

# LIBERTAD DE EXPRESIÓN, HUMOR Y RELIGIÓN: EL CNTV CONTRA YERKO PUCHENTO

JOSÉ MIGUEL ALDUNATE H.

**RESUMEN:** La Corte Suprema revocó las multas establecidas por el CNTV a Canal 13 por los dichos del humorista Daniel Alcaíno, que se referían de manera grosera al dogma católico de la Inmaculada Concepción. Se trata de una decisión correcta, pero que operó con base en tres premisas no examinadas. Primero, que la libertad de expresión no confiere un derecho a ofender. Segundo, que la libertad religiosa blindada contra las ofensas al sentimiento religioso. Tercero (pero en esto los jueces se muestran más erráticos) que el humor puede resultar ofensivo. Pero luego de un análisis pormenorizado se descubre que las dos primeras premisas son falsas, mientras que la tercera es bastante más compleja. Como fuere, la sentencia de la Corte Suprema ofrece una oportunidad inmejorable para definir los límites de la libertad de expresión frente a la religión y las expresiones humorísticas.

**PALABRAS CLAVES:** Libertad de expresión, libertad religiosa, humor, blasfemia, CNTV.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El caso y la sentencia. 3. Humor y libertad de expresión. 4. Libertad religiosa, blasfemias y sentido del humor. 5. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

En la antigüedad clásica, la construcción de las murallas de la ciudad marcaba su hito fundacional. Los muros eran la línea divisoria entre la barbarie y la civilización. Como señala Hannah Arendt, para griegos y romanos, “el legislador era como el constructor de los muros de la ciudad. [...] Previo a que los hombres pudieran actuar, debía asegurarse un espacio seguro y construirse una estructura donde todas las acciones subsecuentes pudieran tener lugar: el espacio público de la polis y la estructura del derecho. El legislador y el arquitecto pertenecían a la misma categoría”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ARENDT, H. *The Human Condition* (Chicago: The University of Chicago Press, 1992), 194.

¿No es, pues, un hecho asombroso que la primera transgresión del muro y, por lo tanto, la primera infracción a la ley romana, base fundamental de la civilización occidental, haya sido hecha *en broma*? Tan pronto como Rómulo hubo erigido las sagradas murallas de la ciudad eterna, Remo saltó sobre ellas. Podemos imaginar el gesto risueño y la mirada desafiante con que un hermano quiso reírse del otro. Sabemos cómo termina la historia.

La moraleja es que, desde sus comienzos, humor y derecho no se llevan bien. Obviamente, hoy el derecho protege a la expresiones humorísticas en virtud de la libertad de expresión, pero incluso en las sociedades más liberales, los cómicos se las ingenian para tantear los límites de lo jurídicamente admisible. En realidad, no solo las normas jurídicas, sino cualquier verdad y cualquier convención social o moral son susceptibles de volverse objeto de risa, siendo mayor su vulnerabilidad al ridículo cuanto más celosamente se las quiera proteger. De aquí que una de las víctimas predilectas de la pulsión humorística sea, precisamente, la religión. Esta, por su parte, mantiene una relación ambigua con el humor. Los creyentes pueden disfrutar y valorar las expresiones graciosas como manifestación del espíritu humano, pero en la medida en que buscan instaurar y asegurar la inviolabilidad de un ámbito de lo sagrado se mostrarán preocupados de mantener la risa a raya y clamarán para que el derecho avale su pretensión.

Todas estas tensiones entraron en juego cuando el Consejo Nacional de Televisión (CNTV) decidió sancionar al Canal 13, luego de una rutina humorística en el programa *Vértigo* del personaje Yerko Puchento, interpretado por el actor Daniel Alcaíno. La rutina se refería en términos groseros al dogma de la Inmaculada Concepción, lo que ofendió a muchos fieles de la fe católica. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la decisión, pero luego la Corte Suprema revocó las sanciones. El fallo fue redactado por el abogado integrante Pedro Pierry y concurrieron al voto de mayoría la ministra Ángela Vivanco y el ministro Sergio Muñoz, quien, además, formuló una prevención. En cambio, los ministros Carlos Aránguiz y María Eugenia Sandoval votaron en contra.

Como se verá, la conclusión a que llega la sentencia de la Corte Suprema es correcta. Las expresiones humorísticas deben entenderse protegidas por la libertad expresión. Sin embargo, las razones uti-

lizadas por la Corte Suprema para llegar a esta conclusión parecen confusas y no ofrecen mucha guía para casos futuros.

En efecto, tanto los argumentos de la Corte de Apelaciones de Santiago, como los de la sentencia de la Corte Suprema y de sus prevenciones y disidencias, operan sobre la base de dos premisas no examinadas, pero difieren respecto de la validez de una tercera:

- i) La primera es que la libertad de expresión no confiere un derecho a insultar.
- ii) La segunda es que libertad religiosa blinda contra las ofensas a las creencias o los sentimientos religiosos, es decir, que de ella puede deducirse una prohibición de blasfemar.
- iii) Finalmente, la tercera, más problemática, es que las expresiones humorísticas son –o no son– capaces de ofender.

El objetivo de este análisis es poner a prueba estas premisas examinando tanto sus fundamentos teóricos como su respaldo normativo. La conclusión será que las dos primeras premisas son falsas. En efecto, las limitaciones a la libertad de expresión son excepcionales y deben estar establecidas por ley. Por lo tanto, según nuestra legislación, las ofensas están permitidas, a menos que constituyan una incitación al odio, o un caso de injuria o calumnia. Además, la ley chilena no contempla una prohibición de blasfemar. En cuanto a la tercera premisa, veremos que es verdadera, pues las expresiones humorísticas pueden resultar ofensivas, pero las particularidades del habla cómica hacen que sus ofensas no puedan valorarse al igual que las serias.

Este análisis se realiza en tres apartados. En el primero se presenta una síntesis del caso, el proceso y el voto de mayoría de la sentencia de la Corte Suprema. El siguiente apartado desarrolla la relación entre el humor y la libertad de expresión. Para ello se analizan las particularidades del discurso humorístico y del humor ofensivo. A efectos de revisar la interacción de este tipo de discurso con la libertad de expresión, analizaremos la prevención del ministro Sergio Muñoz. Finalmente, el último apartado formula una distinción entre la libertad religiosa y la prohibición de blasfemar. En esta parte, luego de una presentación general, se analizan las disidencias del ministro Carlos Aránguiz y de la ministra María Eugenia Sandoval.

Antes de comenzar, es importante advertir que, en aras del espacio, este artículo no contiene un análisis de la jurisprudencia del CNTV ni de los tribunales de justicia respecto de la materia, más allá de la sentencia en análisis.

Una segunda consideración es que en ninguna parte del proceso se discutió la posibilidad de establecer una censura previa. El análisis que sigue parte de la base de que todas las partes estuvieron de acuerdo en que el abuso de la libertad de expresión solo puede producir una responsabilidad ulterior, tal y como lo establece el artículo 19 N° 12 de nuestra Constitución. Durante el análisis, se dará por conocido el régimen chileno de libertad de expresión, entendiendo que la discusión se refiere siempre a la responsabilidad posterior por los dichos y nunca al establecimiento de una censura previa.

Finalmente, el objetivo de este artículo no es resolver de una vez el problema, sino solamente ofrecer algunos criterios de juicio. Por lo pronto, es claro que el muro del derecho debe proteger tanto a la religión como al humor, pues ambas son expresiones del genio y la libertad del espíritu humano. La sentencia de la Corte Suprema sobre el caso de Yerko Puchento ofrece una oportunidad inmejorable para marcar algunos de los hitos de este muro; cuando los humoristas lo quieren demasiado amplio y los creyentes, demasiado estrecho.

## 2. EL CASO Y LA SENTENCIA

El 17 de mayo de 2018, con ocasión de la emisión del programa “Vértigo” de Canal 13, el personaje Yerko Puchento interpretado por el humorista Daniel Alcaíno, protagonizó una rutina humorística en la que simulaba su propio funeral. Según quedó establecido en la decisión del CNTV y, luego, en las respectivas sentencias judiciales, una sección de la rutina fue como sigue:

*“La performance comienza con la entrada al set de dos personajes caracterizados como sepultureros, quienes trasladan un ataúd que instalan luego en el centro del espacio. Los conductores Diana Bolocco y Martín Cárcamo se acercan al féretro y sostienen este diálogo [...]”, con lo cual comienza una rutina humorística.*

En una parte de la rutina el comediante expresa:

Yerko Puchento: “Quiero agradecer... Hasta los sepultureros cacharon, hueón (...) ¡Gracias por venir a este, mi último día! ¡Chiquillos, se los agradezco de corazón! ¡Mi cuerpo será velado en la iglesia de la ingratitud nacional, para los que me quieran ir a despedir! Ahí en la ingratitud nacional, está en la Alameda, frente a la inmaculiada Concepción”.

Martín Cárcamo: “¡Ya pues!”

Diana Bolocco: “¡Inmaculada! ¡Inmaculada!”

Yerko Puchento: “Sí, estaré ahí, están los sagrados corazones. Alameda, Cumming... Obvio... ¡Justo! ¡En el día mundial del reciclaje, ay, que me quiere reciclar para siempre! ¡Y no es chiste! (...) Quiero donar mi cerebro...”

Diana Bolocco: “¿A quién?”

Yerko Puchento: “A Manuel no sé Ossandón... Con mucho cariño para ti... Lo puedes pasar a buscar el día... En el cementerio de la inmaculiada Concepción, ¿ya?”

Prosigue el programa<sup>2</sup>.

Frente a dos denuncias por el uso de la expresión “inmaculiada Concepción”, el CNTV impuso al canal una multa de 200 unidades tributarias mensuales. Conforme al criterio del CNTV, el humorista ofendió y menospreció a quienes participan de la religión católica, lo que constituye un acto de intolerancia que vulnera el respeto al pluralismo.

La decisión fue impugnada y luego ratificada por la octava sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. En su sentencia, los ministros de la Corte de Apelaciones estimaron que la libertad de expresión se ejerció, pues la rutina fue exhibida sin restricciones, pero que esta no es un derecho absoluto. Habida cuenta de que dos personas se sintieron ofendidas por la rutina, razonaron que “la libertad de expresión del humorista y del Canal que difunde sus actuaciones, incurre en un abuso de su derecho pues al amparo de su ejercicio incurrió en mofa y menosprecio público de un símbolo que para otros tiene el carácter de sagrado, menoscabando con burla la dignidad de aquellos que en el ejercicio de la libertad de conciencia con-

<sup>2</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol<sup>o</sup> 9152-2019, de 9 de septiembre de 2019.

sideran sagrada a la Virgen María y aceptan el dogma de su concepción inmaculada, tanto es así que los llevó a denunciar al Consejo Nacional de Televisión al programa en cuestión”<sup>3</sup>.

Luego, añadió que “tales expresiones no se advierten como necesarias para lograr su objetivo, pues aun antes de proferirlas ya el público estaba entretenido con su rutina y puesta en escena”<sup>4</sup>. De este modo, con base en estas dos consideraciones, la Corte de Apelaciones procedió a hacer un balance entre los dos derechos en pugna, estimando que en el caso concreto primaba la libertad de conciencia. “Por ello –dice la Corte– al ponderar los derechos en juego, no parece prudente dar amparo a la libertad de expresión, pues aquella no es un derecho absoluto que permita a quien lo ejerce burlarse públicamente de símbolos que para otros son sagrados, y si aquello ocurre, debe responder por los abusos en que incurre tal como lo establece la Constitución Política en el numeral 12 del artículo 19”<sup>5</sup>.

