Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 203
AÑO LXVI
ENERO - JUNIO 1998
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTE

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LAS LIBERTADES DE EXPRESION Y DE INFORMACION COMO CONTROL DE LA CORRUPCION: UNA VISION CONSTITUCIONAL

JOSE IGNACIO MARTINEZ ESTAY
Profesor Universidad Adolfo Ibáñez

I. PRESENTACION

La corrupción es hoy en día uno de los grandes peligros para la estabilidad de los sistemas democráticos. Ella es capaz de corroer las bases mismas de un Estado Democrático de Derecho, no sólo porque puede afectar a los órganos e instituciones que le son propias a éste, sino además porque puede conducir a la pérdida de fe en el sistema democrático. De ahí entonces que resultan fundamentales el control y la lucha en contra de este flagelo. Para ello el constitucionalismo ofrece los mecanismos propios del Imperio del Derecho, tales como los frenos y contrapesos entre los distintos poderes del Estado, en especial la fiscalización de los actos de la administración por el poder legislativo, y el control judicial de los actos de los poderes políticos.

Pero junto con ello, en el sistema constitucional también han llegado a cobrar una importancia fundamental las libertades de expresión y de información. Estas se han transformado en un mecanismo clave de control y denuncia de la corrupción, mediante su ejercicio por los medios de comunicación. Y la trascendencia que ha alcanzado esta forma de luchar contra la corrupción es de tal magnitud, que incluso ha contribuido a la caída de gobiernos corruptos.

Por ello he creído conveniente referirme a este tema en unas Jornadas de Derecho Público, que nos reúnen para reflexionar sobre "Instituciones de Gobierno". Nuestro país ha recuperado no hace mucho la democracia, y lamentablemente los últimos tiempos han sido pródigos en casos de corrupción, que han afectado a diversos organismos e instituciones del Estado. La lucha contra este fenómeno compromete no sólo a los propios poderes del Estado, sino también a los medios de comunicación, los que están llamados a ejercer un control serio y responsable de los mismos. El presente trabajo pretende ser un aporte para esto último.

Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

II. ROL DE LAS LIBERTADES DE EXPRESION Y DE INFORMACION EN UN SISTEMA CONSTITUCIONAL

A) Origen de las libertades de expresión y de información. El constitucionalismo y su principal invento, la Constitución, surgieron como reacción al movimiento absolutista que se expandió por Europa en el siglo XVII, con la precisa finalidad de limitar el poder del Estado. El Imperio del Derecho, la separación de poderes, los derechos y libertades y su garantía, son consecuencia de lo anterior, y poco a poco enraizaron primero en los países anglosajones, y se incorporaron más tarde al bagaje cultural de occidente. Y la garantía y realización de estas instituciones ha sido confiada desde entonces fundamentalmente a los jueces, sin despreciar por cierto el rol de control político asignado a los parlamentos.

Pero las cosas comenzaron a cambiar a partir de la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica[1]. Por primera vez una declaración de derechos incluye expresamente la libertad de expresión[2]. Ello condujo a que durante el siglo XIX la prensa se transformase en un nuevo referente de control y de garantía externa de la Constitución. Desde el célebre *On Liberty* de John Stuart Mill[3], las libertades de expresión y de información pasaron a ocupar un rol protagónico en el constitucionalismo, mediante su ejercicio por los medios de prensa. Ya en este siglo el fenómeno ha alcanzado a nuevos medios de comunicación, como la radio y la televisión, y más recientemente la red mundial Internet.

De ahí que pueda definirse la libertad de expresión como la facultad para emitir ideas, de palabra o por escrito, por los más diversos medios que la ciencia y la tecnología han puesto a disposición del hombre. Y la libertad de informar no es más que una manifestación de aquélla, es decir, la facultad de dar a conocer hechos noticiosos de cualquier tipo, por aquellos mismos medios. Nuestra Constitución reconoce estas libertades en su artículo 19.12.

B) Las libertades de expresión y de información frente a los nuevos desafíos del constitucionalismo. Hoy en día no cabe ninguna duda que estas libertades juegan un rol trascendental en un Estado democrático y de Derecho, y

[1] Las diez primeras enmiendas a la Constitución de EE.UU. fueron aprobadas en 1789 y ratificadas en 1791. La Primera Enmienda dice: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof"; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the rigth of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances".

