Resumen

El artículo estudia el impacto de las llamadas "leyes de desacato", que proporcionan una protección especial a ciertas autoridades, en el ejercicio de la libertad de expresión. Con este propósito, el trabajo incluye una aproximación conceptual al problema, un estudio de la legislación y jurisprudencia chilenas, un análisis de los estándares internacionales y comparados y, finalmente, una discusión acerca del Proyecto de Ley en curso relativo a las "leyes de desacato" en Chile. El autor sostiene que las "leyes de desacato" representan un serio obstáculo para la libertad de expresión y que es necesaria una derogación completa de tales normas para fortalecer el debate público en Chile.

LEYES DE DESACATO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Felipe González

COLECCIÓN INFORMES DE INVESTIGACIÓN
Número 7 / Año 2 / Abril de 2000
17 págs.

Registro de Propiedad Intelectual Nº 137.409

Leyes de desacato y libertad de expresión[1]

Felipe González[2]

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza la actual iniciativa, pendiente en el Congreso, para reformar la Ley sobre Seguridad del Estado (en adelante LSE o Ley 12.927) y el Código Penal, en relación con el derecho a la libertad de expresión. El documento da cuenta de cómo la legislación chilena brinda una protección especial a ciertas autoridades públicas a través de una normativa conocida como "leyes de desacato", la que establece sanciones agravadas (y un procedimiento especial en el caso de la LSE) para la difamación, injuria y calumnia respecto de una serie de autoridades públicas.

El trabajo analiza los principales aspectos involucrados en las normas de desacato y la afectación que ellas representan para el ejercicio de la libertad de expresión. Esto incluye algunos aspectos conceptuales, una revisión de los parámetros legales y jurisprudenciales chilenos en la materia, una síntesis de los estándares internacionales y de derecho comparado y, a la luz de estos antecedentes, una revisión del proceso de reforma de estas normas, que se está llevando a cabo actualmente en Chile.

---

1 Este trabajo corresponde a una versión resumida de un documento a ser presentado por el autor al Foro Chileno de Libertad de Expresión, que se lleva a cabo en la Universidad Diego Portales en el marco del Programa de Acciones de Interés Público. El autor agradece la colaboración de Alejandra Zúñiga en la preparación de este Informe.

2 Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL ORDEN PÚBLICO EN UN ESTADO DE DERECHO

2.1. Nociones generales:

La libertad para buscar, recibir y difundir información e ideas es uno de los valores más altos del régimen democrático. La libertad de expresarse libremente es un derecho humano esencial que sirve de herramienta para medir el grado de compromiso democrático de los Estado en cuanto a su capacidad de reconocer que no corresponde a las autoridades políticas o religiosas la determinación de la bondad o validez de las ideas u opiniones prevalecientes en una sociedad, sino que es necesario que ellas compitan libremente entre sí. Así, el deber del Estado de respetar los principios fundamentales de una sociedad democrática le obliga a garantizar y promover un debate público abierto y plural. Es posible que el ejercicio de la libertad de expresión afecte los derechos de terceros, su reputación, privacidad, propiedad y también, sostienen algunos, valores colectivos como el orden público y la seguridad nacional. En efecto, la protección del "orden público" ha sido una de las causales más frecuentemente utilizadas para impedir la libre expresión en nuestro país, por lo que su conceptualización resulta interesante para los efectos del análisis de la normativa de desacato contenida en la LSE y en el Código Penal.

El concepto de orden público tiene, por lo menos, dos acepciones elementales. La primera concierne al respeto u observación de las reglas básicas de la organización política y social, es decir, de las normas fundamentales del Estado. La vigencia del orden público está condicionada, en este sentido, por el cumplimiento de los roles que les corresponden a las instituciones y a los individuos dentro del funcionamiento del aparato del Estado. Esto se manifiesta en las relaciones de los órganos del Estado entre sí, en las relaciones entre órganos del Estado y los particulares y en la relación de los particulares entre sí. En este sentido, el Derecho Civil regula una serie de situaciones en las que el orden público limita la autonomía de la voluntad, como respecto del Estado civil de las personas o los actos que impongan un atentado contra la personalidad (como la esclavitud por vía convencional)[3].