Frente a ello, se presentó un recurso de queja sobre la base de tres argumentos. Primero, se dijo que la sentencia se basó en un criterio “subjetivo” de la vulneración de la pluralidad religiosa, basado en que dos personas se sintieron ofendidas, en vez de uno “objetivo” que habría atendido a que el humorista se refiere a un lugar, la iglesia del Inmaculada Concepción, y no al dogma. Segundo, niega la existencia de la colisión de derechos, pues se trata de una rutina humorística cuyo propósito era hacer reír y no burlarse de símbolos religiosos. Finalmente, señaló que una sanción como esta puede modificar la línea editorial, lo cual constituye una forma de censura.

La sentencia de la Corte Suprema, redactada por el abogado integrante Pedro Pierry, revocó la decisión de la Corte de Apelaciones, pues estimó que esta había cometido dos yerros.

El primer error fue asumir que la expresión “tenía la entidad suficiente como para provocar una afectación de derechos constitucionales”<sup>6</sup>, atendida sus características y su contexto, es decir, de tratarse de una expresión humorística. En efecto, si bien estima que las expresiones utilizadas pueden considerarse “en

<sup>3</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol 37-2019, de 2 de abril de 2019.

<sup>4</sup> SCA 37-2019.

<sup>5</sup> SCA 37-2019.

<sup>6</sup> SCS 9152-2019.

extremo inadecuadas”<sup>7</sup>, la sentencia subraya que fueron empleadas “en el marco de una rutina humorística emitida a avanzadas horas de la noche y que, en lo medular, era relativa a la propia extinción del personaje, y por completo carente de insinuación de orden religioso. Aparece de manifiesto, en ese sentido, que se trata de un juego de palabras que mira a provocar un efecto cómico liviano, desprovisto de segundas lecturas”<sup>8</sup>.

Luego, indica que el análisis de las expresiones humorísticas debe realizarse atendiendo a “la evolución del pensamiento socio cultural, a efecto de establecer las fronteras que la separan de aquel discurso ofensivo de creencias establecidas cuya expresión conformaría, como los ministros concluyen, un descrédito impropio del adecuado funcionamiento de la televisión”<sup>9</sup>.

Este error, dice la Corte Suprema, llevó a la sentencia recurrida a cometer un segundo error, a saber, “realizar una ponderación de derechos constitucionales que, por lo antes señalado, era inexistente, y concluir que se había hecho uso abusivo de la libertad de expresión”<sup>10</sup>. En efecto, previo a determinar si la libertad de expresión ampara una determinada expresión, “constituye un análisis que no puede omitirse sin grave yerro jurídico, el de establecer si aquello que ha sido manifestado tiene realmente el carácter antijurídico que se le atribuye”<sup>11</sup>.

Para ello, invoca el artículo 1 de la Ley N° 18.838 que define qué debe entenderse por correcto funcionamiento de la televisión como el permanente respeto a una serie de valores, dentro de los cuales se encuentra el valor del pluralismo. A su vez, este último se refiere al respeto a la diversidad social de distinta índole, incluyendo la diversidad religiosa. La sentencia comenta lo anterior señalando que se trata de conceptos abiertos. De estos, el concepto de pluralismo “evoca el respeto de creencias de orden religioso que, ciertamente, no están legalmente descritas, sino latentes en el entendimiento socio cultural imperante de una determinada época”<sup>12</sup>. Por lo tanto,

<sup>7</sup> SCS 9152-2019.

<sup>8</sup> SCS 9152-2019.

<sup>9</sup> SCS 9152-2019.

<sup>10</sup> SCS 9152-2019.

<sup>11</sup> SCS 9152-2019.

<sup>12</sup> SCS 9152-2019.

“el análisis efectuado por los jueces recurridos sobrepasó ostensiblemente los hechos objetivos”<sup>13</sup>, pues ponderó los derechos de la libertad de expresión y la libertad religiosa sin antes “explicarse de modo suficiente cómo es que la misma expresión resultaba ofensiva”<sup>14</sup>.

A lo largo del proceso vemos que permanecen como verdades indiscutidas, primero, que la libertad de expresión no confiere un derecho a ofender y, segundo, que la libertad religiosa blinda contra las ofensas a las creencias más fundamentales de una fe. Lo único que hace variar el criterio de la Corte Suprema, en realidad, es la idea de que dado el contexto y la intencionalidad humorística de las expresiones en análisis, no podía entenderse que estas hubieran resultado realmente ofensivas. En consecuencia, no se habría producido realmente un conflicto de derecho.

### 3. HUMOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

#### 3.1. Lo cómico y lo serio

Si analizamos el lenguaje humorístico y el lenguaje jurídico, prontamente descubrimos que uno y otro se encuentran en las antípodas. El lenguaje del derecho es esencialmente *serio*. Hablar *en serio* equivale a querer decir aquello que se dice, sin implicar segundas lecturas destinadas a minar el significado de la expresión utilizada. En palabras de Vladimir Jankélévitch, “cuando un discurso es serio hay que tomárselo al pie de la letra, como el Código Civil; no hay nada que leer entre líneas, nada que entender con medias palabras. En ese sentido, lo serio es la antítesis de la poesía. Si el humor, que necesita ser interpretado, representa el lenguaje de la «alegoría», habría que llamar «tautología» a ese lenguaje de la verdad gramatical. La tautología es propia de torpes y obtusos, pero la tautología es señal de sentido común y sencillez”<sup>15</sup>.

Obviamente, el derecho solo puede operar en el ámbito de lo serio. El carácter general y abstracto de la ley, la proyección de su aplicación hacia el futuro y, sobre todo, la necesidad de coordinación

<sup>13</sup> SCS 9152-2019.

<sup>14</sup> SCS 9152-2019.

<sup>15</sup> JANKÉLÉVITCH, V. La aventura, el aburrimiento y lo serio (Madrid: Taurus, 1989), p. 180.

social que justifica su existencia imponen la exigencia de utilizar en ella un lenguaje todo lo claro y unívoco posible.

Esto no significa que la ambigüedad y la contradicción no cumplan ninguna función en el razonamiento jurídico, pero usualmente se las ocupa para reforzar la coherencia y la unidad del discurso. En efecto, tanto en las discusiones doctrinarias como jurisprudenciales, así como en toda discusión seria, observamos que se indica la presencia de contradicciones y ambigüedades expresamente “con el propósito de cuestionar o rechazar la afirmación a la que se les atribuye. De esta manera, el habla es constantemente corregida y revisada para encarnar y desplegar el significado único requerido en el discurso serio”<sup>16</sup>.

Pero además de *hablar seriamente* —es decir, conservando la unidad y consistencia del habla— desde un punto de vista subjetivo decimos que es necesario *tomarse las cosas en serio*. Como señala Jankélévich, “lo serio no es una mera indeterminación. Tras su rostro hay una voluntad crítica de no ceder a las tentaciones”<sup>17</sup>. De aquí que el autor distinga la seriedad tanto de la comedia como de la tragedia: cuando, frente a un problema, lo que corresponde es ponderar la situación, conservar la calma o actuar con decisión, romper a reír o a llorar son reacciones igualmente inadecuadas y poco serias. Entonces, dice Jankélévich, “la única seriedad de la que podemos hablar es el tomar algo en serio y ese tomar algo en serio es un movimiento: la conciencia va sobre todo de lo frívolo a lo trágico, pero se detiene antes de llegar al límite de la tragedia”<sup>18</sup>.

Nada hay más serio, por lo tanto, que la virtud de la justicia, entendida, según la definición de Ulpiano, como “la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo”. Cuando los jueces o los legisladores no muestran ninguna voluntad de atender a las circunstancias del caso o de la materia regulada, desoyen los argumentos de las partes o los puntos de vistas de las personas afectadas, prestando atención a consideraciones irrelevantes, dejándose llevar por impresiones emocionales o razonando conforme a su capricho, decimos que estamos ante jueces o legisladores *poco serios*.

<sup>16</sup> MULKAY, M. *On Humor: Its Nature and Its Place in Modern Society*. Cambridge: Polity Press, 1988), p. 25.

<sup>17</sup> JANKÉLÉVITCH, *La aventura, el aburrimiento y lo serio*, p. 157.

<sup>18</sup> JANKÉLÉVITCH, *La aventura, el aburrimiento y lo serio*, p. 157.

Comparemos lo dicho con el discurso cómico. En primer lugar, el humor se estructura sobre la base de significaciones dobles, superpuestas y contradictorias, un fenómeno que Michael Mulkey denomina “bisociación”<sup>19</sup>. El humor se vale de las múltiples interpretaciones que pueden darse a un mismo fenómeno, haciéndolas interactuar en el discurso y sacando provecho de ello. Como señala Mulkey, “en contraste con el carácter unitario del discurso serio, el humor depende del despliegue discursivo de posibilidades interpretativas previas. En el ámbito humorístico, no solo nuestras suposiciones respecto de un mundo unitario y comúnmente conocido se confunden constantemente; también se socavan las expectativas interpretativas generadas durante la marcha del mismo discurso humorístico, en la medida en que dicho discurso avanza”<sup>20</sup>.

Veamos un ejemplo. En la película de 1940 *My Little Chickadee* encontramos la siguiente conversación entre un juez y la actriz cómica Mae West:

Juez: ¿Está usted intentando mostrar su desprecio por esta corte?

Mae West: No, su señoría, estoy haciendo mi mejor esfuerzo por ocultarlo.

La respuesta de la actriz es ambigua, porque parte negando la afirmación del juez y con ello genera la expectativa de una intención de exculpación. No obstante, al referir la negación exclusivamente al verbo rector de la oración del juez, esto es, “intentar mostrar”, la respuesta defrauda dicha expectativa y se revela como todo lo contrario, es decir, una confesión de la acusación que se le imputa. En el ejemplo vemos como el chiste lleva las premisas hasta su conclusión lógica, pero de modo tal que la conclusión contradiga las premisas. La “gracia” del chiste consiste en esta percepción simultánea entre su coherencia y su contradicción.

Obviamente, un discurso de estas características puede resultar algo difícil de procesar para el derecho. Cuando una expresión no tiene una pretensión de unidad ni coherencia, la pregunta de qué se dijo o se quiso decir se vuelve más difícil de responder. Ahora bien,

<sup>19</sup> MULKEY, On Humor: Its Nature and Its Place in Modern Society, p. 26.

<sup>20</sup> MULKEY, On Humor: Its Nature and Its Place in Modern Society, p. 26.

salvo en los casos del humor muy inteligente, la estructura lógica de los chistes no es algo imposible de aprehender para un juzgador. Al fin y al cabo, los ministros de las cortes también saben contar chistes. La dificultad, me parece, se da más bien en el ámbito de lo valorativo, donde también se observa una actitud ambigua por parte de los humoristas.

