

## EXPOSICION

### LIBERTAD DE EXPRESION EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCION. BASES PARA UNA DISCUSION.<sup>1</sup>

Dr. Claudio Nash Rojas<sup>2</sup>

---

Muy buenas tardes. En primer lugar, quisiera destacar lo importante que es el debate al que nos ha convocado el sr. Decano. Frente a una situación conflictiva al interior de nuestra casa de estudios, se nos ha invitado a un diálogo triestamental. Esto es lo que hoy se conoce como educación *en* derechos humanos. Los derechos humanos no son solo un objeto de estudio, sino que son parte del proceso educativo y de su expresión en una comunidad donde todos importamos y todas participamos.

Se me ha pedido aportar algunos elementos del marco normativo nacional e internacional referido a la libertad de pensamiento y expresión, que sirvan de base a la discusión triestamental que se desarrollará en esta jornada.

Mis primeras reflexiones están destinadas a reseñar algunos hitos históricos relevantes en materia de libertad de pensamiento y de expresión.

---

<sup>1</sup> Exposición realizada durante la apertura de la Jornada de reflexión triestamental: “Libertad de pensamiento y de expresión”, llevada a cabo en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 11 de noviembre de 2015.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho (Universidad de Chile), académico del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Uno de los primeros antecedentes sobre la protección de la libertad de expresión la encontramos en una antigua legislación Kazaka del S. XV. Estas normas permitían cortar la cabeza de una persona como sanción frente a un delito, pero se prohibía terminantemente cortar la lengua como forma de castigo.

Pasarán varios siglos y esta idea se verá reforzada. La Ilustración consagrará la protección de la libertad de pensamiento y de expresión como uno de los supuestos del acuerdo de vida asociativa. Quien mejor ha recogido dicho ideario es Voltaire quien graficó este principio en su conocida frase "estoy en complete desacuerdo con tus ideas, pero daría gustoso la vida con tal de defender tu derecho a expresarlas". Es este mismo ideario el que inspira la primera enmienda de la Constitución norteamericana que consagra una protección robusta del derecho de libertad de expresión, prohibiendo que se dicte una ley que coarte dicho derecho.

En la historia reciente de los derechos humanos, es la Declaración Universal del año '48 la que reconoce con mayor vigor la necesidad de la plena vigencia de este principio. Por una parte, en el preámbulo de la Declaración, se deja constancia que la libertad de pensamiento y expresión es una de las cuatro libertades cuya violación estuvo directamente vinculada con los actos de barbarie de los que fue testigo la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial. Señala el preámbulo:

"Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias".

Además, la Declaración Universal consagra un derecho autónomo a la libertad de expresión en los siguientes términos:

“Art. 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Los tratados internacionales adoptados con posterioridad a la Declaración Universal, también consagran el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Así lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19 en términos tan amplio como “nadie será molestado a causa de sus opiniones” y también lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969, que al efecto señala:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

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

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

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

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

Nuestra Constitución política, también ha consagrado este derecho, aunque como era de esperar, lo hace de forma menos completa. Al efecto, dentro del catálogo del artículo 19 se dispone:

“12º.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado. La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social”.

Para los efectos de la discusión a la que nos ha convocado el señor Decano, me parece pertinente destacar tres dimensiones del derecho que estamos analizando, las que nos permiten poner en evidencia la importancia que este principio tiene en una sociedad democrática, así como en una comunidad universitaria como lo es nuestra Facultad de Derecho.

En primer lugar, es importante destacar la dimensión individual y colectiva que tiene la libertad de pensamiento y de expresión. La faceta individual dice relación con el derecho a expresar libremente el propio pensamiento bajo distintas formas y modalidades; la faceta colectiva, por su parte, está vinculada con el derecho de

conocer libremente las distintas ideas que se expresan en una asociación de individuos libres. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-5/85:

“30. [...] Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.

Una segunda dimensión, dice relación con que este derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, no solo tiene valor en cuanto derecho autónomo, sino que además es un derecho instrumental, esto es, un derecho que sirve para la garantía del pleno goce y ejercicio de otros derechos. En este sentido, es un derecho similar al de la protección judicial o el debido proceso.