La segunda acepción es la que se vincula en forma más directa a la estabilidad política y que tradicionalmente se ha enfocado desde la vía penal. Rodríguez Devesa señala que "la subordinación a los órganos del Estado constituye la textura de disciplina social y política, sin la que no se concibe la realización de los fines del Estado; la paz pública excluye aquella presión o intimidación que cohíben el ejercicio de los derechos individuales". Así, al tiempo que el orden público se relaciona directamente con un interés estatal, el mismo consiste, en último término, en la protección de los derechos fundamentales[4]. Si bien la afectación del orden público requiere de un compromiso de la estabilidad del sistema político democrático menor, en entidad, a la que corresponde a la afectación de la seguridad del Estado, la tendencia en el Derecho Comparado e Internacional es a llamar la atención sobre el riesgo de *trivialización* del concepto de orden público. Con ello se quiere decir que no cualquier disturbio o alteración de la tranquilidad representa una genuina afectación del orden público, como a menudo se pretende por las autoridades.

[3] Véase, por ejemplo, Avelino León Hurtado, El Objeto en los Actos Jurídicos, Editorial Jurídica, Santiago, 1983.

[4] José María Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español, Parte Especial, Imprenta Artes Gráficas, Madrid, 1983, p. 761.

La afectación del orden público mediante el ejercicio de la libertad de expresión se penaliza en nuestro país a través del mecanismo de las **"leyes de desacato"** que han sido definidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como *"una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales"*[5].

A nivel constitucional se produce una aparente paradoja entre el orden público como valor y el derecho a la libertad de expresión, puesto que el orden público se presenta como una limitación a los derechos de las personas, al tiempo que su objetivo (en un Estado de derecho) es asegurar la estabilidad para el ejercicio adecuado de tales derechos.

Lo central es que en un Estado de derecho el orden público solo cumple una función *instrumental*, es decir, no posee un valor propio, sino que está destinado a salvaguardar determinados fines: el ejercicio adecuado de los derechos fundamentales. La protección del orden público no aparece como un objetivo en sí mismo en un Estado de derecho –como es, por ejemplo, la protección de la libertad de expresión–, sino que hace las veces de un instrumento. En efecto, si bien el orden público está destinado a proteger los derechos de las personas, el mismo está regulado a la vez como una limitación a tales derechos en los instrumentos internacionales, las constituciones políticas y los códigos nacionales.

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

2.2. La afectación del orden público: razonabilidad y proporcionalidad versus la doctrina de la "conexión automática".

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

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

A los pocos años de la entrada en vigencia de la LSE, en un caso del año 1961, durante el gobierno de Jorge Alessandri, ya se establecía que "según el art. 60, letra b), de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado, cometen delito contra el orden público, entre otros, los que difamen, injurien o calumnien al Presidente de la República o Ministros de Estado cualquiera que sea la gravedad de las injurias. Establecido que las publicaciones de prensa de fs. 1 y 2 contienen expresiones injuriosas contra el Gobierno que afectan a la persona del Presidente de la República y a las de sus Ministros de Estado, solo puede concluirse que con tales afirmaciones se demuestra la existencia de hechos que presentan los caracteres del mencionado delito contra el orden público"[6].

[5] Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995, pág. 218 .

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

Lo propio se continuaría señalando a lo largo de los años, y así, en la época del gobierno de Salvador Allende, los tribunales señalaban: "El artículo 6° de la Ley de Seguridad del Estado establece que los que cometen algunos de los supuestos que él describe 'cometen delito contra el orden público'. Es pues la propia ley la que presume que estas formas delictuosas alteran de alguna manera el orden público. Por tanto, no cabe al sentenciador contrariar el texto explícito de la ley, que es claro, llegando por vías interpretativas a una conclusión contraria". Agrega la sentencia que "[f]ue el propio legislador quien hizo uso de su soberana facultad para elevar a la categoría de delito contra el orden público las difamaciones, injurias o calumnias contra un senador o diputado"[7].

Esta práctica hace imprescindible establecer en la legislación que los tribunales *deben* calificar la razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo a las circunstancias del caso y a la existencia o no de una genuina afectación del orden público. Se trata, de acuerdo a esta propuesta, de eliminar todo vestigio de responsabilidad objetiva, asegurándose que se tomarán en consideración los elementos subjetivos del tipo penal, la eficacia causal de la conducta y las demás circunstancias de hecho que rodeen el caso específico, no solo respecto de la injuria, calumnia o difamación, sino también en relación con la afectación del orden público.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DE LA LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO

La Ley 12.927 encuentra sus orígenes en varios textos normativos previos. Puede afirmarse que solo a partir de la década de 1930 existen en Chile cuerpos normativos especiales destinados a regular de manera sistemática las materias de seguridad del Estado y orden público; sin embargo, estos son conceptos de mucho más antigua data y allí radica precisamente un elemento de conflicto.