En efecto, desde un punto de vista valorativo, habíamos dicho que lo serio consiste en tomarle el peso a las cosas. De aquí que el símbolo de la justicia sea la balanza: para ejercer adecuadamente su práctica igualadora, la justicia pondera, mide, pesa. Por el contrario, al humorista le parece que las cosas pesan demasiado. En opinión de los chistosos, la seriedad no solo constituye un déficit intelectual, es decir, una incapacidad de comprender equivalente a la tontería; sino también una falta de ligereza de espíritu, que revela un ánimo lento, pesado y grave. En el habla común, a quien le faltan estas características –inteligencia y liviandad– se le denomina *tonto-grave*. Friedrich Nietzsche describe muy bien cómo se potencian mutuamente ambos defectos: “el intelecto es para la gran mayoría una máquina torpe y lenta, oscura y chirriante, muy difícil de poner en marcha: dicen que ‘van a tomarse las cosas en serio’ cuando quieren trabajar y pensar bien con esta máquina... ¡Oh, qué pesado, tiene que resultarles pensar bien! Esta encantadora bestia que es el hombre pierde el buen humor, según parece, cada vez que piensa bien; ¡se pone ‘seria!’”<sup>21</sup>.

La seriedad excesiva impide comprender adecuadamente el sentido de las expresiones humorísticas, porque las valora unívocamente. El sentido del humor, en su dimensión más profunda, supone una capacidad de percibir los aspectos difíciles y dolorosos de la vida con un ánimo alegre. Esta capacidad de reír ante lo erróneo, lo doloroso o lo aberrante, es lo que escandaliza al *tonto grave*, para quien el bien debe ser motivo de alegría y el mal motivo de tristeza, sin excepciones ni ambigüedades.

La consecuencia no es solo que el *tonto-grave* quede atrapado en una visión normativa rígida, defendiendo ideas fijas, si acaso no fanáticas, sobre lo bueno y lo malo<sup>22</sup>. Además, como apunta Janké-

<sup>21</sup> NIETZSCHE, F, *La gaya ciencia* (Madrid: Edaf, 2011), p. 270.

<sup>22</sup> Así dice Nietzsche, de nuevo, sobre el fanatismo de los serios: “después de tan jovial preámbulo no quisiera que no se oyese una palabra seria: se dirige a los más serios.

lévitch, tampoco puede considerarse que tal punto de vista sea realmente serio. “La regla cabal sería, como dice Plotino, ser serio solo en las cosas serias, y no está demás decirlo, porque la mayoría de las veces los hombres actúan al revés: toman en serio lo que no lo es y a la ligera lo que sí lo es; pontifican en las cosas frívolas y se comportan como chiquillos en las circunstancias graves”<sup>23</sup>. En consecuencia, prosigue Jankélévitch, “en principio es serio no tomárselo todo en serio o, más exactamente, respetar la seriedad de todo lo que es”<sup>24</sup>. La paradoja, entonces, es que muchas veces la actitud más seria es el sentido del humor.

### 3.2. El humor ofensivo

La caracterización del humor como un tipo de discurso lógica y valorativamente ambiguo permite comprender por qué se presta tan bien para la confrontación y la crítica. Allí donde el registro serio resultaría tosco y frontal, el humor consigue propinar ataques de manera solapada y con ánimo ligero. En la corte del Rey Lear, por ejemplo, al único a quien Shakespeare autoriza a insultar al monarca es al bufón. En cambio, la sinceridad de la hija del rey, Cordelia, es duramente castigada.

---

¡Tened cuidado, vosotros los filósofos y los amigos del conocimiento, y guardaos del martirio! ¡De sufrir «por amor a la verdad»! ¡Incluso de defenderos a vosotros mismos! Corrompe toda la inocencia y toda la sutil neutralidad de vuestra conciencia, os vuelve testarudos en enfrentaros a objeciones y trapos rojos, os entontece, os animaliza, os convierte en toros el hecho de que vosotros, al luchar con el peligro, la difamación, la sospecha, la repulsa y otras consecuencias aún más toscas de la enemistad, tengáis que acabar presentándonos como defensores de la verdad en la tierra. —¿como si la «la verdad» fuese una persona tan indefensa y torpe que necesitara defensores!\*

En el mismo sentido, Guillermo de Baskerville —personaje literario de Umberto Eco— discutiendo contra la tesis medieval del origen satánico de la risa, responde: “Te han mentido. El diablo no es el príncipe de la materia, el diablo es la arrogancia del espíritu, la fe sin sonrisa, la verdad jamás tocada por la duda. El diablo es sombrío porque sabe adónde va y va siempre al sitio de donde procede”\*\*. Si hay un espíritu serio, nos dice Eco, ese es el de Lucifer, el ángel orgulloso y enamorado de sí mismo. Sabe adónde va y va hacia el sitio de donde procede, porque nada nuevo ni imprevisto (y mucho menos algo chistoso) puede ocurrirle a un espíritu arrogante, permaneciendo cerrado y ceguecido para todo lo que exceda sus limitaciones.

\* NIETZSCHE, Más allá del bien y del mal (Madrid: Alianza Editorial, 2009), p. 51.

\*\* ECO, El nombre de la rosa (Buenos Aires: Debolsillo, 2005), p. 470.

<sup>23</sup> JANKÉLÉVITCH, La aventura, el aburrimiento y lo serio, 180.

<sup>24</sup> JANKÉLÉVITCH, La aventura, el aburrimiento y lo serio, 181.

Esta característica ha llevado a varios autores a identificar el placer de la risa con la superioridad que sentimos al reírnos de los demás. Aristóteles, por ejemplo, define a la comedia como “una imitación de los hombres peor de lo que son; peor, en efecto, no en cuanto a algunas y cada tipo de faltas, sino solo referente a una clase particular, lo ridículo, que es una especie de lo feo. Lo ridículo puede ser definido acaso como un error o deformidad que no produce dolor ni daño a otros”<sup>25</sup>. Thomas Hobbes, por su parte, sostiene que “la pasión por la risa no es más que una súbita gloria elevándose desde la repentina concepción de cierta eminencia en nosotros mismos, por comparación con la inferioridad de otros, o con la nuestra antiguamente, cuando llegan a recordarlas súbitamente, salvo que traigan consigo cualquier deshonor presente”<sup>26</sup>.

Encontramos una variación de esta idea en el pensamiento de Sigmund Freud, para quien el chiste es placentero porque permite una descarga de las pulsiones del inconsciente que proporciona una suerte de alivio psíquico. Estas pulsiones incluyen no solo al deseo sexual –de donde surgen los chistes obscenos–, sino también a nuestros instintos más hostiles. “Desde que debimos renunciar a expresar la hostilidad de hecho –estorbados en ello por el tercero desapasionado, cuyo interés reside en la conservación de la seguridad personal– hemos desarrollado, igual que en el caso de la agresión sexual, una nueva técnica de denostar, con la que intentamos granjearnos el favor de ese tercero contra nuestro enemigo. Nos procuramos a través de un rodeo el goce de vencerlo empujándolo, denigrándolo, despreciándolo, volviéndolo cómico; y el tercero, que no ha hecho ningún gasto, atestigua este goce mediante la risa”<sup>27</sup>.

Este carácter ofensivo de buena parte de las expresiones humorísticas llevó a Henri Bergson a sostener que la falta de empatía es uno de los requisitos básicos de la risa, sin el cual todo el efecto cómico quedaría frustrado. “No hay mayor enemigo de la risa que la emoción –nos dice el filósofo francés–. No quiero decir que no

<sup>25</sup> ARISTÓTELES, *Poética* (Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericanos, 1990), 1449a.

<sup>26</sup> HOBBS, T. *Leviathan*, Part I, ch.6, en: Morreall, J, *The Philosophy of Laughter and Humor* (New York: State University Press, 1987), p. 19.

<sup>27</sup> FREUD, S, *El chiste y su relación con lo inconsciente*, en *Obras Completas*, Vol. VIII (Buenos Aires: Amorrutu editores, 1989), p. 97.

podamos reírnos de una persona que, por ejemplo, nos inspire piedad y hasta afecto; pero en este caso será preciso que por unos instantes olvidemos ese afecto y acallemos esa piedad. En una sociedad de inteligencias puras quizás no se llorase, pero probablemente se reiría, al paso que entre almas siempre sensibles, concertadas al unísono, en la que todo acontecimiento produjese una resonancia sentimental, no se conocería ni se comprendería la risa<sup>28</sup>.

Sin embargo, Bergson se equivoca cuando imagina que en una sociedad sin emociones reinaría la risa. Aunque es cierto que la compasión echa a perder el humor, la verdad es que los chistes racistas, misóginos u homofóbicos funcionan, precisamente, porque el auditorio está consciente de su crueldad, como bien lo intuía Hobbes. El humor ofensivo es chistoso porque –y no a pesar de que– es capaz de producir dolor. Como dice el fenomenólogo Max Scheler, “al cruel le es dado, en una función de sentir lo mismo que el otro, el dolor o el pesar que causa. Experimenta justamente la alegría de atormentar y del tormento de su víctima. Sintiendo, en el acto de sentir lo mismo que otro, crecer el dolor o el pesar de la víctima, aumenta su placer originario y el goce del dolor ajeno. La crueldad no consiste, pues, en absoluto, y como pudiera pensarse, en que el cruel sea meramente carente de sentimientos para el dolor ajeno<sup>29</sup>”.

Ahora bien, a veces el humor es ofensivo porque dice la verdad. Y la verdad ofende. El humorista es aquel que dice lo que todos tienen en la punta de la lengua, develando y denunciando aquello que debía ser dicho. Toda la histeria provocada por Yerko Puchento cada vez que se enfrenta a los animadores del programa en una seguidilla de frases como “¿lo digo o no lo digo?”, “¡no, no lo diga!”, “¡lo dije y qué!”, opera sobre esta premisa.

También podemos ofrecer ejemplos más elevados. Cuando, en 1729, Jonathan Swift publicó su ensayo satírico “Una modesta proposición” –en el que plantea que, para resolver el problema del hambre entre los campesinos irlandeses, había que vender sus hijos a los terratenientes para que estos se los comieran– ciertamente ofendió la moral y la sensibilidad de sus contemporáneos, mientras les asestaba unas cuantas verdades. O pensemos en la hilarante novela de Mijaíl

<sup>28</sup> BERGSON, H, *La risa: ensayo sobre la significación de lo cómico* (Buenos Aires: Losada, 1943), p. 13.

<sup>29</sup> SCHELER, M, *Esencia y formas de la simpatía* (Buenos Aires: Losada, 2004), p. 29.

Bulgákov, *El Maestro y Margarita*, que narra la visita que hace Satanás al Moscú de entreguerras, provocando estragos en la sociedad soviética y develando su enorme distancia con el ideal marxista. La obra resultó tan ofensiva para el régimen, que solo pudo publicarse de manera póstuma y en una versión censurada.

Probablemente, Nietzsche fue quien mejor vio esta función subversiva del humor. También él resiente el humor ofensivo, particularmente cuando se utiliza como correctivo social para obtener la uniformidad de quienes no hacen o piensan según la norma. Zaratustra, su héroe, sufre la burla del pueblo, que se ríe de sus enseñanzas por considerarlas extravagantes. Es el tipo de humor que confirma las creencias y los valores adquiridos. Dice de la suegra lo que el auditorio ya piensa de la suegra. Envía un meme al derechista riéndose del izquierdista y al izquierdista riéndose del derechista. Provoca una risa hostil y pesada que oculta la verdad y refuerza los prejuicios, así como la conformidad con el pensamiento del grupo.