[2] Siegan, Bernard H.: *The Supreme Courtis Constitution*, New Brunswick (New Jersey), Transaction Books, 1987, 163. Sobre la libertad de expresión y su desarrollo en Estados Unidos de Norteamérica pueden consultarse también: Tribe, Laurence H.: *American Constitutional Law*, Mineola, New York, The Foundation Press, 1988, 785 y ss.; Nowak, John E., y Rotunda, Ronald D.: *Constitutional Law*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1995, fifth edition, 986 y ss; Witt, Elder: *La Suprema Corte de Justicia y los Derechos Individuales*, México, Gernika, 1995, 37 y ss.

[3] Puede consultarse la traducción castellana *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1970, que tiene un excelente prólogo a cargo del famoso profesor de Oxford, sir Isaiah Berlin.

Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por ende también lo juegan los medios de comunicación: a través del ejercicio de esas libertades actúan como controladores externos del poder del Estado. Han pasado pues a desempeñar un rol complementario al de los tribunales de justicia y los parlamentos.

Pero una serie de hechos de alcances mundiales han supuesto un nuevo desafío al constitucionalismo, y a su afán de que el poder esté siempre sometido al Derecho, y han conducido a un rol más protagónico para los medios de comunicación. Me refiero en concreto a los siguientes fenómenos:

1. La tendencia mundial a privatizar servicios y empresas estatales, y la cada vez mayor importancia que han adquirido los contratos públicos, en particular los relativos a obras públicas.
2. El flagelo de la droga y todo el submundo que lo circunda, en especial sus redes de tráfico.
3. El consumismo desenfrenado fomentado por los modelos económicos neoliberales.

Estas nuevas realidades introducen factores desconocidos al momento en que se inventó el constitucionalismo. Ya no se trata sólo de que el poder del Estado pueda ser obstáculo para la plena realización de los derechos y libertades fundamentales. Hoy en día existen poderosos intereses privados que pueden socavar todo el sistema constitucional, valiéndose de los hechos recién descritos, que son fuente potencial de corrupción. Por eso decía que si bien los medios de comunicación han sido hasta hoy un importante medio de control del poder en los estados constitucionales, aquellas nuevas situaciones han conducido a que aumente su protagonismo en dicha materia. Las libertades de expresión y de información han alcanzado por ello una enorme importancia, como instrumentos propios del constitucionalismo, al servicio de la transparencia y probidad de las actividades públicas.

Pues bien, a nada de lo dicho escapa nuestro país. El desarrollo económico que está experimentando Chile y las modas económicas imperantes han sido puestas en práctica por la vía de numerosas privatizaciones de sectores antes estatales, y la realización de grandes obras públicas en régimen de concesión a privados. Tampoco ha escapado Chile al problema de la droga y del narcotráfico, aunque al parecer la situación no alcanza las dimensiones que tiene en otros países de nuestro propio continente. Y por último, la fiebre consumista se ha transformado en un problema que preocupa incluso a los propios economistas, quienes están alarmados por los altos niveles de endeudamiento per capita, producto precisamente del consumismo. Todas estas situaciones constituyen focos potenciales de corrupción.

Así las cosas, no cabe duda que todo lo dicho a propósito de los medios de comunicación en general, resulta plenamente aplicable a los medios de comunicación chilenos. Estos están llamados cada vez más a desempeñar un papel fundamental en el control del poder ya no sólo del Estado, sino también de intereses económicos privados.

Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

III. LIMITES DE LAS LIBERTADES DE EXPRESION Y DE INFORMACION COMO INSTRUMENTOS DE CONTROL DE LA CORRUPCION

A pesar de lo dicho hasta aquí, y como ocurre con cualquier derecho o libertad, las libertades de expresión y de información tienen límites [4]. Por ello en esta parte se pondrá especial énfasis en la determinación de éstos, para lo cual se acudirá al derecho nacional y extranjero, en particular el norteamericano y español. En concreto, se estudiará la forma en que se ha resuelto la difusión de informaciones sobre personas que ejercen funciones públicas, así como las restricciones judiciales a la información, y la existencia o no del derecho a réplica.