En efecto, las nociones de seguridad del Estado y orden público se remontan a épocas históricas previas a la conformación de un estado de derecho tanto en Europa –donde se originó– como en Chile. Se trata, por lo mismo, de nociones cargadas en sus orígenes de un fuerte componente autoritario, propio de épocas en las cuales la idea de que las personas poseen derechos fundamentales en cuya esfera el Estado no puede invadir, aún no existía[8].

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

A su turno, la Ley 6.020, del año 1937, establece la distinción entre delitos contra la seguridad del Estado y delitos contra el orden público, que sería recogida por la legislación posterior, incluida la actual ley. El monto de las penas establecido por la Ley 6.020 también será recogido de manera prácticamente similar por la Ley 12.927. Por

[7] Durán, Bulnes, Lavandero y Morales Adriazola contra "Puro Chile", Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de mayo de 1971 RDJ 1972, Tomo II, 2ª Parte, Sección 54ª, pp. 44 y siguientes.

[8] Al respecto puede consultarse Jorge Mera, Felipe González y Juan Enrique Vargas, Protección democrática de la seguridad del Estado, Programa de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1991.

ello, es posible afirmar que en *muchos aspectos la legislación actual sobre seguridad del Estado y orden público en Chile es similar a la de más de 60 años atrás* [9].

Pero hubo, por cierto, "el interregno" de la denominada Ley de Defensa de la Democracia (Ley 8.987, del año 1948). Esta legislación, producto de la época álgida de la Guerra Fría, generalmente es conocida por haber establecido la proscripción ideológica del Partido Comunista, pero en realidad tuvo alcances mayores. En efecto, la Ley de Defensa de la Democracia también amplió el rango del catálogo de figuras penales, agregando una serie de tipos penales vagos y abiertos y aumentando las sanciones considerablemente. Por ejemplo, a pesar de que siempre se ha considerado que los delitos contra el orden público son de menor gravedad que aquellos contra la seguridad del Estado, esta ley asimila las penas para ambos tipos de delitos. En consecuencia, la Ley de Defensa de la Democracia reforzó de manera significativa los componentes autoritarios de los conceptos de seguridad del Estado y orden público[10].

En las postrimerías del Gobierno de Carlos Ibáñez, en 1958, la Ley de Defensa de la Democracia fue derogada, reemplazándosela por la Ley 12.927. Al momento de su derogación, en su Mensaje al Congreso, el entonces Presidente Ibáñez, que había aplicado regularmente la Ley de Defensa de la Democracia durante los primeros años de su mandato, reconoció que orientada dicha ley "a eliminar de la vida cívica nacional al Partido Comunista, la práctica ha demostrado su fracaso, aparte de que ha creado resentimientos del todo inconvenientes al negar a un grupo de ciudadanos el derecho, que es a la vez deber fundamental, de participar en la elección de los Poderes del Estado". El propio Ibáñez añadió, en el mismo Mensaje, que el propósito de la Ley 12.927 era la protección del sistema democrático de gobierno. Ese fue también el espíritu invocado por la mayoría parlamentaria conformada en las elecciones de 1957, que parece haber sido más decisiva en realidad que el Ejecutivo en la derogación de la Ley de Defensa de la Democracia.

Pero más allá de los propósitos invocados, y tal vez porque hay ciertas tendencias autoritarias que se encuentran arraigadas en la cultura chilena, el hecho es que la Ley 12.927 resulta en muchos aspectos incompatible con un genuino sistema democrático.

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

Ya en la transición a la democracia, y como resultado de las llamadas "Leyes Cumplido", la gran mayoría de las modificaciones introducidas a la ley durante el régimen militar fueron eliminadas. El texto actual, entonces, se asemeja en gran medida al existente con anterioridad al gobierno militar.

En consecuencia, si bien los componentes más abiertamente antidemocráticos de la ley fueron derogados, subsisten muchos elementos que revelan un sesgo autoritario

---

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

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

que en nada contribuyen al reforzamiento del sistema democrático y el ejercicio de las libertades públicas en Chile.

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

4. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO

Entrando al análisis de la Ley tal cual esta existe actualmente, resulta necesario hacer algunas consideraciones sobre la existencia de un cuerpo legal especial –como la Ley de Seguridad del Estado– que afecta garantías constitucionales, incluyendo la libertad de expresión.

La ley propiamente tal y el uso que se le ha dado a ella históricamente y que se le continúa dando por las autoridades políticas y judiciales, envían un mensaje equívoco a la ciudadanía, puesto que pareciera que este cuerpo legal se hallara situado en una especie de zona gris entre las regulaciones que establecen limitaciones a las garantías constitucionales en tiempos de normalidad constitucional y aquellas otras que corresponden a limitaciones propias de estados de excepción. En rigor, tal zona gris no se halla prevista ni en la Constitución Política ni en los Tratados Internacionales de los cuales es parte Chile, pero, por sus características sustantivas y procesales, la Ley 12.927 envía inevitablemente ese mensaje.