Pero, a esta forma de reír, Nietzsche opone la risa de quien es capaz de observar la realidad en toda su dureza y celebrarla, incluso si nos ofende en lo más íntimo. El humor se convierte en un medio de reconciliación con la finitud de la existencia y de liberación del pensamiento de la masa. Los verdaderos humoristas –como Swift y Bulgákov– cuestionan todos los valores y todas las creencias, incluso las propias, y dan una especie de salto en el aire. Para ello, en el lenguaje alegórico de su obra, Zaratustra pone sobre su cabeza *una corona de risas*, es decir, aprende a reírse de sí mismo: “Zaratustra el que dice verdad, Zaratustra el que ríe de verdad, no un impaciente, no un incondicional, sí uno que ama los saltos y las piruetas: ¡yo mismo me he puesto esta corona sobre mi cabeza!”<sup>30</sup>.

Vemos cómo la ambigüedad del humor se extiende también a su carácter ofensivo. La burla, cuya función natural es denigrar al otro, puede utilizarse para denunciar falsedades, cuestionar dogmas o derribar ídolos de barro. Y si tenemos un poco de sentido del humor, recibiremos las burlas como lo que muchas veces son: una ayuda para dejar el orgullo y ver las cosas de otro modo.

<sup>30</sup> NIETZSCHE, F, Así hablaba Zaratustra, (Madrid: Edaf, 2002), p. 38.

### **3.3. El humor, la libertad de expresión y la primera reflexión del ministro Muñoz**

¿Cómo acomodar el humor ofensivo al alero de la libertad de expresión? Cualquiera sea la explicación preferida sobre su naturaleza, lo cierto es que la propensión de cierto tipo de humor a las ofensas vuelve difícil el consenso. En este sentido, las reflexiones del ministro Sergio Muñoz resultan sumamente interesantes, porque abundan en este problema más que el cuerpo de la sentencia. Sin embargo, en la prevención del ministro encontramos dos líneas argumentales que se confunden y que resultan inconsistentes entre sí. Por una parte, el ministro Muñoz opera desde premisas deontológicas analizando las expresiones en sí mismas y su adecuación a determinados principios. Si seguimos esta línea, el carácter serio u humorístico de una expresión ofensiva debería ser sumamente relevante, pues permite evaluar la adecuación de su intención a los fines del derecho.

Empero, por otra parte, se descubre en la prevención un razonamiento de tipo utilitarista, que evalúa la adecuación moral de las expresiones analizadas según sus consecuencias. Siguiendo esta forma de argumentar, los efectos de sancionar al canal resultan más gravosos que los de permitir las expresiones en discusión, siendo relativamente irrelevante la naturaleza de estas últimas, salvo casos muy precisos.

Antes de entrar en su primera línea de argumentación, es importante observar que la disyuntiva entre deontología y utilitarismo corresponde más al legislador que al juez. No nos encontramos, como podría pensarse, frente a dos maneras de ejercer el oficio del juez, una apegada a reglas versus otra que está apegada a principios, sino derechamente a un juez que razona como un legislador. En este sentido, como se verá más adelante, la manera en que la ministra Sandoval aborda el problema parece mucho más adecuada a lo que se espera de un razonamiento judicial.

Comencemos con las premisas enunciadas por el ministro Muñoz. Luego de exponer someramente el derecho a la libertad de expresión, la inexistencia de censura previa y el sistema de responsabilidad que rige en el derecho chileno, la prevención cita una sentencia del Tribunal Constitucional Español, que abunda sobre el tratamiento de las expresiones ofensivas: “la emisión de apelativos

formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o formación de opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la dignidad de la persona”<sup>31</sup>.

Al respecto –prosigue la cita del ministro Muñoz– Humberto Nogueira Alcalá comenta que los “insultos emitidos fuera del discurso y desconectados con el objeto de opinión se encuentran fuera de la protección de la libertad de opinión”<sup>32</sup>. En consecuencia, el ministro sostiene que estas expresiones “no se encuentran protegidas por la garantía fundamental de la libertad de opinión”<sup>33</sup>.

Llevando esto al ámbito humorístico, el ministro señala que “una expresión lingüística puede ser inadecuada, innecesaria y vulgar, que por lo mismo pretende obtener una reacción liviana, fácil, superficial e irracional del auditorio, que es precisamente uno de los objetivos de la entretención humorística en los medios de comunicación social, la cual aisladamente considerada puede estimarse abusiva e ilegítima”<sup>34</sup>. En otras palabras, la prevención reconoce que las expresiones humorísticas podrían, al menos en principio, no encontrar amparo bajo la libertad de expresión.

Hasta aquí desarrolla el ministro Muñoz este argumento y luego adopta un camino utilitarista. Es un giro curioso. En efecto, la idea de que la justificación última de los derechos individuales –tales como la libertad de expresión– reside en la dignidad humana, no conversa bien con las limitaciones posteriores establecidas por razones utilitarias. Como señala Dworkin, “los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, un fin colectivo no es una justificación suficiente para denegar lo que desean hacer o tener, en cuanto individuos, o no es una justificación suficiente para imponer sobre ellos una pérdida o una injuria”<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Citado en SCS 9152-2019.

<sup>32</sup> NOGUEIRA, Humberto, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales* (Santiago: Editorial Librotecnia), p. 584, citado en SCS 9152-2019.

<sup>33</sup> SCS 9152-2019.

<sup>34</sup> SCS 9152-2019

<sup>35</sup> DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously* (Massachusetts: Harvard University Press, 1977), p. xi.

El giro del ministro Muñoz parece conseguir su propósito porque no impone una restricción, sino que una extensión del derecho de libre expresión autorizando, por consideraciones instrumentales, a formular expresiones que de otro modo podrían considerarse abusivas o ilegítimas. Sin embargo, esta salida es problemática, porque originalmente se había dicho que el límite establecido para la libertad de expresión eran precisamente aquellas expresiones consideradas atentatorias de la dignidad humana. Cualquiera sea el criterio para determinar este límite y comoquiera que llamemos al derecho a no sufrir tal atentado a la dignidad, lo cierto es que no se puede invocar ninguna razón de utilidad para vulnerarlos.

En otras palabras, el cuchillo de la dignidad humana corta hacia ambos lados. La pregunta, por lo tanto, es dónde habría que hacer dicho corte, es decir, cuándo hacer responsable a quienes emiten expresiones humorísticas ofensivas. La respuesta, adelante desde ya, dependerá de cuán seriamente se perciba la ofensa que contiene el chiste.

El humor, hemos dicho, depende esencialmente de una estructura de significación ambigua. En parte se dice una cosa, en parte se dice otra que la contradice. Tratándose del humor ofensivo, parte de su goce proviene de la descarga del impulso denigratorio, pero también cumple una función crítica y liberadora. Como señala Hietalahti, a propósito de la polémica por las caricaturas danesas de Mahoma, “la libertad de expresión entendida como una libertad social parece demandar que seamos sensibles a otros y al contexto cultural y social en el que ejercemos nuestra libertad. Hay una tensión, sin embargo, entre esta idea y la aseveración común de que el humor requiere doblar y romper lo que se percibe como normal. Como ha sido enfatizado por comediantes y académicos, el desafío de los límites culturales y morales es una parte esencial del humor (...). Nuestra pregunta es, por tanto, cómo hacer encajar la naturaleza desafiante de las normas del humor y una libertad social más humanista que requiere de razonabilidad y sensibilidad”<sup>36</sup>.

Rápidamente, vemos cómo hemos llegado a una aporía. A menos que se pretenda prohibir el humor –o permitir el humor blanco

<sup>36</sup> HIETALAHTI *et al.*, *Insults, humour and freedom of speech* (Paris: French Cultural Studies, 2016), p. 251.

solamente—, se hace necesario conceder que la premisa de que no existe el derecho a insultar debe ser relativizada. Un compromiso serio con el humor implica, necesariamente, la tolerancia hacia las ofensas, si acaso no su valoración. Ello, por cuanto que toda *negrura* en el humor ya sea que se manifieste como una sátira grotesca o una sutil ironía, puede ser potencialmente ofensiva. A la inversa, un compromiso irrestricto con la indemnidad de la honra y del sentimiento de dignidad de las personas vuelve “ilegítima y abusiva”, al decir del ministro Muñoz, todas las expresiones ofensivas, por mucho que se las diga en tono humorístico.

Así también, de nada sirve recurrir a la intencionalidad del humorista, afirmando que su objetivo es hacer reír y no ofender, pues hemos visto que el humor ofensivo hace reír porque ofende, no a pesar de ello. Hietalahti propone otra versión de esta idea al sugerir que, “quizás se podría dibujar una línea entre los insultos que simplemente buscan herir a otra persona, y el humor socialmente crítico que puede ser desafiante o revelador, y que puede iniciar discusiones en vez de suprimirlas”<sup>37</sup>. Esta distinción recuerda a la formulada por Nietzsche entre la risa de la masa y la risa de Zaratustra. Pero Nietzsche era mejor psicólogo que abogado. Su objetivo era describir una posición existencial subjetiva, no un criterio de justicia. La regla de permitir únicamente el humor que abre discusiones, además de ser imposible de operacionalizar, equivaldría a instrumentalizar el humor a los fines de la seriedad —sean estos psicológicos, sociológicos, políticos o filosóficos— desnaturalizándolo.

Como fuere, en la búsqueda de un balance, el impulso protector, ordenador y armonizador del derecho tendrá que ceder espacio a cierta cuota de daño, conflicto y caos, al menos bajo la forma alegre del humor<sup>38</sup>. Pero, si todavía queremos reivindicar la idea de que la libertad de expresión no cubre los insultos —a fin de cuentas, de la inexistencia del imperativo “no insultarás”, no se sigue la existencia de un “derecho a insultar” absoluto— entonces se hace necesario llegar a una solución que acomode una cuota de caos, pero no el

<sup>37</sup> HIETALHTI *et al.*, *Insults, humour and freedom of speech*, p. 251.

<sup>38</sup> Si creemos, como Freud, que el humor cumple la función de descargar las pulsiones lascivas y hostiles del inconsciente de manera sublimada, entonces un *super-yo jurídico* excesivamente represivo puede conducir a una sociedad culturalmente osificada, que no tramita sus conflictos y frustraciones.

caos absoluto<sup>39</sup>. En efecto, no todos los insultos pueden recibir la protección del derecho, dada la centralidad que tiene la dignidad humana en nuestro orden constitucional. Algunas ofensas son de una entidad demasiado considerable como para que puedan quedar amparadas bajo la libertad de expresión, y eso incluye también a las expresiones humorísticas. Volvemos al mismo viejo problema: ¿dónde marcar la línea?

Siguiendo esta línea de razonamiento, al juzgador no le quedaría más remedio que evaluar prudencialmente cuán seriamente debe valorarse las expresiones sometidas a su arbitrio. En otras palabras, quedamos entregados al sentido del humor de los jueces, con lo cual quiero decir algo distinto de si encuentran chistosa la expresión que están analizando. Bien puede suceder –y probablemente el caso en análisis cae bajo esta hipótesis– que los ministros no le encuentren ni la más mínima gracia a un chiste, pero que, no obstante, perciban que se trata de un chiste y lo valoren como tal. En este sentido, el sentido del humor de los jueces equivale a su disponibilidad para ver el chiste como un chiste, es decir, a no tomarse *denotativamente* la ofensa que contiene.

