en los campos de concentración y no tuvieren una intención aparente de agitación social. Ante esto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado que si bien es cierto que no llama a acciones violentas, las declaraciones en sí mismas ponen en peligro la paz pública, rechazando o banalizando hechos "históricamente claros y evidentes". Una crítica a esta postura es que el legislador no es el llamado a establecer a través de su poder coercitivo verdades objetivas o de Estado que no puedan ser combatidas o desafiadas a través de nuevas investigaciones. Aquí se puede recordar la opinión de Kant respecto a que no se deben retirar dogmas de la crítica pública¹²¹.

Una de las formas que presenta el denominado discurso de odio es la negación, trivialización o enaltecimiento del genocidio en cuanto se sostiene que es capaz de promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos afectados¹²², como por ejemplo, el enaltecimiento a la violencia utilizada en el régimen nacionalsocialista o lo que se pretende hacer en Chile con los crímenes de lesa humanidad acaecidos en el régimen militar de Augusto Pinochet Ugarte descritos en informes encargados por el Estado de Chile.

La consagración de estos tipos implica el reconocimiento del derecho penal simbólico, es decir, tipos penales de difícil aplicación, que son redactados por el legislador con una intención mediática más allá de su eficacia concreta. Se suelen redactar en momentos especialmente tensos, donde una gran parte de la sociedad se muestra a favor de castigar un determinado comportamiento, por lo que carecen de la reflexión necesaria de la que debe gozar la inclusión de cualquier conducta del Código Penal, sobre todo cuando se trata de conductas que limitan un derecho fundamental como es la libertad de expresión. Estos tipos suelen adolecer de vaguedad, circunstancia que no define claramente las barreras del castigo, pasando a llevar la característica del Derecho Penal de última *ratio*, alterando con ello la seguridad jurídica¹²³.

Otra crítica a este tipo de delitos es la de Günter Jakobs, que los definió como "delitos clima", diseñados para defender un determinado clima político, castigando conductas que intentan envenenar el ambiente por medio del enfrentamiento social. Estos delitos no respetan los principios básicos del derecho penal, toda vez que castigan la amenaza futura de la violación de la ley (*nulla poena sine lege*). Algunos incluso lo identifican con el derecho penal de autor, por fijar su objetivo en las características de las personas que infringen el tipo¹²⁴.

Una postura más ecléctica sería distinguir entre aquellos casos que efectivamente llaman a la violencia y el discurso impopular ofensivo. Este último sería, por ejemplo, el caso del negacionismo, en que no se estaría llamando a la violencia contra las víctimas o sus familias, ni tampoco en forma necesaria efectuando una burla contra aquellas, ni tampoco estaría afectando su honor, ya que no se afecta la forma en que la persona se ve a sí misma o cómo es apreciada por la sociedad. Se trataría más bien de una opinión, que puede ser falsa o verdadera, no por los hechos en los que se basa, por no ser información, sino respecto a quién la emite y quién la recibe¹²⁵.

Sancionar expresiones racistas o xenófobas puede criticarse desde una perspectiva social, toda vez que pensar que el lenguaje de odio puede ser perseguido mediante legislación que regule la forma en la que el lenguaje es expresado, sin atender al contenido del mismo, supone no entender verdaderamente el problema¹²⁶. Se estaría silenciando,

120 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 104 a 106.

121 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su reflejo en el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.137.

122 López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 181.

123 Kühn, Kristian. Strafrecht. Kommentar. München: Beck, 2007. P. 645. Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.110 a 112.

124 Kühn, Kristian. Strafrecht. Kommentar. München: Beck, 2007. P. 645. Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.113 a 115.

125 Voto Particular de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de agosto de 2013. Caso MÉMOLI VS. ARGENTINA. Serie C N° 265 Véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf.