Ello ocurre porque esta Ley produce una serie de distorsiones para la salvaguarda de un estado de derecho en tiempos de normalidad constitucional. Sin ánimo de exhaustividad, tales distorsiones se refieren a los siguientes aspectos:

- La ley contempla un sinnúmero de tipos penales vagos y abiertos.
- Se aprecia un uso desmedido de presunciones de responsabilidad penal.
- Existen discrepancias en la regulación del iter criminis al compararlo con la regulación que de él hacen las normas generales.
- Existen penas desmedidas en comparación con las establecidas por las normas generales.
- La titularidad de la acción penal rompe las normas generales en la materia.
- Existen problemas de calificación de la prueba.
- La regulación del desistimiento pasa a llevar las normas generales y transforma a este cuerpo legal en un instrumento del cual se puede hacer un uso discrecional por ciertas autoridades.
- En general, las normas de tramitación implican una serie de restricciones indebidas al derecho a la defensa, en especial, pero no exclusivamente, cuando ellas se remiten al Código de Justicia Militar como cuerpo legal subsidiario.

A ello cabe añadir que los conceptos mismos de seguridad del Estado y de orden público que maneja la Ley 12.927 no se asumen desde la óptica de un estado de derecho, vulnerándose las garantías de un debido proceso.

Los antecedentes expuestos conducen a la conclusión de que la medida más eficaz para la salvaguarda de un estado de derecho consistiría en la derogación de la Ley de Seguridad del Estado, dejando entregada la regulación de las materias que ella aborda a las normas penales comunes.

Ahora bien, si la derogación de la Ley 12.927 no aparece como posible a estas alturas, sería importante avanzar en la línea de asegurar que a lo menos la Ley de Seguridad del Estado no interfiera en el ejercicio de la libertad de expresión.

5. RESEÑA DE LA JURISPRUDENCIA CHILENA DURANTE LA TRANSICIÓN

Durante la transición a la democracia se han llevado a cabo más de dos docenas de procesos en virtud de la letra b) del artículo 6 de la LSE. El Informe de Human Rights Watch sobre libertad de expresión en Chile contabilizaba 24 procesos hasta fines de 1998[11], a los que cabría agregar el seguido por el "Libro Negro de la Justicia Chilena" en 1999 y el caso contra el periodista del Diario "La Tercera", José Ale, quien fuera condenado a principios del año 2000.

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

En lo que se refiere a la dimensión comparada, este recurrente uso de las normas de desacato en Chile se produce en un momento en que la tendencia latinoamericana es la contraria, ya sea a través de la derogación de dichas figuras penales o ya sea por medio de su falta de empleo en la práctica. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha propulsado en la década de los noventa la eliminación de estas normas, por considerarlas contrarias al Derecho Internacional. El Relator Especial sobre Libertad de Expresión de la Comisión ha calificado a Chile entre aquellos países que presentan mayores problemas en la materia en el continente americano.

En cuanto a los efectos restrictivos ocasionados, estos no son en absoluto menores. Entre los años 1958 y 1973, cuando regía un texto de la LSE con rasgos bastantes similares al actual, este cuerpo legislativo también se utilizaba con cierta frecuencia[12]. Sin embargo, por el contexto de esa época, el impacto del empleo de esta legislación en el debate público era notablemente menor al de la actualidad. Dado el fragor del debate público en los sesenta, la LSE no estaba en condiciones de "congelar" mayormente el debate. Cosa distinta sucede en los noventa.

En la década de los noventa el panorama social no se corresponde tan cercanamente con el político como en los sesenta. En la actualidad las agrupaciones políticas no son, como antaño, los canales que recogían y procesaban casi todos los tipos de demandas sociales. El panorama social aparece más fragmentado, con actores variados cuyas estrategias no necesariamente coinciden con las de determinados actores políticos, sino que obedecen a su propia lógica y dinámica. En este sentido, el mundo no-gubernamental cobra fuerza propia.