Esto puede parecer una perogrullada, pero fue, en definitiva, lo que determinó que el voto de mayoría resolviera como lo hizo. Toda la retórica de la sentencia sobre “el análisis de la expresión artística, en este caso de orden humorística, de la evolución del pensamiento social”<sup>40</sup>; sobre la necesidad de “establecer si aquello que ha sido manifestado tiene realmente el carácter antijurídico que se le atribuye”<sup>41</sup>; o sobre la crítica a la sentencia recurrida “pues se orientó a ponderar si la expresión de que se ha venido tratando podría exteriorizarse al amparo de la libertad de expresión y en desmedro de otros derechos en aparente conflicto, sin explicarse de modo suficiente cómo es que la misma expresión resultaba

<sup>39</sup> Quizás se trata de un círculo imposible de cuadrar, especialmente si buscamos algo así como la solución correcta, al estilo del juez Hércules de Dworkin. Una alternativa es encontrar un equilibrio reflexivo como el que describe Rawls, yendo y viniendo entre los distintos principios e intereses implicados en el problema, hasta encontrar una solución que acomode todos los puntos de vista. Pero tal equilibrio no solo conlleva renunciar a una mirada maximalista de los intereses implicados, sino que supone (volver a) reconocer que se ha abandonado completamente la mirada del juez y que nos hemos adentrado en un razonamiento de tipo legislativo.

<sup>40</sup> SCS 9152-2019.

<sup>41</sup> SCS 9152-2019.

ofensiva”<sup>42</sup>; no es más que un rodeo de los ministros para decir que los dichos no les parecen tan graves porque, al fin y al cabo, se trata de un chiste. A la inversa, la disidencia del ministro Aránguiz puede ser fácilmente leída como una crítica al voto de mayoría por no tomarse lo suficientemente *en serio* la protección del dogma de la Inmaculada Concepción.

### **3.4. El humor, la libertad de expresión y la segunda reflexión del ministro Muñoz**

Ahora bien, la argumentación del ministro Sergio Muñoz siguió un derrotero muy diferente del recién anotado. En efecto, luego de establecer que no existe el derecho a insultar y de reconocer que una expresión ofensiva puede resultar ilegítima individualmente considerada, el ministro parece echar pie atrás a sus palabras. Anuncia que el problema debe abordarse “desde una perspectiva más amplia”<sup>43</sup> y comienza a elaborar una línea argumental utilitarista, que evalúa la corrección de una decisión judicial según sus consecuencias.

De este modo, aunque sean reprochables, el ministro sostiene que las expresiones ofensivas tienen una relación “instrumental” con “la libre circulación de ideas”<sup>44</sup>. Por lo tanto, concluye que “es indispensable considerar los efectos generales que produciría la decisión que conlleva la responsabilidad, la cual puede hacer variar la línea editorial del medio de comunicación en que fue emitida y con ello, indirectamente, se pueden generar incentivos para establecer afectaciones a la libertad de opinión en el futuro, para no verse enfrentados a tal responsabilidad, todo lo cual se constituye en un efecto no deseado por el ordenamiento jurídico constitucional y legal”<sup>45</sup>. Más adelante, insiste en esta idea al señalar que “no es posible dejar de considerar los efectos que originarán las sanciones, teniendo en cuenta la entidad y contexto de las expresiones emitidas”<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> SCS 9152-2019.

<sup>43</sup> SCS 9152-2019.

<sup>44</sup> SCS 9152-2019.

<sup>45</sup> SCS 9152-2019.

<sup>46</sup> SCS 9152-2019.

Esta manera de argumentar es legítima –aunque, insistimos, más propia del legislador que del juez–, pero es inconsistente con las premisas, así también si consideramos el problema desde el otro extremo. En efecto, para un utilitarista, el criterio definitivo para evaluar la bondad o maldad de un acto no es ni su intención ni su adecuación a principios morales abstractos, sino las consecuencias que dichos actos producen. En el razonamiento del ministro Sergio Muñoz, si lo relevante es no interferir con la libre circulación de ideas, entonces resulta ocioso determinar la legitimidad de las expresiones ofensivas individualmente consideradas.

Como fuere, esta segunda forma de razonar coincide con lo sostenido por John Stuart Mill, uno de los principales exponentes del utilitarismo y autor del ensayo “Sobre la libertad”, probablemente, el texto más relevante en la configuración histórica de la libertad de expresión. Siguiendo los principios utilitarios de Jeremy Bentham, Mill sostiene que cualesquiera sean los males que provoca la libertad, no pueden ser peores que aquellos que produce la coerción. Por lo tanto, las restricciones a la libertad siempre deben ser excepcionales y estar muy bien justificadas. Ello, por cuanto que “el único propósito por el cual el poder puede ejercerse legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es para prevenir el daño a otros”<sup>47</sup>. A esta última noción, los utilitaristas la denominan el “principio del daño”.

¿Cómo aplicar el principio del daño a las opiniones? Mill pensaba que no hay un criterio cierto ni universal para determinar si una opinión es útil o perniciosa. El Estado que asume el poder de decidir entre ambas ejerce una autoridad despótica. “Si toda la humanidad menos uno fuera de una sola opinión, y una sola persona fuera de la opinión contraria, la humanidad no estaría más justificada en silenciar a esa persona de lo que esa persona, si tuviera el poder, lo estaría de silenciar a la humanidad”<sup>48</sup>. En consecuencia, las opiniones falsas deben ser toleradas, pues la verdad solo puede surgir de un proceso de confrontación. “Incluso si no se permitiera cuestio-

<sup>47</sup> MILL, J. S., *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government* (London: J. M. Dent, 1948) p. 73.

<sup>48</sup> MILL, J. S., *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government*, p. 79.

nar a la filosofía Newtoniana, la humanidad no podría sentirse tan completamente segura de su verdad como lo está hoy”<sup>49</sup>.

Con todo, el principio del daño establece una importante excepción a la libertad de expresión. “Nadie pretende que las acciones sean tan libres como las opiniones. Al contrario, incluso las opiniones pierden su inmunidad cuando las circunstancias en las que se expresan son tales que constituyen una instigación cierta para cometer un acto dañino”<sup>50</sup>. El ejemplo de Mill es el de un orador que instiga a una muchedumbre a robar la casa de un vendedor de maíz, lo que acaba ocurriendo. En cambio, es legítimo opinar en la prensa que los vendedores de maíz matan de hambre a los pobres (esta conexión directa con el daño es un criterio interesante para tener en vista más adelante, cuando analicemos la libertad religiosa).

¿Qué decir, pues, del daño a otros que provoca el humor ofensivo? En su defensa de la libertad de expresión, “Mill estaba interesado ante todo en la diseminación de las opiniones religiosas, morales y políticas. No se refirió a los problemas de la libre expresión que están de moda hoy en día, como la difamación, las habladurías (ya fueran frívolas o no tan frívolas), o la divulgación de información sensible para la seguridad”<sup>51</sup>. Como es de esperarse, tampoco se refirió al humor ofensivo. Sin embargo, la aplicación de su pensamiento al humor parece bastante sencilla.

Es claro que, bajo el paraguas conceptual del liberalismo utilitarista de Mill, el humor ofensivo debe ser tolerado. Por una parte, hemos visto su capacidad para cuestionar prejuicios y dogmas –aunque, también, para reafirmarlos–, una cualidad muy valiosa para la “libre circulación de ideas”, en los términos del ministro Muñoz. Pero, por otra parte, su naturaleza ambigua hace que sea particularmente difícil establecer una relación de causalidad directa con actos dañinos. El humorista siempre puede excusarse de las consecuencias de sus dichos alegando haber hablado en broma y no en serio. Con todo, tales actos no son imposibles de concebir. Por ejemplo, muchas veces el *bullying* o acoso escolar se sirve del humor para aislar y torturar a sus víctimas provocando daños psicológicos severos.

<sup>49</sup> MILL, J. S., *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government*, p. 83..

<sup>50</sup> MILL, J. S., *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government*, p. 114.

<sup>51</sup> COHEN-ALMAHOR, R., *J. S. Mill's Boundaries of Freedom of Expression: A Critique* (Cambridge: Cambridge University Press), p. 7.

En este punto el principio del daño justifica plenamente la restricción de las expresiones humorísticas, autorizando a los sistemas disciplinarios escolares –que nos preparan para la convivencia al amparo del derecho en la vida adulta– a sancionar tales conductas.

Más interesante, por supuesto, es el caso del *hatespeech* o discursos de incitación al odio, que se justifican bajo este mismo criterio propuesto por Mill. Varios instrumentos internacionales lo proscriben. En Chile, se encuentra tipificado en el artículo 31 de la Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, que sanciona a quien “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”. Por supuesto, es perfectamente concebible la utilización del humor como un discurso de odio, pero para que se configure es importante que se verifique esta intencionalidad de promover el odio o la hostilidad, dirigida contra determinadas personas o colectividades y no, simplemente, una voluntad genérica de ofender. De lo contrario, nos encontraríamos ante un sofocamiento total del humor ofensivo que, aunque incómodo, es una de las manifestaciones más interesantes de la libertad de expresión.

#### 4. LIBERTAD RELIGIOSA, BLASFEMIAS Y SENTIDO DEL HUMOR

##### 4.1. La libertad religiosa y la prohibición de blasfemar

Mientras que la sentencia dedica un espacio importante a la reflexión sobre los límites de la libertad de expresión y su relación con las expresiones humorísticas, poco y nada se dice sobre la libertad religiosa, fuera de algunos comentarios al pasar sobre el respeto a la diversidad religiosa o la protección de lo sagrado. La omisión es lamentable, pues un abordaje más cabal del tema habría servido para aclarar algunos malentendidos que suelen repetirse en este tipo de discusiones. En particular, como veremos, la sentencia pierde la oportunidad de formular una importante distinción entre la protección de la libertad religiosa y la prohibición de blasfemar.

Esta última, aunque nunca se la asuma en estos términos, suele derivarse, de la libertad religiosa y, otras veces, de la protección del pluralismo. Pero tal deducción es problemática. En este sentido,

en ausencia de una norma que expresamente prohíba la blasfemia, debe entenderse que estas se encuentran permitidas en nuestro derecho todo cuanto se extienda la libertad de expresión, encontrando como único límite la incitación al odio.

Partamos con la libertad religiosa o de conciencia. La constitución chilena en su artículo 19 N° 6, asegura a las personas: “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”.

Como señala Humberto Noguera Alcalá, “la libertad de conciencia protege el fuero interno de la persona humana, la integridad de su conciencia, como un derecho de defensa frente a las intromisiones de cualquier tipo que pretendan violentarla”<sup>52</sup>. Ello puede verse desde un punto subjetivo y uno objetivo. “La libertad religiosa en su dimensión subjetiva implica la facultad de desarrollar o no una fe en un ser superior, asumiéndola individual y colectivamente, practicándola en público o en privado, mediante el culto, las prácticas, las enseñanzas, el cumplimiento de los ritos y ordenando su vida según sus exigencias, como asimismo el Derecho a no declarar la religión que se profesa, evitando así ser objeto de discriminación o perjuicios por asumir y ejercer un determinado credo o realizar actos religiosos”<sup>53</sup>. Por su parte, “la libertad religiosa en su dimensión objetiva implica la pertenencia o no a una comunidad de creyentes”<sup>54</sup>.

Las ofensas contra la fe, por otra parte, se denominan blasfemias. Diferentes religiones a lo largo de diferentes períodos de tiempo catalogarán una opinión de blasfema conforme a criterios diferentes. En un extremo se encuentran quienes estiman que toda afirmación que se desvíe de la verdad religiosa oficial es una ofensa contra dicha verdad y, por lo tanto, una blasfemia. De este modo, pueden considerarse blasfemas no solo los insultos, sino también la diferencia respecto de algún punto de fe importante (herejía), el

<sup>52</sup> NOGUEIRA, H, La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno (Ius et praxis, Nr. 12-2, Junio 2006), p. 4.