A) Los límites inmanentes de las libertades de expresión y de información. Todo derecho o libertad tiene límites inmanentes, que hacen que el derecho o libertad tenga su propia identidad, y que permiten distinguirlo de otros derechos, e incluso de tipos penales. Como señala Ignacio de Otto, "cualquier derecho o libertad, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más"[5]. Estos límites fijan lo que la doctrina alemana y española llaman "contenido esencial" de los derechos[6]. Se trata de aquel núcleo irreductible que hace que un derecho sea tal, y lo dota de características que lo hacen diferente a otros.

Las libertades de expresión y de información tienen límites inmanentes, fácilmente deducibles a través del sentido común, y del análisis de los preceptos constitucionales y legales chilenos y comparados. Así, si bien en la práctica la totalidad de los ordenamientos jurídicos occidentales garantizan dichas li-

[4] En palabras de Elder Witt, si bien la Primera Enmienda de la Constitución de EE.UU. establece la libertad de expresión "en términos absolutos, casi nadie sostiene que el derecho que protege es ilimitado"; *op. cit.*, 37. Sobre los límites de los derechos y libertades ver: Pereira Menaut, Antonio Carlos: *Lecciones de Teoría Constitucional*, Madrid, Edersa, 1987, 293 y ss.; Martínez Estay, José Ignacio: *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Barcelona, Cedecs, 1997, 101 y ss.

[5] De Otto, Ignacio: "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. A garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en Martín Retortillo y de Otto: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, 150.

[6] Sobre el contenido esencial de los derechos ver: De Otto: "La regulación...". Cruz Villalón, Pedro: "El legislador de los derechos fundamentales", en López Pina (editor), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991. Aguiar de Luque, Luis: "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española", *Revista de Derecho Político* 10, Madrid, 1981, 107-129; "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 14, Madrid, 1993, 9-34. También ver la sentencia del Tribunal Constitucional Español 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 8, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, Secretaría de Publicaciones de las Cortes Generales; y la sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 24 de febrero de 1987, rol N° 43, considerando 21, en *Fallos del Tribunal Constitucional* pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

bertades, prohibiendo por regla general la censura[7], todos parten de la base de que dichas libertades no autorizan a injuriar o calumniar. Es decir, su ejercicio no ampara tipos penales, pues la injuria o la calumnia no son ni libertad de expresión ni de información, sino que son delitos. Más aún, son atentados contra otros derechos fundamentales, como la presunción de inocencia, el derecho a la intimidad y el derecho a la honra, por mencionar algunos. De ahí que cuando el legislador tipifica esos delitos, y señala las penas de los mismos, no está regulando supuestos de hecho de las libertades de expresión y de información, sino que de unos tipos penales[8].

En otros términos, el contenido esencial de estas libertades no comprende la posibilidad de injuriar o calumniar. Dichos delitos suponen un atentado a la honra y buena reputación de una persona, lo que no está amparado por las libertades de expresión y de información.

El problema está en que hemos dicho que a través del ejercicio de las libertades de expresión e información, los medios de comunicación juegan un papel fundamental como controladores externos del poder. En concreto, su rol es muy importante en las denuncias de corrupción de órganos y funcionarios públicos. Pero esta labor muchas veces puede afectar la honra y buen nombre de personas inocentes. Y si bien la labor de los medios de comunicación resulta indispensable en estas materias, es un hecho indesmentible que para parte importante de la opinión pública, una persona es culpable tan pronto como éstos le imputen algún hecho ilícito.

Ello es grave, pues si bien las libertades de expresión e información son derechos fundamentales, también lo son la presunción de inocencia, el derecho a la intimidad y el derecho a la honra. Esta situación es mucho más delicada cuando existe un proceso judicial, pues a veces la información que dan los medios de comunicación puede conducir a que la opinión pública condene a alguien antes de que lo haga el juez. Y a veces esto último ni siquiera ocurre. Pero además, la información de un caso objeto de una investigación judicial puede afectar a esta última, entorpeciendo la práctica de diligencias y medidas probatorias.