Por otra parte, el panorama político mismo es, claro está, muy diferente en los noventa al que imperaba en el período 1958-73. Se está en un proceso de transición a la democracia, en el cual existen antiguos actores que todavía pretenden hacer valer sus fueros. El propio General Pinochet inició varios juicios por Ley de Seguridad del Estado en los noventa. Además, la misma transición a la democracia se ha desarrollado sobre la base de privilegiar las denominadas "políticas de los consensos", en desmedro de las voces disidentes, más críticas o que simplemente ponen el dedo en la llaga sobre problemas graves. Esto último tiene relación con el periodismo investigativo. Dadas las características mencionadas de

[11] Human Rights Watch, Los límites de la tolerancia: libertad de expresión y debate público en Chile, LOM Ediciones, Santiago, 1998, pág. 167.

[12] Véase Jorge Mera, Felipe González y Juan Enrique Vargas, Ley de seguridad interior del Estado y derechos humanos 1958-1973, Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, Cuaderno de Trabajo Nº 8, 1988.

nuestra transición, casi inevitablemente el periodismo investigativo conduce a levantar problemas que la gran mayoría de los actores políticos preferiría dejar en la trastienda o postergar en su acometimiento. De allí que no sea de extrañar que varios de los casos más importantes en los noventa hayan sido seguidos –ya vía LSE, ya a través de otras vías– contra periodistas que realizaban investigaciones.

A este respecto, el caso del "Libro Negro de la Justicia Chilena" lleva al paroxismo algunas de las caracterizaciones precedentes. En efecto, la transición chilena ha incluido una revisión significativa del quehacer judicial. Esta revisión ha conducido a propulsar importantes procesos de reforma.

El "Libro Negro de la Justicia Chilena" es una pieza importante dentro de esta revisión. En más de trescientas páginas revisa la trayectoria del sistema judicial, con especial énfasis en las últimas décadas. Si bien el querellante, el Ministro de la Corte Suprema Servando Jordán, aparece mencionado y criticado en una serie de ocasiones, el libro está muy lejos de girar en torno suyo"[13].

De este modo, la censura del libro produce un efecto que va mucho más allá de intentar dejar en la penumbra determinados actos del Ministro Jordán. Intentar, porque en casi su totalidad las referencias a actuaciones del Ministro Jordán ya habían sido publicadas en la prensa a propósito de la acusación constitucional que se siguiera en contra suya. En realidad lo que se deja en la penumbra es un panorama de conjunto del sistema judicial chileno. Se trata, en consecuencia, de una publicación de nítido interés público, que se ha visto abortada.

Otro caso significativo fue el que concluyó en la condena penal de Francisco Javier Cuadra. Cuadra, un ex Ministro del gobierno de Pinochet, sostuvo públicamente que algunos parlamentarios y otras personas que desempeñaban funciones públicas consumían drogas, añadiendo que ello le preocupaba mucho porque podría dificultar la consolidación de la democracia en Chile al no poder asumir parte de la clase política adecuadamente sus responsabilidades. Lo particular de este caso es que fueron la Cámara de Diputados y el Senado, actuando corporativamente, los que interpusieron una querella por infracción a la Ley de Seguridad del Estado. En este caso la Corte de Apelaciones, apartándose de la doctrina de la "conexión automática" a que hemos hecho mención, consideró que el orden público no había sido afectado y absolvió al ex Ministro. La Corte Suprema, no obstante, reafirmó la doctrina imperante de la conexión automática y condenó al autor.

Curiosamente, uno de los protagonistas del caso Cuadra, el parlamentario José Antonio Viera-Gallo, fue objeto de una querella bajo la LSE un año más tarde. En un programa de televisión, en el momento en que se debatían casos de corrupción, Viera-Gallo señaló que Pinochet "fue el que metió las manos" durante su gobierno y que ahora estaba como Comandante en jefe y podía llegar a ser Presidente del Senado. El General Pinochet interpretó esta afirmación como una acusación de corrupción en su contra. Iniciado el juicio por el General Pinochet, el caso fue cerrado después de que Viera-Gallo diera explicaciones por sus dichos en una ceremonia pública en la que se dio las manos con un alto oficial enviado por Pinochet. Esta experiencia condujo al parlamentario a modificar su opinión acerca de la LSE, señalando que debía ser derogada[14]. Este caso también demuestra el con-

[13] Véase, si puede, Alejandra Matus, El Libro Negro de la Justicia Chilena, Editorial Planeta, Santiago, 1999.

[14] "Con una Ley de Seguridad del Estado como la que hay en Chile, que protege prácticamente a todas las autoridades, la libertad está muy restringida. Si mañana

trasentido de que se invoque una afectación del orden público en casos de una supuesta difamación, en circunstancias de que es resorte exclusivo y discrecional del querellante cerrar el proceso en cualquier momento mediante el desistimiento.