<sup>53</sup> NOGUEIRA, H, La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno, p. 7.

<sup>54</sup> NOGUEIRA, H, La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno, p. 8.

abandono de la fe (apostasía) o la pertenencia a otro credo religioso (infidelidad). Por ejemplo, la afirmación de Cristo de ser el Mesías fue considerada blasfemia por los miembros del Sanedrín. Como señala Jeroen Temperman, hoy en día, en muchos países del mundo islámico “abandonar el islam como tal es considerado un acto de blasfemia, puesto que, a fin de cuentas, tal acto de incredulidad equivale a insultar a la comunidad musulmana como un todo y, peor aún, a Dios”<sup>55</sup>.

En los países mayoritariamente cristianos, en cambio, el avènement de la ilustración y la propia evolución histórica del cristianismo fue transformando el concepto de blasfemia, distinguiéndola de la herejía. De este modo, hoy el término se usa para denominar al lenguaje intencionalmente ofensivo contra Dios o contra figuras clave para una determinada fe –y no solo del cristianismo– como Jesucristo, la Virgen María, o Mahoma. “En otras palabras, meras diferencias acerca de ciertos aspectos doctrinales de una religión o la mera negación de la existencia de Dios –como regla– no califica como blasfemia o como una difamación blasfema en dichas jurisdicciones”<sup>56</sup>.

La pregunta que aquí nos interesa responder es si puede entenderse que las ofensas contra la religión constituyen una vulneración de la libertad religiosa. Ya desde un punto de vista estrictamente lógico la respuesta es que no. La libertad religiosa protege contra la intromisión del Estado o de terceros en el fuero interno de las personas o en la manifestación de sus creencias, no contra la crítica o la ofensa al sentimiento religioso. A nadie se le priva de su derecho a creer y manifestar lo que quiera porque otra persona sostenga o manifieste una crítica contra dichas creencias. Más aún, la libertad de creencias protege a agnósticos, ateos, críticos y cismáticos tanto como a los adherentes al credo mayoritario. En este sentido, también reírse de una religión debe entenderse como una actividad protegida por la propia libertad religiosa.

A nivel de derecho internacional, también resulta altamente cuestionable que la libertad religiosa blinde a los distintos credos contra

<sup>55</sup> TEMPERMAN, J., *Blasphemy, Defamation of Religions and Human Rights Law* (Holanda: Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 26/4, 517-545, 2008), p. 518.

<sup>56</sup> TEMPERMAN, J., *Blasphemy, Defamation of Religions and Human Rights Law*, p. 518.

la blasfemia. Como señala Temperman, “las religiones simplemente no están protegidas por el derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos protege a las personas: cada persona tiene el derecho a la libertad de religión o creencias, un derecho que incluye la libertad de tener o adoptar una religión o creencia (el llamado *fórum internum*) y la libertad de manifestar, ya sea de manera individual o en comunidad con otros, esa religión o creencia (el *fórum externum*). El derecho internacional de los derechos humanos no reconoce el derecho a que la religión o creencia propia quede en todo momento exenta de crítica, ridículo o insulto, o el derecho, en otras palabras, al respeto por las propias creencias religiosas. Dicho de otro modo, el derecho a la libertad de religión o creencias no conlleva a un deber de todas las personas a respetar en todo momento la religión o creencias propias”<sup>57</sup>.

En efecto, en 2011, el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos publicó su comentario general N° 34 respecto de la libertad de expresión y opinión. En el párrafo 48, concluye que “las prohibiciones de demostrar faltas de respeto por una religión u otro sistema de creencias, incluyendo las leyes contra la blasfemia, son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”<sup>58</sup>, a menos que constituyan una incitación al odio. Ello se encuentra en sintonía con el artículo 20 de este último cuerpo normativo, en cuanto establece que “cualquier promoción del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación o la violencia debe estar prohibida por ley”.

De aquí se sigue que el derecho a la libertad de expresión debe cubrir las ofensas y las burlas hacia la religión y las creencias, sin que pueda oponerse la libertad religiosa como argumento en contra, pues la propia libertad religiosa incluye, también, el derecho a criticar y manifestar la crítica hacia las creencias de otro. Pero, como dice Temperman, “hay una diferencia fundamental, sin embargo, entre el acto ilegítimo de promover el odio religioso que constituye una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, y la simple ofensa, ya sea en forma de crítica, ridículo o insulto a la religión, negando un punto de vista doctrinal religioso

<sup>57</sup> TEMPERMAN, J., *Blasphemy, Defamation of Religions and Human Rights Law*, p. 526.

<sup>58</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Comentario General N° 34, Libertad de opinión y expresión, CCPR C/GC/34, 48, septiembre de 2011.

o, de hecho, blasfemando”<sup>59</sup>. La principal diferencia, me parece, es que la incitación al odio constituye un ataque a las personas y no simplemente a sus creencias y que el ataque es de tal entidad que provoca o puede provocar un detrimento efectivo a dichas personas y no una mera ofensa. Obviamente, la libertad religiosa no puede amparar este tipo de conductas.

Con todo, es importante hacer presente que, aunque ni el derecho de los derechos humanos americano ni el europeo contienen normas que prohíban la blasfemia, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha avalado las leyes contra la blasfemia dentro del margen de apreciación de los estados. Por ejemplo, en el asunto *Windgrove* contra Reino Unido la sentencia del tribunal europeo estableció un “derecho de los ciudadanos a no ser insultados en sus sentimientos religiosos”<sup>60</sup>. No obstante, el tribunal operó sobre la premisa que tal prohibición requiere una ley formulada con suficiente precisión para que los interesados puedan prever las consecuencias de sus actos y que el insulto sea grave. En el sistema americano, en cambio, la discusión parece haberse centrado más bien en la prohibición de la censura, quizás por la ausencia de leyes que prohíben la blasfemia en el continente<sup>61</sup>.

En efecto, muchos países occidentales –además de los islámicos– cuentan con leyes que castigan la blasfemia. Así, la sección 10 del capítulo 17 del código penal de Finlandia sanciona a quien “públicamente blasfeme contra Dios o, con el propósito de ofender, públicamente difame o profane lo que es considerado como sagrado por una iglesia o una comunidad religiosa”. El artículo 142 del código penal de Noruega, por su parte, penaliza “el desprecio por cualquier credo religioso”. En el ámbito anglosajón, Canadá sanciona la blasfemia en el artículo 296 de su código criminal, Nueva Zelanda en el artículo 123 de la *New Zealand Crimes Act* de 1961 y varios estados australianos establecen sanciones similares en sus respectivos códigos penales. El Reino Unido, en cambio,

<sup>59</sup> TEMPERMAN, J., *Blasphemy, Defamation of Religions and Human Rights Law*, p. 531.

<sup>60</sup> *Windgrove vs. Reino Unido*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 25 de noviembre de 1995.

<sup>61</sup> Para una visión más completa sobre el asunto, consultar Ekdahl Escobar, MF, *Libertad de expresión, libertad religiosa y censura cinematográfica. ¿Protección o afectación de garantías fundamentales? Una mirada desde los sistemas interamericano y europeo* (Revista de Derecho Público, N° 86, p. 1-19, 2017).

eliminó la prohibición de blasfemar, aunque solo en 2008. Grecia, por su parte, no solo cuenta con una prohibición de blasfemar en los artículos 198 y 199 de su código penal, sino que, en la configuración constitucional de la libertad de expresión, establece la censura excepcional *a posteriori* de “ofensas contra el cristianismo o cualquier otra religión conocida” (artículo 14, párrafo 3 de la constitución griega de 2003).

Es importante subrayar que en todos estos casos nos encontramos frente a normas de rango legal, de naturaleza penal y no de meros desarrollos jurisprudenciales. Nuestro país no cuenta con una norma similar y ni siquiera sanciona específicamente la profanación física de lugares santos. La referencia normativa que utilizan los juzgadores en la sentencia en análisis es el artículo 1 de la Ley 18.838, que ordena al CNTV a velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión definiendo luego qué se entiende por correcto funcionamiento, a saber, “el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico”.

La ley faculta al CNTV a sancionar las infracciones a esta norma, pero difícilmente puede decirse que de la sola lectura de esta quede claro qué conductas quedan prohibidas. Como señala Javier Gallego, “el principal problema a quien se enfrenta quien intenta una sistematización y crítica racional a la jurisprudencia de este órgano administrativo es la vaguedad de los conceptos o la indeterminación de los valores/derechos/bienes, sobre los que se sostiene la calificación de la licitud/ilicitud de la conducta y la eventual resolución de absolución o condena”<sup>62</sup>.

Es altamente dudoso que una mera mención al concepto de pluralismo y la diversidad religiosa baste para construir una prohibición de blasfemar. Pero incluso construyendo una interpretación jurisprudencial que incluya tal prohibición, es claro que esta no gozaría de la claridad ni la legitimidad democrática que provee la consa-

<sup>62</sup> GALLEGO, J., Comentario crítico sobre la “jurisdicción” del Consejo Nacional de Televisión: sus facultades sancionatorias frente a la libertad de expresión (Santiago: Libertades Públicas A.G) p. 15.

gración legislativa y que podemos observar en las prohibiciones de blasfemar de los países anteriormente citados.

Una última digresión: quizás la razón de todo el malentendido nace de una comprensión errónea del valor del pluralismo. Una sociedad pluralista no es un zoológico de posturas y creencias estancas, en donde la tarea del Estado consiste en evitar su contaminación mutua y asegurar su supervivencia a toda costa como si se tratara de especies biológicas en peligro de extinción. Por el contrario, en una sociedad pluralista, los distintos puntos de vista se encuentran en un permanente proceso de diálogo, crítica y confrontación, provocando el nacimiento, modificación y muerte de estas mismas creencias y doctrinas. Precisamente, el ensayo de Stuart Mill sobre la libertad busca posibilitar este proceso, entre otros propósitos.

Por supuesto, las religiones claman pureza y validez eterna, pero basta un examen histórico muy superficial para mostrar cuánto deben al proceso de confrontación recién anotado<sup>63</sup>. Un Estado laico tolerante se abstiene de intervenir en este proceso. Como señala Noguera Alcalá, este tipo de Estado “permanece al margen de todas las expresiones religiosas, sin perjuicio de respetar, asegurar y garantizar a los miembros de dicha sociedad la facultad de asumir o no creencias religiosas, sin ser discriminado o perseguido por ello”<sup>64</sup>. La protección del Estado se extiende a quienes abrigan y manifiestan dichas creencias, así como al acto mismo de manifestarlas, pero en ningún caso a las creencias consideradas en sí. Incluso un Estado que asegurara la supervivencia e indemnidad de todas

<sup>63</sup> El cristianismo nace de un proceso de continuidad y quiebre con el judaísmo, así como el budismo nace de un proceso análogo respecto del hinduismo. Las distintas iglesias protestantes nacen de una confrontación histórica con la Iglesia Católica. Asimismo, muchas de las congregaciones de esta última, como la Compañía de Jesús, fueron creadas con el propósito de expreso de hacer frente a las doctrinas de Calvino y de Lutero. Así como en el islam encontramos fuertes disputas entre sunitas y chiitas, en el budismo se producen resquemores entre los adherentes al zen, el budismo theravada o el budismo tibetano. Y hoy en occidente presenciamos el nacimiento de cultos y religiones *New Age*, que adoptan elementos de las religiones orientales, de cultos paganos precristianos, del tarot o de la astrología. En todos los casos encontramos agrias disputas doctrinales, textos apologéticos, condenas y préstamos religiosos –dejando a un lado las guerras de religión y las conversiones forzadas–, en una dialéctica que va configurando los credos tanto como la fidelidad a sus tradiciones espirituales internas, y que ha dejado centenares de religiones muertas en el camino.