Por último, una dimensión sobre la cual se ha llamado especialmente la atención en nuestra región, es el vínculo de la libertad de pensamiento y de expresión con la democracia. Tanto los órganos de protección de derechos humanos como la doctrina, han señalado permanentemente que la libertad de expresión es un pilar fundamental para la toma de decisiones colectivas. Es un supuesto para la deliberación democrática. Hace pocas semanas visitó nuestra facultad el profesor Gargarella, quien ha sido un impulsor de la idea de que la libertad de expresión está asociada al nervio del sistema democrático. Por su parte, la Corte Interamericana ha destacado este vínculo entre libertad de pensamiento y de expresión y la democracia en los siguientes términos:

“Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a

quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad". (*Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 87; *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 116).

El hecho de estar ante un derecho que tiene estas particularidades, esto es, estar ante un derecho de carácter complejo, tiene como consecuencia que se eleva el estándar de cumplimiento de las obligaciones que son propias de la protección nacional e internacional de los derechos humanos. Dicho estándar es aplicable a nuestra Universidad en tanto institución pública.

En efecto, la obligación de respeto debe permitir el libre intercambio de ideas y no censurar. Pero podríamos preguntarnos ¿Qué ideas son las que quedan comprendidas en esta obligación de respeto? La respuesta nos la va la Corte Europea de Derechos Humanos quien en uno de los pronunciamientos más citados, señaló el año 1998 que esta obligación:

"es aplicable, no sólo a la 'información' o 'ideas' que son recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquéllas que ofendían, perturbaban o distorsionaban; esa es una exigencia del pluralismo, de la tolerancia y de la amplitud de miras, sin lo cual no existe una 'sociedad democrática'". (Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso de Incal c. Turquía*, 1998, párr. 46)

En cuanto a la obligación de garantía, parafraseando a la Corte Interamericana, podríamos señalar que nuestra Universidad, en tanto institución pública, tiene la obligación de organizar todo el trabajo universitario de forma tal que se permita a sus miembros el pleno goce y ejercicio de la libertad de expresión. Esto implica la adopción de medidas generales de carácter preventivo; respecto de aquellos que vean amenazado su derecho a expresarse libremente, deben tomarse medidas para que

sean debidamente protegidos; frente a cualquier acto que viole el libre ejercicio de este derecho, preocuparse que sea castigado; y reparar a aquellos que han vivido una situación de violación de su derecho a expresarse y a recibir la información de manera libre.

Por ultimo, es importante que se adopten todas las medidas necesarias para que el goce y ejercicio de este derecho se haga en condiciones de igualdad y sin discriminación. En este sentido, es obligación de la autoridad evitar un trato diferenciado basado en ciertas condiciones que los individuos no pueden modificar o no es lícito solicitar que las modifiquen por parte de la autoridades, que tengan como efecto que se anule el ejercicio de este derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no pueden usarse los derechos humanos consagrados nacional o internacionalmente para limitar o restringir en forma desproporcionada el derecho de expresión. Sí podrán tomarse medidas para garantizar que quienes están en una situación de desigualdad en el acceso a los medios para difundir sus ideas, pueden hacerlo en condiciones de igualdad, pero en ningún caso podrá usarse este argumento para acallar otras voces. Esto es central en el debate que se ha planteado estas semanas en la Facultad, cual es, determinar cuál es la vía para la protección de un pueblo en situación de vulnerabilidad.

Probablemente ya muchos de ustedes se estarán preguntando si un derecho con las características que tiene la libertad de expresión puede ser objeto de medidas que limiten su pleno ejercicio. Debemos decir, con toda claridad, que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, esto es, puede ser objeto de medidas que lo limiten. Con la misma claridad, podemos sostener que no puede limitarse la libertad de pensamiento y de expresión a través de la censura previa, sino que solo proceden medidas de restricción como responsabilidades ulteriores, en la medida que concurren los requisitos para su legitimidad.

Esto se expresa con toda claridad el numeral 2 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

No podemos olvidar que Chile ha sido condenado por la Corte Interamericana en dos casos por restringir ilegítimamente el ejercicio de la libertad de expresión. El *caso de la Última Tentación de Cristo* (2001), presentado por estudiantes de esta facultad, permitió que la Corte Interamericana señalara expresamente que la censura previa no era una forma de restricción legítima de los derechos humanos por estar prohibida por la Convención. En el caso *Palamara vs. Chile* (2005) la Corte fue más allá y señaló que censura previa era una forma de “violación radical” del derecho la libertad de expresión:

"68. [...] En tal hipótesis [censura previa], hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática".