A continuación veremos cómo se han resuelto estos problemas tanto en el Derecho comparado como en el chileno. Respecto del primero centraremos nuestra atención en el Derecho norteamericano y en el español. En aquél porque es donde más desarrollo han experimentado las libertades de expresión

[7]Situación especial es la del ejercicio de la libertad de expresión en materia cinematográfica, sujeto en prácticamente todos los países a un sistema de censura y calificación. Nuestra Constitución contempla la existencia de un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica (art. 19.12 inc. final).

[8]Ignacio de Otto ejemplifica esto diciendo que en el caso "de la prohibición de utilizar explosivos para hacer una obra de arte o en la de instalar un laboratorio peligroso en una vivienda, nos hallamos ante normas que no regulan supuestos de hecho pertenecientes al derecho fundamental, sino de otra naturaleza, aunque puedan guardar una ocasional relación con el derecho propiamente dicho. La sanción de un eventual incendio neroniano no es limitación del arte, sino sanción de un incendio"; *op. cit.*, 146.

Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y de información, particularmente por la labor de la jurisprudencia. Y en el segundo en razón de la influencia del pensamiento jurídico español durante los últimos años, en especial en el ámbito del Derecho Constitucional. Además, el caso español resulta de interés debido a los casos de corrupción que afectaron la última etapa del gobierno del Partido Socialista Obrero español, que fueron denunciados fundamentalmente por la prensa.

B) Los límites de las libertades de expresión y de información como mecanismos de control de los órganos y funcionarios públicos. Los casos de Estados Unidos, España y Chile. Dado que las libertades que nos ocupan tienen límites inmanentes, lo usual es que los distintos sistemas jurídicos se encargan de describirlos expresamente, y sancionan como delitos todos aquellos casos en que se actúa fuera de los mismos. Pero también suele acontecer que lo que constituye delito si afecta a personas privadas, no lo es cuando dice relación con personas que ejercen funciones públicas. Asimismo, en el derecho comparado se ha planteado también la posibilidad de que los jueces adopten medidas restrictivas de aquellas libertades, ya sea para proteger otros derechos y libertades, ya para garantizar el éxito de las investigaciones judiciales. Por último, en muchos ordenamientos se contempla la posibilidad de que el afectado por una información tenga derecho a rectificar o replicar respecto de la misma.

1. La situación en Estados Unidos de Norteamérica

a) La difusión de informaciones de personas que ejercen cargos públicos. La Corte Suprema norteamericana ha fijado distintos parámetros, según si la información dice relación con un particular cualquiera, o con un funcionario público. Según el alto Tribunal, en un sistema constitucional el desempeño de una función pública conlleva una serie de cargas. Entre éstas se cuenta la posibilidad y necesidad de que quien ejerce tal actividad esté sujeto a la crítica y el control de los medios de comunicación. Por ello, y a partir de la interpretación de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, la Corte Suprema de ese país ha señalado que la información y debate sobre asuntos públicos a través de los medios de comunicación pueden incluir actitudes vehementes y cáusticas hacia funcionarios públicos[9]. Es más, el alto tribunal ha resuelto que, tratándose de informaciones relativas a funcionarios públicos, el medio difusor sólo puede ser sancionado cuando publicó una información falsa, a sabiendas que lo era. Si la información falsa se publicó sin mediar malicia sino que mera negligencia, no puede haber sanción.

b) Las restricciones judiciales a la información. La prevalencia de las libertades de expresión y de información han llevado a la jurisprudencia norteamericana a rechazar la posibilidad de que los jueces impongan a los medios

[9]Así lo resolvió en New York Times v. Sullivan, en el año 1964. Al respecto ver Siegan, 168 y ss.; también en Witt, 93-94.

Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de comunicación la denominada "regla del silencio". Aquélla no es más que la medida de restricción a la información sobre un juicio, adoptada por un juez para garantizar los derechos del acusado[10]. La Corte Suprema ha resuelto que por regla general dicha medida supone una restricción previa inconstitucional, y por tanto un atentado a la Primera Enmienda[11]. Sólo podría estar justificada en casos graves, atendidas las circunstancias de cada juicio[12].

c) El derecho a réplica o a rectificación. Por útimo, la jurisprudencia norteamericana ha resuelto que la Constitución no ampara el derecho a réplica respecto de informaciones que puedan afectar la imagen de alguien. A juicio de la Corte Suprema, si bien es deseable la existencia de una prensa responsable, esta responsabilidad no está bajo el mandato de la Constitución pues, como muchas otras virtudes, no se puede legislar sobre ella. Es más, la Corte señaló que decidir qué se publica y qué no se publica, así como la forma en que se hace, son facultades exclusivas del editor[13].