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

Otras querellas interpuestas por el General Pinochet, han ido más allá. Así ocurrió en el caso dirigido contra Arturo Barrios, por ese entonces Presidente de la Juventud del Partido Socialista. Barrios había dicho que Pinochet era un "asesino", en una conmemoración de víctimas de la dictadura, el 11 de septiembre de 1994. Fue condenado por alterar el orden público a una pena remitida de 541 días de presidio.

En cambio, el caso contra Nolberto Díaz, también objeto de una querella por parte del General Pinochet, y por ese entonces Presidente de la Juventud del Partido Demócrata Cristiano, fue sobreseído. En un programa radial, a propósito de una discusión sobre el reclutamiento militar obligatorio, Díaz sostuvo: "Pretenden que ahora hagamos el servicio militar teniendo al mismo anciano, ex dictador, como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas". También señaló que pensaba que existían vínculos entre oficiales militares chilenos y la muerte de un ex agente de inteligencia del régimen de Pinochet ocurrida en Uruguay

Cabe hacer notar que con posterioridad a la detención del General Pinochet en Londres, como consecuencia de la petición de extradición del juez español Baltasar Garzón por crímenes contra la humanidad, afirmaciones como las referidas en los casos recién mencionados se han emitido reiteradamente en Chile, sin que se hayan abierto nuevos casos.

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

El caso más reciente es el de la condena del periodista del diario "La Tercera", José Ale, el cual fue sancionado con 541 días de presidio remitidos por injuriar al ex presidente de la Corte Suprema, Servando Jordán, en

un ministro o un senador, o un integrante de un alto tribunal, o un militar robara, no se puede decir nada: inmediatamente le aplican la Ley de Seguridad del Estado. No basta que la persona pruebe la verdad, lo que se está sancionando es que se le impute un delito. Eso es gravísimo". Entrevista a la periodista Raquel Correa, "Explicando sus explicaciones", El Mercurio, 19 de octubre de 1997, citado por Human Rights Watch, Los límites de la tolerancia (cit.), página 173, nota N° 212.

aplicación del art. 6 letra b) de la LSE. Si bien el acusado fue absuelto por la sentencia de primera instancia y por la de segunda, el recurso de queja interpuesto por Jordán en contra de los ministros que dictaron el fallo fue acogido por la Corte Suprema por tres votos contra dos. En efecto, el artículo titulado "Jordán: me retiro tranquilo", habría contenido, según el mas alto tribunal, expresiones injuriantes (al señalar que Jordán era parte de una "camarilla", lo cual el periodista puso en boca de lo que llamó "sus más ácidos críticos"), que serían en sí mismas suficientes –según la teoría de la conexión automática– para aplicar el art. 6 letra b). El periodista presentó posteriormente un recurso de nulidad de la sentencia, alegando la falta de imparcialidad del abogado integrante redactor del voto de mayoría. La nulidad fue rechazada por unanimidad.

6. ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y DE DERECHO COMPARADO EN LA MATERIA

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

Es importante revisar primeramente en este orden de cosas los planteamientos de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* en su Informe sobre Leyes de Desacato, publicado hace pocos años[15], así como las formulaciones recientes del Relator sobre Libertad de Expresión de la misma Comisión[16]. En estos Informes se establece la incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

En su Informe, la Comisión Interamericana hace referencia a una serie de leyes de desacato en el continente americano, *entre las que se encuentran los arts. 263 y 264 del Código Penal chileno.* En el informe del Relator Especial sobre Libertad de Expresión se agrega que *"En Chile también se suele usar como norma de desacato el artículo 6 b) de la ley de Seguridad Interior del Estado"*[17].

La Comisión Interamericana reconoce que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pero señala que sus restricciones deben incorporar las justas exigencias de una sociedad democrática. Destaca también el "derecho de los ciudadanos a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad". Añade que el debate político "generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos(...)"[18].

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

[15] Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, pp. 209 ss.

[16] Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998, Volumen III: Informe de la Relatoría de Libertad de Expresión.

[17] Informe de la Relatoría de Libertad de Expresión, citado, página 40, nota a pie 62. Subrayado del autor.

[18] Idem, p. 218.

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

Es por ello que la Comisión sostiene que la protección brindada por las leyes de desacato a los funcionarios públicos no es coherente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. La aplicación de las leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos –que actúan en carácter oficial– les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. "Esta distinción –observa la Comisión– invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo"[19].

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

En el ámbito latinoamericano, es importante mencionar la legislación de *Argentina*, donde la figura de desacato fue derogada como consecuencia del acuerdo de solución amistosa alcanzado por el Estado y el denunciante en el caso que el periodista Horacio Verbitsky interpusiera ante la Comisión Interamericana y del propio Informe de la Comisión Interamericana sobre Leyes de Desacato.

