

Censura judicial y libertad de expresión: Sistema Interamericano y derecho chileno*

1. INTRODUCCIÓN

Históricamente, en el contexto de numerosos regímenes dictatoriales, imperaba en muchos países de América Latina la censura administrativa, esto es, aquella emanada de órganos dependientes del poder ejecutivo. Esto afectaba tanto a publicaciones escritas como a medios audiovisuales y subsistía, bajo distintas modalidades, tanto en estados de excepción como en situaciones en que regían las regulaciones permanentes. Sin embargo, en la medida en que se transita hacia regímenes democráticos, dicha forma de censura tiende a desaparecer —aunque no necesariamente de manera automática, como lo demuestra el caso chileno—. En cambio, y con distinta intensidad según los países —considerando, incluso, que en una serie de ellos no existen casos registrados en los últimos años—, los tribunales emiten prohibiciones de

* Agradezco a la Universidad Carlos III de Madrid y a su Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, donde, en el contexto de una estancia académica, llevé a cabo la mayor parte de esta investigación, así como a los miembros del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales (CIJ), por sus observaciones a un borrador previo de este trabajo, así como a Patricio Zapata, quien fuera el comentarista invitado a dicha sesión del CIJ. Lo anterior, por cierto, no los compromete con mis aseveraciones. Este artículo fue publicado anteriormente en González, Felipe (ed.), *Libertad de expresión en Chile*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

exhibición de películas, de comercialización de libros y de otras formas de expresión.

En este trabajo se analiza esta última cuestión, es decir, la prohibición judicial de las expresiones, analizándose si ella constituye o no una forma de censura. Para tales efectos se estudia el tratamiento del asunto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos —y se hacen referencias a los otros sistemas internacionales de protección de tales derechos—, así como a la evolución y estado actual de esta materia en Chile.

Otro aspecto que resulta relevante determinar es hasta qué momento es procedente hablar de censura previa. En una serie de episodios acontecidos en Chile y otros países de Latinoamérica en los últimos años, se han emitido prohibiciones judiciales de expresiones una vez que tales expresiones ya han comenzado a ser difundidas (*v. gr.*, un libro es incautado por orden judicial cuando ya se encuentra en venta en librerías). ¿Cabe hablar en casos así de censura previa? ¿O se está ya dentro del ámbito del establecimiento de responsabilidades ulteriores?

El tema se revisará aquí únicamente en relación con situaciones de normalidad constitucional, dado que su regulación bajo estados de excepción sigue una lógica diferente. No obstante, al revisarse la situación en el derecho comparado, se harán algunas referencias a dichos estados cuando ello resulte pertinente para el análisis de la cuestión principal. Desde luego, y como se explica en este trabajo, el hecho de que el mismo se centre en la cuestión de la censura previa no significa desconocer la relevancia central que posee asimismo una regulación adecuada de las responsabilidades ulteriores. Sin embargo, por las razones que se expondrán, la censura previa y en particular la censura previa judicial requieren de un enfoque diferenciado al de las responsabilidades ulteriores.

2. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LA CENSURA JUDICIAL

En materia de censura, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha lidiado a lo largo de la historia con la de tipo administrativo, principalmente. Esta es una consecuencia obvia del hecho de que durante por lo menos sus tres primeras décadas de

Censura judicial y libertad de expresión...

funcionamiento —las de los años sesenta, setenta y ochenta—,¹ dicho Sistema concentró sus tareas fundamentalmente en los regímenes dictatoriales, que utilizaban de manera cotidiana ese mecanismo. Así, puede observarse que numerosos informes sobre países preparados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en esa época revisaban críticamente los instrumentos de censura administrativa imperantes, calificándolos de vulneratorios de la libertad de expresión.

Sin embargo, el instrumento central del Sistema Interamericano en materia de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —también conocida como Pacto de San José de Costa Rica— no se refiere de manera específica a la censura administrativa, sino que contempla una prohibición general de la censura previa. A este respecto, la Convención dispone en su artículo 13.2 que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión “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 de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. En su numeral 4, el mismo artículo añade que “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”.

Internándose más allá de la censura administrativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó las bases para un abordaje general del problema de la censura en una de sus primeras opiniones consultivas en 1985.² Luego de calificar a la libertad de expresión como un pilar de una sociedad democrática, la Corte sostuvo que constituye censura previa cualquier forma

¹ Hablo aquí de las tres primeras décadas a contar de 1960 porque fue en esa fecha que comenzó propiamente a operar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con la puesta en marcha de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; si bien la OEA había sido creada en 1948, antes del establecimiento de la Comisión, la OEA carecía de órganos de protección de derechos.

² Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

de medida preventiva —esto es, no solo las de carácter administrativo— que impida el ejercicio de dicha libertad, señalando que

[e]l artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por este medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia *toda medida preventiva* significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención”.³ (Las cursivas son nuestras)

Estas ideas han sido posteriormente reiteradas por la Comisión y la Corte en una serie de ocasiones, entre ellas en dos casos seguidos contra el Estado de Chile: el de la censura del libro *Impunidad diplomática* (decidido por la Comisión) y el de la película “La Última Tentación de Cristo” (en el que la Corte dictó sentencia en 2001). Cabe hacer notar que en estos dos casos la censura había emanado de sede judicial y no de órganos administrativos. Por ejemplo, en el caso del libro *Impunidad diplomática*, la Comisión sostuvo: “La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del artículo 13, es absoluta. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares”.⁴ En el caso de la película “La Última Tentación de Cristo”, la Corte señaló que

[e]s importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.⁵

³ *Idem*, párr. 38.

⁴ Comisión IDH, informe 11/96, caso 11.230 (Chile), 3 de mayo de 1996, párr. 56.

⁵ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73, párr. 70.

Censura judicial y libertad de expresión...

La Corte —y la Comisión, basándose en la doctrina de aquella— también se ha adentrado en la cuestión de las responsabilidades posteriores. Este análisis también resulta de suma pertinencia para delimitar el concepto de censura previa. Como se ha señalado, la propia Convención Americana plantea explícitamente una bipolaridad, conforme a la cual existen dos mecanismos restrictivos de la libertad de expresión. El primero, ilegítimo de acuerdo con la Convención, es la censura previa. El segundo, legítimo en la medida en que se ajuste a ciertos parámetros, el establecimiento de responsabilidades posteriores. No hay, sobre este particular, una “tercera vía”.⁶

Lo anterior resulta de crucial importancia para determinar hasta qué momento es procedente hablar de censura previa. Retomando las preguntas formuladas al comienzo de este trabajo, ¿se trata solo de aquellas prohibiciones que recaen sobre expresiones aún no emitidas o difundidas? ¿O se extiende el concepto de censura previa hasta el dictado de una sentencia judicial firme que establezca las responsabilidades posteriores? Lo central será determinar desde qué momento cabe decir que se encuentran establecidas las responsabilidades posteriores.

En la opinión consultiva mencionada más arriba, en la que, como hemos dicho, la Corte Interamericana sentó las bases en materia de libertad de expresión conforme al Pacto de San José, se desarrolla el tema de las responsabilidades posteriores. Al respecto, la Corte señaló que para su determinación es necesario

[...] que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas;
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley;
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines.⁷

⁶ Esta bipolaridad aparece asimismo de manifiesto en el fallo más reciente de la Corte Interamericana en materia de libertad de expresión. Véase Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.

⁷ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párr. 39.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, cuando se plantea en sede judicial por vía de una medida cautelar la prohibición de difundir ciertas expresiones, como ocurre en Chile a través de los recursos de protección o de medidas cautelares solicitadas en procesos penales, no se están satisfaciendo los requisitos antes reseñados. Más aún, tratándose de un recurso de protección no solo es la medida cautelar dictada al comienzo o durante la tramitación del mismo la que es contraria a la Convención Americana, sino que ni siquiera una sentencia firme recaída en un recurso de esa naturaleza pasaría el test de la Convención. Esto porque, debido a su carácter de cautelar, la sentencia pronunciada en un recurso de protección no reúne los requisitos como para que pueda sostenerse que sea idónea para el establecimiento de responsabilidades ulteriores. En efecto, mal podría sostenerse que la regulación del recurso de protección en Chile establezca propiamente de forma previa causales de responsabilidad —como lo exige la letra *a*) de la cita recién hecha de la sentencia de la Corte— ni, en consecuencia, tampoco contiene una regulación que defina expresa y taxativamente esas causales, según lo exige la letra *b*) del párrafo citado. Sobre este último punto cabe añadir que en Chile nunca ha sido dictada una ley regulatoria del recurso de protección, por lo que el mismo se rige en buena medida —ya que hay muchos aspectos no cubiertos por la Constitución— por un auto acordado de la Corte Suprema.