2. *La situación en España*

a) La difusión de informaciones de personas que ejercen cargos públicos. En España la Constitución señala que las libertades de expresión y de información[14] tienen como límite el respeto de los demás derechos y libertades fundamentales, en especial "el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia"[15]. Al respecto el Tribunal Constitucional español ha señalado que aquellas libertades son el sustento de un sistema político pluralista y democrático[16]. Por tal razón les ha dado una interpre-

[10]Witt, 78.

[11]"Nebraska Press Association v. Stuart", año 1976. En Witt, 104.

[12]*Ibid.* "En Seattle Times Co. v. Rhinehart", año 1984, la Corte Suprema consideró legítima una medida de prohibición de informar respecto de ciertos antecedentes de un juicio penal. Witt, 105.

[13]"Miami Herald Publishing v. Tornillo", año 1974. En Witt, 83.

[14]El artículo 20.1 de la Constitución española reconoce estas libertades de la siguiente forma: "Se reconocen y protegen los derechos:

A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción.

A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

A la libertad de cátedra.

A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades".

[15]Art. 20.4 de la Constitución española. El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen están reconocidos expresamente en el artículo 18.1 de la magna carta de España. A su vez la protección de la juventud y de la infancia está reconocida tácitamente a lo largo del Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución española, arts. 39-52.

[16]Sentencias del Tribunal Constitucional español 6/1981, de 16 de marzo; 12/1982, de 31 de marzo; 74/1982, de 7 de diciembre; 56/1983, de 28 de junio; 159/1986, de 12 de diciembre, entre otras. En *Boletín de Jurisprudencia Constitucional, op. cit.*

Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tación más bien amplia en cuanto a sus límites[17].

Según el alto Tribunal, la Constitución ampara la información veraz, lo que no significa que prive "de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, o sencillamente no probadas en juicio, cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador a quien se puede y se debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido contrastado con datos objetivos, privando así de garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la comunicación, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente ni menos a quien comunica como hechos simples rumores, o lo que es peor, meras insinuaciones insidiosas"[18]. Es decir, el máximo intérprete de la Constitución española entiende que en sí misma la difusión de información falsa no es reprochable. Pero sí lo será cuando aquello se deba a conductas dolosas o negligentes.

Asimismo, en España se sanciona como desacato las calumnias, injurias y ataques injustificados a la moralidad y a la dignidad de una autoridad. Finalmente, el ordenamiento jurídico español contempla como tipo penal especial las injurias al Jefe del Estado, o sea al Rey[19]. Pero en todo caso, el Tribunal Constitucional ha advertido que la determinación de los límites concretos de estas libertades, debe fijarse caso a caso, ponderando una serie de circunstancias. Entre éstas se cuentan: el tipo de información; si el afectado por la información es un órgano o funcionario estatal o, por el contrario, una persona privada; si ha existido o no ánimo de injuriar, etc.[20]

b) Las restricciones judiciales a la información. En España se contempla la posibilidad de que determinadas actuaciones del proceso penal sean secretas en fase de sumario, lo que "no prohíbe conocer por medios lícitos, y al margen de la actuación judicial, cualquier hecho referente a la materia litigiosa"[21]. Es decir, no se prohíbe que los medios de comunicación puedan difundir informaciones relativas a un juicio, siempre que no hayan sido obtenidas ilícitamente del propio proceso.

c) El derecho a réplica o a rectificación. Por último, en España la Ley Orgánica 2/1984, contempla el derecho de rectificación de informaciones que puedan afectar los derechos de una persona[22]. En caso de obstrucción al ejerci-

[17] Sentencias del Tribunal Constitucional español 104/1986, de 17 de julio; 107/1988, de 8 de junio; 21/1989, de 3 de julio; 171/1990, de 5 de noviembre. En *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, op. cit. Ver también Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Marcial Pons, 1995, segunda edición, y Torres del Moral, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Universidad Complutense, 1992, tercera edición.