En cuanto a la *situación en el resto de América Latina*, tal como se señala en el Informe de la Comisión sobre leyes de desacato, así como en el Informe del Relator Especial sobre Libertad de Expresión, son numerosos los Estados latinoamericanos (aproximadamente la mitad de ellos) los que mantienen normas de desacato.

Sin embargo, en la gran mayoría de estos países, tales disposiciones son de muy escasa recurrencia, a diferencia de lo que sucede en el caso chileno, por lo cual Chile es considerado uno de los casos más graves en materia de libertad de expresión del continente, solo superado por países como Cuba y Perú.

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

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

[19] Idem, p. 218.

Uno de los casos más significativos es el de "New York Times vs. Sullivan"[20], en el cual la Corte Suprema de EE.UU. sostuvo la doctrina de la real malicia. Conforme a esta doctrina, la garantía de la libertad de expresión impide que los funcionarios públicos sean indemnizados debido a una manifestación inexacta y difamatoria relacionada con su conducta oficial, salvo que se pruebe que dicha expresión fue formulada *con real malicia*, esto es, *con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.* Como hemos señalado, se trata de una sanción de naturaleza civil y no penal.

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

En el *Sistema Europeo*, por último, la libertad de expresión también se encuentra fuertemente protegida. Si bien el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no es tan generoso como el artículo 13 de la Convención Americana (cabe tener presente que el Convenio Europeo fue adoptado casi veinte años antes que la Convención Americana), la jurisprudencia europea ha sido la pionera en dar una interpretación extensiva y amplia del derecho a la libertad de expresión.

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

[20] 376 US 255, 84 S.Ct., 710, 11 L.Ed 2d 686 (1964).

7. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY SOBRE NORMAS DE DESACATO EN CHILE

7.1. Antecedentes

En el mes de abril de 1999, y como reacción frente a la prohibición del "Libro Negro de la Justicia Chilena", varios parlamentarios, de Gobierno y Oposición, presentaron un proyecto de ley conteniendo una serie de modificaciones a la Ley de Seguridad del Estado. Las reformas más importantes consistían en la eliminación de la figura de desacato del art. 6 b) y la modificación del artículo 16, que los jueces utilizan para la prohibición de publicaciones.

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

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

Sin embargo, en la Cámara se presentó una gran cantidad de indicaciones, muchas de ellas contradictorias entre sí, devolviéndose

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

7.2. Modificaciones propuestas en relación con las conductas punidas y sus sanciones

En relación con las conductas punidas y sus sanciones, el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados dispone la modificación del artículo 6 b) de la LSE, sustituyendo además el actual texto del art. 429 del Código Penal por un nuevo texto. En el curso de la tramitación del proyecto en la Cámara, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia había propuesto, además, en su primer Informe, del 3 de agosto de 1999, la derogación del numeral tercero del art. 263 del Código Penal, la supresión del art. 264 del mismo código, y la reforma del art. 265 del Código Penal. En este apartado analizaremos también estas tres últimas disposiciones, por la importancia que ellas tienen.

7.2.1. *Reforma del art. 6 b) de la LSE y necesidad de reformar los arts. 263 y ss. del Código Penal.-* El texto vigente del artículo 6 b) de la LSE afecta gravemente la libertad de expresión, produciendo un efecto paralizante, el *chilling effect*, al que se refiere la doctrina y jurisprudencia norteamericana, conduciendo a la autocensura. La disposición en análisis también contribuye a la falta de transparencia del quehacer público, al producir un efecto inhibitorio en la ciudadanía en el ejercicio de su derecho de crítica.

Por lo mismo, la modificación del art. 6 b) en los términos propuestos resulta indispensable –aunque insuficiente por sí sola– para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión. Y es insuficiente esta reforma por sí sola, porque subsiste el problema de la vigencia de los artículos 263, 264 y 265 del Código Penal, que dicen directa relación con la disposición del art. 6 b). En efecto, estas disposiciones del Código Penal también colocan al ciudadano común en un pie de desigualdad respecto de ciertas autoridades. Esta desigualdad se aprecia desde ya en las penalidades establecidas por dichas disposiciones al contrastarlas con las contempladas respecto de casos en que ciudadanos comunes son los afectados. Por lo mismo, una reforma que aspire a asumir cabalmente el problema requiere también de la modificación de estas disposiciones del Código Penal, tal y como el Gobierno se comprometió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

7.2.2. *Reforma del art. 429 del Código Penal.-* Además de reformar el art. 6 b) mencionado, el Proyecto introduce una modificación al art. 429 del Código Penal, estableciendo que, en los casos en que la injuria o calumnia afecte a determinadas autoridades públicas, se entenderá que concurre la circunstancia agravante de carácter general establecida en el mismo código de obrar en desprecio o con ofensa de la autoridad pública.