126 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.89.

sin hacer nada por evitar que surjan dichos sentimientos negativos en la población que los alberga. La incapacidad psicológica de lidiar con el conflicto conduce a buscar la protección de una autoridad que se imponga por la fuerza para acallar al otro. En el actual ambiente de creciente polarización, lo anterior permite anticipar que las tendencias intolerantes se acentuarán en el futuro, deteriorando el diálogo racional y la viabilidad de la democracia, pues ésta requiere de ciudadanos capaces de resolver sus propios asuntos en un permanente ejercicio de tolerancia entre posturas opuestas. Como es evidente, ello resulta incompatible con el culto a la debilidad psíquica, el relativismo epistemológico y el discurso de odio tribal políticamente correcto que gradualmente ha pasado a dominar la discusión pública en Occidente.¹²⁷

Lo anterior no implica, sin embargo, que a través de la protección de la libertad de expresión se deba proteger los insultos contra personas determinadas. Existen ciertos tipos de discursos que se encuentran definidos y limitados, cuyo castigo y prevención en otras legislaciones no ha suscitado algún problema constitucional, como el lascivo, el obsceno, el profano, el difamatorio o el insultante. Estas palabras no son esenciales en ninguna expresión de ideas y tienen un escaso valor social en el conocimiento de la verdad en comparación con el orden y la moralidad¹²⁸.

d. Restricciones culturales

Una de las mayores amenazas a la libertad de expresión hoy en día, sin embargo, no es la regulación legal de la misma, en la que al menos existe un debate de los representantes, sino que está dada por una característica de la sociedad actual. Es una nueva forma de intolerancia, en donde todo el mundo debe pensar igual, no siendo admisible el pensamiento ajeno que pueda ofender o angustiar al otro, aun cuando no sea ésta la intención de dicha persona¹²⁹.

Ya en la década del '90 en Chile, Rafael Otano y Guillermo Sunkel denunciaban la paradoja que se estaba viviendo en el campo de los medios masivos de comunicación. Junto con la normalización de la democracia, además de ir desapareciendo diarios y revistas se fue reduciendo la diversidad ideológica y cultural de los medios. Muchos periodistas que fueron de oposición en los años 80 denunciaban que en los años 90 no se podían expresar algunos tipos de informaciones, críticas y puntos de vista, por haberse impuesto en los medios el concepto

radicalmente antiliberal de lo "periodísticamente correcto": apelando a los problemas de una situación pretendidamente compleja, se consideraban algunos temas como tabú. En consecuencia, "se trata, en último término, de sacrificar pedazos significativos de la realidad y del pensamiento, con el fin de evitar posibles confrontaciones"¹³⁰.

Los promotores de la corrección política, en nombre del progresismo, promueven la cerrazón mental al no permitir discutir de antemano respecto de determinadas ideas que son consideradas erróneas. Incluso, cuando deciden correr las fronteras del conocimiento, enseñando, por ejemplo, que hay "sesgos patriarcales en lengua" o que "los géneros no son necesariamente binarios", inmediatamente cierran las fronteras de la discusión, negando el escrutinio de los nuevos conceptos, lo que se opone diametralmente a la libertad de expresión en su concepción clásica, donde todas las ideas en principio tienen derecho de expresarse, en un proceso de ensayo y error, lo que permite alcanzar el verdadero conocimiento¹³¹. Ahora bien, como se trata de situaciones avaladas por las personas -en aras de mantener su reconocimiento social e intocabilidad para no ser afectados a futuro por sus dichos controversiales, ceden a la presión de la corrección política limitando el fluir de las ideas- es algo prácticamente imposible de frenar.

127 Kaiser, Axel. "El culto a la debilidad". Comentario de *The Coddling of the American Mind* de Jonathan Haidt y Greg Lukinoff, 2018. Revista *Átomo* N°1 - Octubre 2018. Corrección Política. P. 42. P. 90 y 91.

128 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.67.