A nadie debiera sorprender esta prohibición de la censura previa, ya que el efecto que tiene asociado una medida de este tipo, es anular el ejercicio del derecho, impidiendo de manera absoluta que la persona pueda expresar y recibir ideas. De esta forma, ya no estamos ante un límite legítimo sino que ante la imposibilidad de ejercer el derecho que lo desnaturaliza.

Como hemos dicho, lo que proceden, son medidas ulteriores. En efecto, quien hace uso de su derecho a la libertad de expresión, debe asumir las consecuencias que la expresión de sus ideas pueden traer aparejadas. Pero la autoridad no puede imponer estas responsabilidades ulteriores de manera discrecional, sino que debe cumplir con ciertos requisitos para legitimar una medida sancionatoria. Conforme al art. 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estas medidas debe ser "fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas."

Como lo han señalado los órganos de protección de derechos humanos a nivel comparado, para que una medida de restricción del derecho la libertad de expresión sea legítima debe cumplir cabalmente con el principio de legalidad, debe tener un objetivo legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática. Esta necesidad en una sociedad democrática, aparte de contemplar la proporcionalidad de la medida, dice relación con la idea de que exista una necesidad imperiosa de establecer una medida de restricción que impida el pleno goce y ejercicio de un derecho humano. Este es el ámbito, precisamente, en el cual se mueve la discusión que por estos días se ha dado en nuestra facultad.

En efecto, uno de los ámbitos en los cuales la legislación internacional y constitucional comparada establece la posibilidad de justificar un límite legítimo al derecho de pensamiento y expresión es en materia de discursos de odio. Esta materia está regulada en el numeral 5 del art. 13 de la CADH:

“Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo

de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Estas medidas para ser legítimas, como ya sabemos, deben estar previstas en la ley y deben tener un objetivo legítimo. En nuestro sistema interamericano, así como Naciones Unidas y lo mismo en el derecho penal internacional, se ha vinculado esta restricción con la necesidad de evitar actos de violencia. Por tanto, en cada caso, será necesario determinar si las expresiones de odio están en condiciones de transformarse en actos de violencia en de forma real y efectiva.

En cuanto a las medidas que son legítimas de adoptar por parte de autoridad frente a estos discursos de odio, podemos señalar, que en esta materia no se altera la regla general, por lo que procede son responsabilidades posteriores a la expresión en los dichos de odio y queda expresamente excluida la posibilidad de establecer alguna forma de censura previa en estos casos.

Atendida la importancia de este tema, el año 2001, los relatores de libertad de expresión de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos así como de la OCDE, emitieron una declaración en la cual señalaron expresamente los criterios que debieran regir las legislaciones en material de restricción de los discursos de odio. En esta declaración establecieron que:

- Nadie debe ser penado por decir la verdad;
- Nadie debe ser penado por divulgar expresiones de odio a menos que se demuestre que las divulga con la intención de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia;
- Debe respetarse el derecho de los periodistas a decidir sobre la mejor forma de transmitir información y comunicar ideas al

público, en particular cuando informan sobre racismo e intolerancia

- Nadie debe ser sometido a censura previa, y
- Toda imposición de sanciones por la justicia debe estar en estricta conformidad con el principio de la proporcionalidad.

En Chile, es el artículo 31 de ley sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, el que trata de esta materia, y dispone:

"El que por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales".

Como vemos, esta norma recoge el principio general de que no puede haber censura previa sino que la medida que procede es la de responsabilidad posterior.

Para concluir, permítame compartir con ustedes, algunas ideas que creo nos pueden servir de base para el diálogo triestamental que tendremos esta tarde:

1. Libertad expresión es un derecho reconocido constitucional e internacionalmente.
2. Este derecho tiene una dimensión amplia que amerita una protección estricta (Respeto, garantía y no discriminación).
3. Este no es un derecho absoluto, pero su restricción debe cumplir requisitos mínimos que deben ser justificados.

4. No pueden imponerse medidas de censura previa, salvo la protección de niños y niñas en espectáculos públicos.
5. El discurso de odio es prohibido, pero en ningún caso, puede implicar censura previa.
6. Finalmente, nuestra Facultad, como parte de la Universidad de Chile, tiene la obligación de guiar su actuación conforme a los derechos humanos. Estos son parte esencial de nuestra convivencia y cada uno de nosotros debe hacer realidad este mandato.

Muchas gracias.

Santiago, 11 de noviembre de 2015