Así, el Proyecto (en la forma acordada finalmente por la Cámara) mantiene la modificación del art. 429 del CP en circunstancias que elimina toda modificación de los arts. 263 y ss. del mismo cuerpo legal. Esto podría significar no solo no avanzar, sino retroceder en materia de normas de desacato.

En efecto, cuando se propuso la modificación del art. 429 en un contexto en que se reformaban los arts. 263 y ss., lo que se hacía era asegurarse que la penalidad para las injurias y calumnias dirigidas contra ciertas autoridades continuase siendo superior a la

de aquellos casos en que otras personas fueran las afectadas. Esto, de por sí, ya era inconsistente con el propósito declarado de eliminar las normas de desacato.

Sin embargo, la situación que se produce con el texto aprobado por la Cámara es mucho más grave, ya que incluso podría significar un retroceso. En efecto, como se introduce, a través del art. 429, una agravante, pero al mismo tiempo se dejan subsistentes las figuras penales del art. 263 y ss. del CP, ello redundaría en que la penalidad para las injurias y calumnias dirigidas contra ciertas autoridades no solo no disminuiría, sino que dicha penalidad aumentaría, puesto que la agravante se aplicaría no solo a los tipos penales contenidos en los arts. 416 y siguientes del mismo código (que era el propósito que se tenía en miras cuando se reformaba el art. 429 al tiempo que se eliminaban las normas de desacato del 263 y ss.), sino también a las figuras de los arts. 263 y SS.

7.3. Suspensión y requisamiento de publicaciones

Los artículos 16 de la LSE, 30 de la misma ley, 41 de la Ley de abusos de publicidad y el art. 27 de la LSE., en su conjunto, aunque de manera algo confusa, establecen en la práctica un régimen de censura previa no autorizado por la Constitución, al permitir la suspensión de ediciones y requisamiento de todos los ejemplares de una publicación cuando se considera que en ella se ha cometido un abuso de publicidad o un delito.

En el texto acordado finalmente por la Cámara se deroga el art. 16 pero se mantiene el art. 30 de la LSE, aunque modificándoselo, de manera que el tribunal podrá incautar solo los ejemplares estrictamente necesarios de la publicación u otro objeto que parezca haber servido para la comisión del delito. La derogación del art. 16 apunta en la dirección correcta, ya que la facultad que el texto vigente establece es sumamente amplia, especialmente por el uso que de ella han hecho los tribunales. Además, se avanza al introducirse la expresión "estrictamente necesarios" en el art. 30, limitándose la amplísima facultad del art. 30 de la LSE que se presta para los más graves abusos al ser prácticamente inexpugnable.

No obstante, con la modificación acordada por la Cámara no se excluye por completo que, por la vía de la interpretación, los tribunales den origen a una censura previa, al estimar que en ciertos casos resulte "estrictamente necesario" incautar la totalidad de los ejemplares de una publicación. La tendencia de la jurisprudencia chilena a favorecer este tipo de interpretación debiera llevar al legislador a establecer de manera inequívoca que nunca podrá entenderse autorizada la incautación de la totalidad de los ejemplares.

8. CONCLUSIONES

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

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

tendencia ha sido reforzada por los desarrollos del derecho internacional en la materia.

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

No obstante, una serie de factores parecen estar conduciendo a que se tenga que revisar a fondo esta situación. La prolongación de la transición y sus debilidades, una percepción pública más atenta a estos problemas, el escrutinio internacional y casos paradigmáticos como el del "Libro Negro de la Justicia Chilena" se encuentran entre los más relevantes.

Las iniciativas de reforma que se están llevando a cabo en el Congreso, sin embargo, no implican tal revisión a fondo. En algún momento, durante la tramitación del Proyecto de Ley en la Cámara de Diputados pareció que ello podía ser así, pero lo que se ha concretado hasta ahora –el Proyecto aprobado en la Cámara y pendiente en el Senado– no revela tal intención.

De cualquier modo, por la persistencia de los factores arriba señalados, se trata de una discusión que difícilmente se cerrará si el texto de la reforma que se apruebe finalmente no conduce a un acometimiento a fondo del problema planteado por las leyes de desacato.