129 Gallagher, David. "John Stuart Mill y lo políticamente correcto". Comentario de *On Liberty* de John Stuart Mill. Revista *Átomo* N°1 - Octubre 2018. Corrección Política. P. 99 a 102.

130 Otano, Rafael; Sunkel, Guillermo y otros. "Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público". Cuadernos de Análisis Jurídico, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile, 2000. Apartado "Libertad de los periodistas en los medios". P. 133.

131 Gallagher, David. "John Stuart Mill y lo políticamente correcto". Comentario de *On Liberty* de John Stuart Mill. Revista *Átomo* N°1 - Octubre 2018. Corrección Política. P. 103.

4. CONCLUSIÓN

La libertad de expresión, con sus diferentes alcances, es un valor fundamental para la democracia moderna y para el desarrollo de la individualidad, cuyo ejercicio debe ser protegido para no caer en regímenes represivos que terminarían por destruir uno de los dotes más importantes del hombre, que es la libertad. Fue por lo que lucharon los padres fundadores de Estados Unidos y los revolucionarios franceses y lo que se intentó consagrar en sucesivos acuerdos internacionales, permeando nuestro ordenamiento constitucional y legal.

Reconocida su importancia, cabe sostener que su ejercicio sí tiene limitaciones legítimas, dadas fundamentalmente por derechos de terceros, como lo son la honra, la intimidad y la dignidad de la persona humana. Esto se debe a que muy ligada a la libertad, o más bien, por causa de la misma libertad, las personas tienen responsabilidad de las consecuencias de sus propios actos, de modo que, si bien pueden hacer uso de esta potestad en forma autónoma, por esa misma razón deben asumir los resultados de su conducta¹³². Por estos motivos es admisible que en ciertas circunstancias la libertad de expresión pueda ceder en favor de otros valores.

Pero también es susceptible de ser coartada ilícitamente pasando a llevar la esencia del derecho, con la consagración de tipos penales difusos y, lo que es peor, fácticamente a través de la represión social de los discursos públicos, siendo muy similar a la censura prohibida por nuestra Constitución. También recuerda a los inicios de la lucha por la libertad de expresión, en la que se justificaba castigar las críticas al Estado porque podían desestabilizarlo. Hoy, en cambio, el mismo Estado ha aprendido a defenderse con-

tra estos ataques, a responder a las críticas sin la necesidad de suprimirlas, mirándose con recelo el castigo a las ideas disidentes. Lo mismo se podría esperar que suceda con los grupos minoritarios que hoy se intentan proteger de los dichos de ciertas personas, que utilizando la misma libertad de expresión, puedan combatir los comportamientos discriminadores¹³³ primando, como diría John Stuart Mill, la verdad por sobre el error.

Si no se puede discutir libremente se corre el riesgo de eternizar errores, impidiendo el surgimiento de inestimables hallazgos, perdiendo la posibilidad de mejorar como sociedad. El hecho que una mayoría crea algo no significa que sea verdadero, si así fuera muchas atrocidades del pasado seguirían imperando en nuestra época¹³⁴.

La censura, legal y de hecho, termina siendo un acto de violencia, que limita la libertad de expresión reconocida por la Constitución como un derecho inalienable, con la que se excluyen determinadas visiones del mundo, que no sabemos si con el pasar de los años puedan ser consideradas más correctas que las que en la actualidad son defendidas por las mayorías ocultas en las masas. Hoy no sólo se está intentando censurar el lenguaje, sino también las ideas, no defendiendo las que quieren hacer imperantes en este plano, sino denostando a sus oponentes y poniéndose en un plano de superioridad moral. En el fondo, está la creencia que el disenso no es legítimo¹³⁵.

132 Badeni, G. (1991). Libertad de prensa. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Citado en Coronado, Laura. "Libertad de expresión en el ciberespacio". Tesis Doctoral dirigida por Emilio Suñé Contreras. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2015. Página 108.