[18] Sentencia del Tribunal Constitucional español 15/1993 de 18 de enero. En *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, op. cit.

[19] Torres, 420.

[20] Sentencias del Tribunal Constitucional español 104/1986, y 20/1990, de 13 de febrero. En *Boletín de Jurisprudencia Constitucional, op. cit.*

[21] Torres, 424-425.

[22] Ver Torres, 426 y ss.; Pérez, 304-305.

Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cio del derecho en cuestión, la Ley contempla un procedimiento judicial tendiente a hacerlo efectivo.

3. La situación en Chile

a) La difusión de informaciones de personas que ejercen cargos públicos. El constituyente chileno ha reconocido expresamente las libertades de expresión y de información en el artículo 19.12[23]. Pero junto con ello ha reconocido también el derecho al "respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia", en el artículo 19.4. Y ha señalado que la infracción de este derecho "cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley".

Además el propio artículo 19.12 de nuestra Constitución señala también que el reconocimiento de las libertades de expresión e información es sin perjuicio del deber 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". Pero nótese que el constituyente no habla de delitos de injuria y calumnia, sino que de "delitos y abusos". Es decir, contempló la posibilidad de sancionar no sólo los delitos clásicos de opinión, sino que dejó abierta la posibilidad para que el legislador contemplase otros tipos penales.

Hasta hoy no se ha dictado la ley de quórum calificado contemplada por la Constitución, por lo que de conformidad al art. 5º transitorio rigen las leyes que actualmente tratan estas materias: Código Penal y Ley 16.643, sobre Abusos de Publicidad. Existe también una norma especial en la Ley 12.927, sobre Seguridad del Estado, que en todo caso es de dudosa constitucionalidad, según se verá más adelante.

El Código Penal castiga los delitos de calumnia e injuria en los artículos 412 a 431. Pero es la Ley sobre Abusos de Publicidad la que reúne los delitos y abusos que pueden cometerse a través del ejercicio de las libertades de expresión e información[24]. En lo que interesa a este trabajo, la ley en cuestión sanciona:

1. la imputación o difusión maliciosa de informaciones o documentos falsos (art.19 inc. 1º);
2. la difusión de información calificada de secreta o reservada "por disposición de la ley o de un acto de autoridad fundado en la ley", o de documentos o

[23] Sobre las libertades de información y de expresión en la Constitución chilena pueden consultarse Cea Egaña, José Luis: *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1988, 96 y ss. También Evans de la Cuadra, Enrique: *Los Derechos Constitucionales*, Santiago, Edit. Jurídica, 1986, Vol. I, 295 y ss.

[24] Provocación a los delitos; noticias falsas o no autorizadas; delitos contras las buenas costumbres, y delitos contra las personas.

Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

piezas de un proceso penal en estado de sumario, o "que se haya ordenado mantener en reserva" (art. 19 inc.2°);
3. los delitos de injuria y calumnia (art. 21 inc. 1°);
4. el delito de difamación, o sea la imputación de hechos determinados sobre la vida privada de alguien, sin su consentimiento, y causándole perjuicio (art. 22)[25].

La ley contempla así una serie de casos, que no se encuadran dentro de los límites de las libertades que nos ocupan, sino que constituyen ilícitos penales. Sin embargo, ni el constituyente ni el legislador chilenos han podido pasar por alto la trascendencia de estas libertades en un Estado de Derecho, así como el hecho de que quien ejerce cargos públicos no está en igual situación que un particular cualquiera. Por ello la Constitución de 1980, ampara la difusión por los medios de comunicación de informaciones relativas a la vida pública y privada de personas que ejercen cargos públicos, siempre que sean verdaderas. En concreto, la magna carta dispone que en la difusión de esas informaciones los medios de comunicación pueden "excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares" (art. 19.4).