<sup>64</sup> NOGUEIRA, H., *La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno*, p. 8.

las creencias hoy existentes, aun consideradas en su pluralidad, estaría prefiriendo a las creencias de hoy por sobre las de mañana y violando, por lo tanto, la libertad de conciencia y la diversidad religiosa.

#### **4.2 Las blasfemias y el humor. La disidencia del ministro Carlos Aránguiz**

Atendido lo expuesto, debe quedar meridianamente claro que los dichos del personaje Yerko Puchento no pueden entenderse como atentatorios de la libertad religiosa, porque no impiden a nadie creer ni manifestar su creencia en el dogma de la Inmaculada Concepción de María. Sin duda, constituyen una ofensa contra las creencias de los católicos, es decir, una blasfemia, pero hemos visto que el derecho a la libertad religiosa no blindará a las creencias religiosas contra las ofensas, siempre que ello no constituya una incitación al odio. Los dichos de Yerko Puchento podrán ser irrespetuosos, blasfemos y ofensivos, pero difícilmente puede sostenerse que contienen una incitación a discriminar o a ejercer violencia sobre los católicos.

Sin embargo, al analizar la disidencia del ministro Carlos Aránguiz encontramos un tipo de razonamiento exactamente opuesto, que estima que en el caso concreto se daría un conflicto entre la libertad de expresión y la protección debida al sentimiento religioso. “Ante la evidente colisión de derechos –se pregunta el ministro– ¿cuál debe preferirse? ¿el mayoritario? ¿El de mayor sustrato? ¿El de mayor proyección? ¿Y quién decidirá sobre ello, eludiendo el camino intratable de la censura previa?”<sup>65</sup>. En este análisis, el ministro pondrá de relieve el rol social del humor, pero acaba por darle mayor preponderancia a la protección de las creencias religiosas.

En efecto, de la sola lectura del voto del ministro Aránguiz se colige que opera sobre la premisa de que la libertad religiosa protege directamente contra las ofensas a las creencias de la fe católica. Así, sostiene que “resulta imposible soslayar la naturaleza deliberadamente ofensiva de las mismas [expresiones], puesto que la ‘Inmaculada Concepción de María’ representa no solo un dogma de la Iglesia

---

<sup>65</sup> SCS 9152-2019.

Católica, sino también un paraninfo en que su doctrina se ha asentado a partir de su proclamación”<sup>66</sup>. Luego, insiste en esta idea al señalar que “es necesario tener en cuenta que el dogma de la Inmaculada Concepción de María guarda relación con una disposición papal de 1854, que recoge el modo de sentir del pueblo cristiano por más de dos mil años. Entonces, no se trata simplemente del número de cristianos que actualmente puedan oír las expresiones reprochadas, sino de cuanto ofende a la fe católica, uno de los tres credos principales del mundo y el primero en Chile, desde luego”<sup>67</sup>.

Esta conexión entre las creencias y el sentimiento religioso es reiterada más adelante, donde leemos “que la doctrina está de acuerdo en que el ‘sentimiento religioso’ constituye una faceta de la dimensión humana que amerita protección en el ámbito jurídico y que si se la considera –como suele hacérselo– un derecho fundamental, dicha protección debe ser la mayor de las posibles, puesto que abarca un universo que trasciende a la esperanza terrena que cubren el resto de las garantías constitucionales”<sup>68</sup>.

El giro del ministro en este punto es interesante, pues extiende el “sentimiento religioso” incluso más allá de una discutible –aunque plausible– defensa de la indemnidad de los sentimientos de la persona ofendida y entra derechamente al contenido de la creencia de que se trata. No cabe duda de que la pregunta por la vida más allá de la muerte es una de las interrogantes más fundamentales que el hombre ha intentado responder durante milenios, llegando a diferentes respuestas. Sin embargo, para un Estado pluralista, si bien se reconoce que se trata de una de las dimensiones esenciales del ser humano y que las personas tienen la libertad para plantearla y responderla como mejor les parezca, la pregunta debe seguir siendo una pregunta.

Compárese lo anterior con la afirmación de que “así, si todos los jurisdicentes están de acuerdo en que el derecho a la vida es la garantía más importante de todas, puesto que de estas penden las demás, lo cierto es que la libertad religiosa va un tanto más allá: condiciona esa misma vida y la mayoría de las veces la proyecta en

<sup>66</sup> SCS 9152-2019.

<sup>67</sup> SCS 9152-2019.

<sup>68</sup> SCS 9152-2019.

una existencia sobrenatural”<sup>69</sup>. Siguiendo esta lógica, el fin de la libertad religiosa no sería abrir el abanico para las diversas maneras de plantear o, incluso, negar la dimensión religiosa del ser humano, sino que, más bien, para posibilitar la salvación de las almas. ¿Está implicando el ministro que, si un tercero ofende dicha creencia o cualquier otro dogma católico, se dificulta o imposibilita la vida más allá de la muerte? Si ese no es el caso (porque ni siquiera el magisterio de la Iglesia realiza tal inferencia) ¿a pretexto de qué se menciona, siquiera, la inmortalidad del alma?<sup>70</sup>

Más atingente, aunque todavía errada, es la cita del ministro al canonista Ricardo García, para quien el ordenamiento jurídico “reconoce el derecho de los individuos a manifestar públicamente su desacuerdo contra los grupos religiosos y sus creencias; pero también el derecho de esos mismos grupos religiosos a reivindicar sus creencias sobre la base de esos mismos derechos. Sin embargo, el límite es evidente: hay que dejar en claro que la libertad de expresión no es la libertad de ofender, sino la libertad de decir cosas que puedan ser ofensivas para otros o ser entendidas como ofensivas. No da derecho al insulto gratuito”<sup>71</sup>.

Así las cosas, ya en este punto debiera quedar claro que ni la libertad religiosa protege contra las ofensas, ni es cierto que la libertad de expresión excluye, sin más, la posibilidad de ofender. Tampoco es útil, realmente, la distinción entre expresiones intencionalmente ofensivas de aquellas que lo son solo potencialmente pues, al menos cuando hablamos de humor, hemos visto que este depende del despliegue de significaciones e intenciones contradictorias y superpuestas, que resultan naturalmente propensas a la ofensa. Es precisamente esta característica inherente al humor la que permite que cumpla la importante función social de cuestionar y subvertir los

<sup>69</sup> SCS 9152-2019.

<sup>70</sup> Por supuesto, el cristiano debe abstenerse de insultar (Mateo 5, 20-26), pero de ahí no se sigue que recibir insultos a causa de su fe ponga en duda su ingreso al Reino de los Cielos. Al contrario, el evangelio va un paso más allá y hace de las ofensas recibidas mansamente una causa que opera en favor de la salvación de las almas: “Bienaventurados seréis cuando os insulten y persigan, y digan todo género de mal contra vosotros falsamente, por causa de mí” (Mateo, 5: 10).

<sup>71</sup> GARCÍA, R., La libertad de expresión en colisión con la libertad religiosa: propuestas de consenso (España: Anuario de Derecho Canónico, febrero, 2018).

valores sociales, incluyendo aquello que pertenece al ámbito de lo sagrado.

El propio ministro Aránguiz reconoce lo anterior, al momento de señalar que “el chiste o broma, como medio de manifestación artística, por su parte, tiene una preponderancia particular en el derecho a expresar una idea y también el derecho de su auditorio –en sentido general– a oírla y a compartirla. No se citará acá la importancia de la crítica humorística en situaciones o episodios históricos en que la libertad de expresión estuvo constreñida, donde el humor ha jugado un rol de suma importancia en la formación cultural y de opinión de determinadas comunidades”<sup>72</sup>.

Así, en definitiva, los presupuestos sobre los que opera no permiten darle un espacio al humor cuando este afecta las creencias de otro. Si asumimos que la libertad de expresión no autoriza a ofender y que la libertad religiosa blindada contra las ofensas de otros, el resultado lógico es una prohibición absoluta de bromear sobre la fe de terceros. Para vislumbrar un criterio que permita establecer excepciones habría que ofrecer terceras razones que las justifiquen, ninguna de las cuales son ofrecidas por el ministro. Tristemente, debemos concluir que toda sus palabras sobre la importancia del humor en la cultura son meramente retóricas, pues no se ofrece ningún criterio racional que permita darle una aplicación práctica.

#### **4.3 Las restricciones legales y la prevención de la ministra Sandoval**

Comparada con el texto de la sentencia, con la prevención del ministro Muñoz y con la disidencia del ministro Aránguiz, la disidencia de la ministra María Eugenia Sandoval destaca por su sobriedad y su adecuación a la tarea del juez. Sin embargo, su razonamiento llega a conclusiones que no se siguen de las premisas, aunque estas últimas son correctas. En lo medular, cita el numeral 2 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud del cual las responsabilidades posteriores por el abuso de libertad de expresión “deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o

---

<sup>72</sup> SCS 9152-2019.

la reputación de los demás o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o a la salud o la moral públicas”<sup>73</sup>. Luego cita la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establece dicha responsabilidad ulterior debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas.
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley.
- c) La legitimidad de los fines perseguidos para establecerlos, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines.

Al respecto, la ministra cita el artículo 1 de la ley 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión y que le ordena velar por el correcto funcionamiento de todos los servicios de televisión que operan en el país. “En su artículo 1 –sintetiza la ministra– define el correcto funcionamiento de estos servicios, entendiendo que este supone el permanente respeto a través de su programación, entre otros, del pluralismo, entendiendo por tal, el respeto, también entre otros, a la diversidad religiosa, siendo deber de los concesionarios y permisionarios, la observancia de estos principios”<sup>74</sup>.

En virtud de lo anterior, la ministra concluye que “la sanción establecida por el Consejo Nacional de Televisión no es una medida de control preventivo de la libertad de expresión y no constituye, por tanto, una medida de censura previa, sino que tiene por objeto hacen efectiva la responsabilidad del concesionario de televisión, Canal 13 SpA, por no haber respetado el pluralismo en lo concerniente a la libertad religiosa, cumpliéndose los cuatro requisitos a que se refiere la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todos ellos contenidos en la ley N° 18.838 transcrita sucintamente en lo relevante a esta conclusión”<sup>75</sup>.

Al respecto, pueden formularse dos objeciones. En primer lugar, aunque el razonamiento de la ministra es formalmente correcto, en

<sup>73</sup> SCS 9152-2019.

<sup>74</sup> SCS 9152-2019.

<sup>75</sup> SCS 9152-2019.

los hechos no se configura la causal invocada. La pregunta que ni la sentencia ni la prevención de la ministra acaban de responder es de qué manera los dichos del humorista Daniel Alcáino atentan contra la diversidad religiosa, que es la forma de pluralismo cautelada por la sanción impuesta por el CNTV. A riesgo de volvernos majaderos, debemos volver a preguntar: ¿pueden las burlas de una persona menoscabar la capacidad de otra de abrigar y manifestar una determinada creencia? ¿Significa el pluralismo religioso que las creencias de los demás son intocables y que no nos podemos reír de ellas? ¿En qué se diferenciaría ello de una prohibición de la blasfemia? ¿Es pluralista un Estado que prohíbe la blasfemia?