133 Gascón, Andrés. "El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español". Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015. P.85 y 86.

134 Gallagher, David. "John Stuart Mill y lo políticamente correcto". Comentario de On Liberty de John Stuart Mill. Revista Átomo N°1 - Octubre 2018. Corrección Política. P. 99.

135 Eyzaguirre, Sylvia. "La tiranía de las buenas maneras". Comentario de The Silencing: How the Left is Killing Free Speech de Kristen Powers. Revista Átomo N°1 - Octubre 2018. Corrección Política. P. 104 a 108.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvarado, Abel. *Chile: Renuncia ministro de Cultura, Mauricio Rojas, tras polémica por declaraciones sobre el Museo de la Memoria*. CNN Chile, 13 de agosto de 2018.
- Ansuátegui, Francisco. *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*. Tomo Cuarto. Memoria doctoral, dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.
- Baeza, Silvia. *El derecho al Honor*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, dirigida por Gonzalo Figueroa Yañez. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003.
- Cabalin, Cristian y Lagos, Claudia. *Libertad de expresión y periodismo en Chile: presiones y mordazas*. Scielo, junio 2009.
- Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004.
- CIDH. *Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en Chile 2016*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2017.
- Código Penal de Chile.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Coronado, Laura. *Libertad de expresión en el ciberespacio*. Tesis Doctoral dirigida por Emilio Suñé Contreras. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2015.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Eyzaguirre, Sylvia. *La tiranía de las buenas maneras*. Comentario de The Silencing: How the Left is Killing Free Speech de Kristen Powers. Revista Átomo N°1 - Octubre 2018. Corrección Política.
- Gallagher, David. *John Stuart Mill y lo políticamente correcto*. Comentario de On Liberty de John Stuart Mill. Revista Átomo N°1 - Octubre 2018. Corrección Política.
- Gascón, Andrés. *El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*. Memoria doctoral, dirigida por José García Añón. Universidad de Valencia, Valencia, 2015.
- González, Felipe y otros. *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*. Cuadernos de Análisis Jurídico, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile, 2000. Apartado "Leyes de desacato y libertad de Expresión".
- Kaiser, Axel. *El culto a la debilidad*. Comentario de The Coddling of the American Mind de Jonathan Haidt y Greg Lukinoff, 2018. Revista Átomo N°1 - Octubre 2018. Corrección Política.
- Ley Fácil. Guía legal sobre Libertad de Expresión. Biblioteca del Congreso Nacional en <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/libertad-de-expresion>.
- Ley N° 19733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.
- López, Carlos. *La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística*. Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.
- Manríquez, Carolina. *La libertad de información en conflicto con el derecho a la privacidad*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por Alfonso Banda Vergara. Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004.
- Otano, Rafael; Sunkel, Guillermo y otros. *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*. Cuadernos de Análisis Jurídico, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile, 2000. Apartado "Libertad de los periodistas en los medios".
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Palma, Tamy. *Reír o no reír*. Revista Átomo N°1 - Octubre 2018. Corrección Política.
- Pitter, Lautaro. *El estándar de libertad de expresión y sus nuevos desafíos*. Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Revista Internacional de Derechos Humanos, n° 8, diciembre 2018.

Proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia (Boletín 11424-17), 6 de septiembre de 2017.

Real Academia Española (2019).

Sapiezynska, Ewa. *El triunfo de la libertad negativa: Discurso parlamentario en Chile acerca de la libertad de expresión*. Latin America Research Review, 2017.

Sentencia Rol 1463 Tribunal Constitucional, año 2009.

Voto Particular de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de agosto de 2013. Caso MÉMOLI VS. ARGENTINA. Párrafo 116. Serie C N°. 265.

Zárate, Sebastián. *La censura previa y el Estado regulador: propuestas para una configuración*. Comentario de Jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho, Volumen 40 N°1, Santiago, abril de 2013.



LIBERTAD Y DESARROLLO