No obstante, la Corte Suprema ha efectuado una interesante precisión en relación a la difusión de informaciones sobre la vida privada de personas que ejercen funciones públicas. El alto Tribunal ha declarado que si bien es posible difundir hechos de la vida privada de estas personas, ha señalado también que esto sólo es posible respecto de aquéllos "que puedan incidir en su vida pública, ya que la sociedad tiene derecho a conocerlos cuando puedan afectar el desempeño de su cargo"[26]. Se trata pues de una interpretación de suyo importante a efectos de determinar los alcances del delito de difamación, contemplado en la Ley de Abusos de Publicidad.

En concordancia con lo anterior, y a propósito del delito de injuria, el Código Penal admite la prueba de la veracidad de las imputaciones "dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo" (art. 420). Una norma similar a la del código punitivo se contempla en la Ley de Abusos de Publicidad, a propósito del mismo delito (art. 21, inciso penúltimo, letra b). Pero además, la ley agrega la posibilidad de alegar la excepción de veracidad en caso de injurias cuando se acrediten otras situaciones, como por ejem-

[25] La ley contempla además como delito, lo que podría denominarse el "chantaje" de difundir una información si no se otorga a cambio una prestación (art. 21 inc. 2°).

[26] *Fallos del Mes*, N° 415, junio, 1993, p. 347. Se trata de la sentencia recaída en el recurso de protección relativo al libro *Impunidad diplomática*, cuya circulación fue prohibida por el máximo tribunal de la República.

Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

plo cuando "la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real" (art. 21, inciso penúltimo, letra a)[27]. Sin duda esto es muy importante a efectos del control de la corrupción, pues no se olvide que muchas veces intervienen en casos de este tipo no sólo funcionarios públicos, sino también personas privadas.

Pero la Ley 12.927, sobre Seguridad del Estado, contiene un precepto que no se ajusta muy bien al marco jurídico señalado hasta aquí. Su artículo 6º, letra b) sanciona a quienes "difamen, injurien o calumnien al Presidente de la República, Ministros de Estado, Senadores o Diputados, miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, Contralor General de la República, Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, o General Director de Carabineros, sea que la difamación, la injuria o la calumnia se cometa con motivo o no del ejercicio de las funciones del ofendido". Es decir, la norma impone una mayor restricción a las libertades de expresión y de información, precisamente respecto de personas que ejercen los más importantes cargos públicos del país. Ello resulta más que discutible en relación al ejercicio de esas libertades por los medios de comunicación.

Recuérdese que el artículo 19.4 de la carta fundamental reconoce a los medios de comunicación la facultad de demostrar la veracidad de las informaciones relativas a la vida privada de personas públicas. Pero además, la norma impide la excepción de veracidad respecto de las injurias, cuestión que está expresamente permitida en el Código Penal (art. 420) y en la Ley de Abusos de Publicidad (art. 21). Sin embargo, como la Constitución y la Ley de Abusos de Publicidad son posteriores a la Ley de Seguridad Interior del Estado, parece claro que frente a la norma del artículo 6º de esta última, priman los artículos 19.4 y 21 de la magna carta y de la Ley 16.643, respectivamente.

b) Las restricciones judiciales a la información. Nuestro ordenamiento procesal penal contempla el secreto de las actuaciones del sumario, y la Ley de Abusos de Publicidad sanciona la difusión de documentos o piezas de un proceso penal en estado de sumario (art. 19 inciso 2º). Y esta misma ley faculta a los tribunales para "prohibir la divulgación por cualquier medio de difusión de informaciones concernientes a determinados juicios de que conozcan" (art. 25 inciso 1º). Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en un interesante fallo, ha resuelto que este precepto es inconstitucional. En sentencia de 26 de ju-

[27] El artículo en cuestión agrega que también procede la excepción de veracidad: cuando "la imputación aludiere a directores o administradores de empresas comerciales, industriales o financieras que solicitaren públicamente capitales o créditos y versare sobre hechos relativos a su desempeño en tales calidades, o sobre el estado de los negocios de las empresas en cuestión" (letra c), y cuando "la imputación se dirigiere contra algún testigo en razón de la deposición que hubiere prestado, o de ministros de un culto permitido en la República sobre hechos concernientes al desempeño de su ministerio" (letra d).

Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nio de 1997[28], la Corte sostuvo que "el artículo 25 de la Ley 16.643,..., dejó de tener vigencia, por disponerlo así el artículo quinto transitorio de la Constitución Política de la República, en relación con el N°. 12 de su artículo 19" (considerando 4). A juicio del tribunal esa conclusión no se altera por el hecho de que una ley postconstitucional, la 19.048, haya introducido modificaciones a dicho artículo 25 de la Ley 16.643. La Corte entiende que el legislador no pudo validar una medida contraria a la Constitución, "y ante la contradicción entre una ley fundamental y otra de rango inferior, debe preferirse la primera" (considerando 5)[29].

c) El derecho a réplica o a rectificación. Por último, señalemos que la propia Constitución reconoce el derecho de rectificación a "toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social" (art. 19.12. inc. 3º). El ejercicio del derecho en cuestión está regulado por la Ley de Abusos de Publicidad, arts. 11 y siguientes. La ley contempla incluso un procedimiento judicial para el caso en que el medio de comunicación, obligado a publicar una rectificación, no lo haga (art. 13).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como se verá a estas alturas, tanto en nuestro país como en el Derecho comparado se ha dado especial protección a las libertades de expresión y de información. Pero sin dudas es Estados Unidos de Norteamérica el país en donde mayor amplitud se ha dado a los límites de los mismos, y obviamente ello repercute en los límites de otros derechos y libertades. En aquel país sólo son sancionables las informaciones sobre funcionarios públicos publicadas a sabiendas que eran falsas. Por el contrario, la diligencia exigida en España y Chile a los medios de comunicación en esta materia es mayor. En éstos se sancionará la difusión de informaciones erróneas o falsas, ya sea que haya dolo o negligencia de parte del medio de comunicación.

En términos generales, la situación de estas libertades es bastante similar en España y Chile. En España, el régimen jurídico de éstas ha dado cabida a

[28] Recaída en la apelación interpuesta por el Colegio de Periodistas de Chile en contra de la resolución del 5° Juzgado del Crimen de Viña del Mar, que decretó prohibición de informar sobre el proceso por narcotráfico seguido en contra de Mario Silva Leiva.

[29] No analizaremos aquí la validez del criterio de declaración de inconstitucionalidad seguido por la Corte de Valparaíso. Pero parece claro que, sin perjuicio de la exactitud y valor doctrinario de la sentencia, el procedimiento se aparta de lo prescrito en la Constitución acerca de la declaración de inconstitucionalidad de normas legales. Recuérdese que en nuestro sistema constitucional sólo corresponde a la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, a través del recurso de inaplicabilidad contemplado en el artículo 80 de la magna carta. En cualquier caso, la Corte Suprema ya había señalado que todo precepto limitativo de la libertad de información debe ser interpretado de manera restrictiva. Ver *Gaceta Jurídica* Nº 132, año 1991, p. 30.

Artículo: Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: José Ignacio Martínez Estay

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

una gran cantidad de denuncias de corrupción a través de los medios de comunicación, en especial la prensa. De hecho en gran medida ellas fueron las causantes de que el Partido Socialista Obrero español, perdiera las elecciones de marzo de 1996. Se trata pues de una clara demostración de cómo las libertades de expresión y de información pueden llegar a jugar un rol fundamental en el control del poder en los regímenes constitucionales contemporáneos.

En Chile las libertades de expresión e información están llamadas a jugar el trascendente rol al que el constitucionalismo de hoy les llama, y desde luego los medios de comunicación son quienes deben desempeñarlo. Lejos está el tiempo en que alguna jurisprudencia declaró que "un diario no es uno de los órganos que asegure la estabilidad del Gobierno, la paz pública o las garantías constitucionales"[30].

Pero evidentemente los medios de comunicación no pueden ejercer dichas libertades de cualquier forma. Ello no sólo porque éstas están sujetas a los límites que nos hemos referido, sino también porque, en último término, la culpabilidad o inocencia de una persona sólo pueden declararla los jueces. De ahí la necesidad de que el ejercicio de las libertades en cuestión se haga siempre con prudencia, considerando no sólo la legítima pretensión de denunciar hechos oscuros, sino también la dignidad de las personas.

[30]Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1972. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXIX, 3 y 4, 1972, Sección IV, p. 46.