La segunda objeción es más importante. Según el estándar invocado por la ministra, se requiere de una definición expresa y taxativa de las causales de responsabilidad establecidas por ley. ¿Cumple con dicho estándar una mención genérica al respeto permanente al pluralismo? Compárese la norma del artículo 1 de la ley N° 18.838 chilena con todas las normas que sancionan específicamente la blasfemia en Finlandia, Noruega, Canadá, Nueva Zelanda o Grecia, anteriormente citadas. La conclusión inevitable es que la ley chilena no contempla una prohibición de la blasfemia y que, siguiendo los argumentos de la ministra Sandoval, solo podría restringirse la libertad de expresión si tuviéramos una causal que específicamente estableciera la responsabilidad ulterior por mal uso de la libertad de expresión por ofender las creencias religiosas de otra persona.

En este respecto, es notable que la sentencia de la Corte Suprema de 1999 confirmando la censura de la película *La última tentación de Cristo* no recurrió argumentalmente a la indemnidad de los sentimientos religiosos de los creyentes, sino que a la honra de la persona de Jesús. Como observa agudamente José Zalaquett Daher en su peritaje ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el mismo caso, “la Corte Suprema decidió reprimir por blasfemas, o al menos por heréticas, las expresiones utilizadas en la película, ya que en la opinión de dicha Corte eran chocantes. Sin embargo, no pudiendo reprimir dichas expresiones la Corte Suprema encontró una forma indirecta de hacerlo, la cual violenta el sentido racional del conflicto de derecho y de razonamiento judicial”<sup>76</sup>.

<sup>76</sup> *Olmedo Bustos y otros vs Chile*, caso *La última tentación de Cristo*, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2001.

Lo más notorio es que la Corte Suprema de 1999, a todas luces más conservadora y también más legalista que la actual, al no encontrar una causal que permitiera prohibir la película por blasfemia –porque no la hay– tuvo que idear otro camino argumental. Si en el derecho chileno existiera una prohibición clara de la blasfemia, la Corte Suprema de 1999 no habría dudado en invocarla. Tampoco la Corte Suprema de 2019 encontró dicha causal, pero la ministra Sandoval razona como si la hubiera.

## 5. CONCLUSIONES

De las tres premisas enunciadas inicialmente, debemos concluir que ninguna se sostiene. En primer lugar, es claro que el humor sí es capaz de ofender y que, más aún, su efectividad depende de que las expresiones se perciban como ofensivas. Con todo, es cierto que la ambigüedad que le es inherente vuelve difícil no solo la determinación precisa de lo que se quiso decir, sino que también la manera en que la ofensa debe ser valorada. El sentido del humor invita a tomar una distancia subjetiva respecto de los valores, disminuyendo el compromiso con los mismos y restando importancia a las ofensas. Obviamente, es difícil para el derecho acomodar este punto de vista, pero deberá hacerlo si ha de discriminar entre las ofensas jurídicamente aceptables de aquellas que no lo son. Y la inteligencia requerida por los juzgadores será precisamente aquella que entrega el sentido del humor.

En segundo lugar, hemos dicho que la premisa de que la libertad de expresión no incluye un derecho al insulto debe ser relativizada. Un análisis más detenido muestra que tanto desde el punto de vista de sus fundamentos teóricos como de su sustento normativo, las restricciones a la libertad de expresión deben ser muy excepcionales, limitándose a los casos de incitación al odio contra determinadas personas o colectividades y no a las meras ofensas. De lo contrario, buena parte las expresiones humorísticas (y también no humorísticas) quedarían vedadas.

Finalmente, la premisa de que la libertad religiosa blindada contra las blasfemias no se sigue de la propia definición de la libertad religiosa, ni está consagrada en el derecho chileno. Además, tal prohibición se encuentra muy cuestionada en el derecho internacional y solo se la acepta, de manera muy polémica, cuando se establece por

una norma expresa de rango legal. Por otra parte, es curioso que los ministros de las cortes ni siquiera utilicen el término “blasfemia”, en circunstancias de que es claro que el verdadero problema de las expresiones de Daniel Alcaíno es que son blasfemas, es decir, que ofenden a la fe católica y no que impidan a nadie profesar dicha fe.

La conclusión es que la decisión de la Corte Suprema de levantar las sanciones contra Canal 13 fue acertada, aunque las razones aducidas para llegar a su veredicto parecen confusas y ofrecen poca guía para las decisiones futuras. Por supuesto, siempre es difícil lograr el encuadre y nunca el humor pierde la oportunidad de colarse entre las grietas de nuestros sistemas de pensamiento. Quizá la mayor hazaña de Yerko Puchento haya sido mostrar que los altisonantes principios de nuestro derecho constitucional y sus límites infranqueables basados en la dignidad humana no siempre calzan entre sí. Como fuere, la decisión está en sintonía con el régimen de libertades que el Estado chileno debe proteger, imponiendo únicamente restricciones muy excepcionales.

Por supuesto, esto parece una buena noticia para los chistosos y una mala noticia para los creyentes. Pero no quisiera concluir sin una reflexión final a modo de consuelo para las personas de fe. No siempre el humor y la religión se contraponen. Como dice Peter Berger, “en muchas partes del mundo la locura<sup>77</sup> es vista como un signo de santidad. La locura, como se sabe, es un fenómeno muy difundido si acaso no universal. También lo es la locura santa<sup>78</sup>”. Entre los paganos, Dionisio representaba al delirio alegre que proviene de los dioses. Pero también en la Biblia vemos al rey David bailando casi desnudo y loco de alegría frente al arca de la alianza (2 Samuel 2, 6: 14-23). Es sabido, por otra parte, que san Francisco de Asís predicaba el evangelio a los pájaros. Dos de las mayores obras del renacimiento, Don Quijote de la Mancha de Cervantes y el Elogio de la Locura de Erasmo de Rotterdam, hacen de la risa y la locura un signo de trascendencia. En oriente, los *kōan* japoneses –pequeños acertijos que contienen paradojas o absurdos– son presentados por

<sup>77</sup> En el original inglés, el autor utiliza el término “folly” que también significa bufonería. El “fool” es el que hace un tonto de sí mismo, como los bufones medievales.

<sup>78</sup> BERGER, P., *Redeeming Laughter, The Comic Dimension of Human Experience* (Berlín: Walter de Gruyeter, 1997), p. 187.

los maestros zen a sus discípulos tanto para ayudarlos a que alcancen la iluminación budista como para hacerlos reír.

Es dable especular que los procesos de reforma y contrarreforma, junto al avènement hípér racionalizador de la ilustración, agriaron nuestra comprensión de la religión. Con todo, ello no impidió al protestante Søren Kierkegaard ver en el humor un paso previo e indispensable para la fe. G.K. Chesterton, un católico ferviente, afirmó que “la mayor prueba de una buena religión es que puedas bromear sobre ella”<sup>79</sup>.

En definitiva, como afirma el teólogo Reinhold Niebuhr, que sigue en este punto a Kierkegaard, “la relación íntima entre humor y fe deriva del hecho de que ambos lidian con las incongruencias de nuestra existencia. El humor se refiere a las incongruencias inmediatas de la vida y la fe con las incongruencias últimas. Tanto el humor como la fe son expresiones de la libertad del espíritu humano, de su capacidad de mirarse a sí misma y a la vida desde afuera, y de contemplar la escena completa. Pero cualquier visión del todo crea inmediatamente el problema de cómo lidiar con las incongruencias de la vida, porque el esfuerzo de entender la vida y nuestro lugar en ella nos confrontan con la inconsistencias e incongruencias que no calzan en una imagen ordenada del todo. La risa es nuestra reacción a las incongruencias inmediatas y a las que no nos afectan esencialmente. La fe es la única respuesta posible para las incongruencias últimas de la existencia, que amenazan el sentido mismo de la vida”<sup>80</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARENDDT, H. (1992): *The Human Condition* (Chicago: The University of Chicago Press).
- ARISTÓTELES (1990): *Poética* (Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericanos).
- BERGER, P. (1997): *Redeeming Laughter, The Comic Dimension of Human Experience* (Berlin: Walter de Gruyter).

<sup>79</sup> BRANDRETH, G., *Oxford Dictionary of Humorous Quotations*, p. 266.

<sup>80</sup> NIEBUHR, R., *Discerning the Signs of the Times* (Nueva York: Scribner, 1946).

- BERGSON, H. (1943): *La risa: ensayo sobre la significación de lo cómico* (Buenos Aires: Losada).
- BRANDRETH, G. (2015): *Oxford Dictionary of Humorous Quotations* (Oxford: Oxford University Press).
- COHEN-ALMAHOR, R. J. S. Mill's Boundaries of Freedom of Expression: A Critique (Cambridge: Cambridge University Press).
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2011): Comentario General N° 34, Libertad de opinión y expresión, CCPR C/GC/34, 48, septiembre.
- DWORKIN, R. (1977): *Taking Rights Seriously* (Massachusetts: Harvard University Press).
- ECO (2005): *El nombre de la rosa* (Buenos Aires: Debolsillo).
- FREUD, S. (1989): El chiste y su relación con lo inconsciente, en *Obras Completas*, Vol. VIII (Buenos Aires: Amorrutu editores).
- GALLEGO, J. Comentario crítico sobre la "jurisdicción" del Consejo Nacional de Televisión: sus facultades sancionatorias frente a la libertad de expresión (Santiago: Libertades Públicas A. G).
- GARCÍA, R. (2018): *La libertad de expresión en colisión con la libertad religiosa: propuestas de consenso* (España: Anuario de Derecho Canónico, febrero).
- HIETALAHTI *et al.*, (2016): *Insults, humour and freedom of speech* (Paris: French Cultural Studies).
- HOBBS, T. (1987): *Leviathan*, Part I, ch.6, en: Morreall, J, *The Philosophy of Laughter and Humor* (New York: State University Press).
- JANKÉLÉVITCH, V. (1989): *La aventura, el aburrimiento y lo serio* (Madrid: Taurus).
- MILL, JS. (1948): *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government* (London: J. M. Dent).
- MULKAY, M. (1988): *On Humor: Its Nature and Its Place in Modern Society*. Cambridge: PolityPress).
- NIEBUHR, R. (1946): *Discerning the Signs of the Times* (Nueva York: Scribner).

- NIETZSCHE, F. (2002): *Así hablaba Zaratustra* (Madrid: Edaf).
- NIETZSCHE (2009): *Más allá del bien y del mal* (Madrid: Alianza Editorial).
- NOGUEIRA, H. (2006): *La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno* (Ius et praxis, N° 12-2, Junio).
- NOGUEIRA, Humberto, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales* (Santiago: Editorial Librotecnia).
- SCHELER, M. (2004): *Esencia y formas de la simpatía* (Buenos Aires: Losada).
- TEMPERMAN, J. (2008): *Blasphemy, Defamation of Religions and Human Rights Law* (Holanda: Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 26/4, 517-545).

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 2 de abril de 2019, rol N° 37-2019.
- Sentencia Corte Suprema, de 9 de septiembre de 2019, rol N° 9152-2019.
- Olmedo Bustos y otros vs. Chile* (2001): “La última tentación de Cristo”, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero.
- Windgrove vs. Reino Unido* (1995): sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 25 de noviembre.