El tratamiento dado por la Comisión Interamericana a la censura del libro *Cecilia, la vida en llamas* en el año 2003 es ilustrativo en este aspecto. El libro, una biografía no autorizada por la persona de la que trata, la cantante popular chilena Cecilia Pantoja, estuvo en venta en librerías durante casi dos meses. Sin embargo, en diciembre de 2002, un tribunal del crimen ordenó la incautación de todos los ejemplares del libro cuando el proceso penal se encontraba en sus inicios. Lo hizo como una medida preventiva, para la protección de la honra de la presunta víctima y para asegurar los medios de comisión del supuesto delito —el caso se analiza con mayor detalle más adelante en este trabajo—.

La Clínica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, además de impugnar a nivel judicial interno dicha incautación, presentó un pedido de medidas cautelares a la Comisión Interamericana, habida cuenta de la situación de censura previa, dado que se trataba de una incautación dispuesta

Censura judicial y libertad de expresión...

sin que mediara una sentencia firme en el proceso judicial. La Comisión acogió el pedido y solicitó a Chile la adopción de medidas cautelares —de las establecidas en el Reglamento de la Comisión en su art. 25— destinadas a levantar la prohibición del libro.⁸

Con el mismo criterio ha venido operando el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión, quien ha manifestado su preocupación por la afectación de tal libertad no solo cuando la prohibición ha tenido lugar antes de su difusión inicial, sino en general cuando ella ha ocurrido como medida judicial una vez que la obra ya ha comenzado a ser difundida.

Por eso, Fernando Toller —que ha dedicado un estudio exhaustivo a la cuestión de las medidas cautelares en materia de libertad de expresión, de cuyos puntos de vista en general discrepo y que voy confrontando a lo largo de este trabajo—⁹ yerra el punto cuando señala que

[...] si en el caso Martorell los tribunales chilenos hubiesen dejado que el libro estuviese a la venta un día o dos y luego hubiesen dictado un secuestro judicial y una prohibición de venta y distribución, podría sostenerse, con sólidos argumentos, que se trata de una consecuencia ulterior de los actos, de algo que debe englobarse dentro de las responsabilidades ulteriores a la difusión, y no de una censura previa.¹⁰

⁸ Nota dirigida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Gobierno de Chile en relación con medidas cautelares solicitadas respecto del libro *Cecilia, la vida en llamas*, 7 de marzo de 2003. El art. 25 del Reglamento de la Comisión dispone que “[e]n caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas”. En este sentido, la Comisión no ha establecido una distinción —porque, conforme a la Convención Americana no cabía hacerla— entre una situación como la de *El libro negro de la justicia chilena*, que fue prohibido e incautado por orden judicial en 1999, sin que hubiera alcanzado a ser difundido, y el de *Cecilia, la vida en llamas*, que, como hemos dicho, estuvo en venta durante algún tiempo.

⁹ Toller, Fernando M., *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva: estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1999.

¹⁰ *Ibidem*, nota 264 del cap. VIII, al pie de página 545.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

No se trata solamente de que los actos ya hayan tenido consecuencias ulteriores, sino de que las responsabilidades que ellos pueden involucrar hayan sido establecidas apropiadamente. Y esto solo se logra, de acuerdo con los estándares interamericanos, cuando se ha dictado una sentencia firme en un proceso idóneo para ello.

En sus presentaciones ante la Comisión y la Corte en los casos mencionados, el Estado de Chile ha planteado el problema de la censura previa de un modo diferente. De parecido tenor es la visión que proporciona Toller.

Dicho argumento discurre en torno a una serie de disposiciones de la Convención Americana, intentando interpretar a la luz de estas el artículo 13 —que regula la libertad de expresión—. Una de las disposiciones invocadas en tal dirección es la del artículo 11 de la Convención, que consagra el derecho a la honra. En realidad, cuando el Estado chileno invocaba esta disposición, reproducía el debate que se había producido previamente a nivel interno, puesto que había sido precisamente sobre la base de una supuesta protección del derecho a la honra que los tribunales habían prohibido el libro *Impunidad Diplomática* y la película “La Última Tentación de Cristo”.

Otra disposición mencionada es la del artículo 32 de la Convención, que se refiere a la correlación entre derechos y deberes, estableciendo que “[t]oda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad” (num. 1) y agregando en su numeral 2 que “[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Toller también se adentra en otro ámbito, referido al derecho a la protección judicial, que la Convención reconoce en el artículo 25.1. Esta disposición establece que “[t]oda persona tiene derecho a un juicio sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Toller señala que

Censura judicial y libertad de expresión...

[...] este artículo no puede ser entendido restrictivamente, confinándolo a la tutela reparatoria o retributiva. Por el contrario, la norma confiere también —y especialmente— el derecho a impetrar una tutela judicial preventiva ante una amenaza de violación a esos derechos —amenaza que es en sí misma, una forma de violación—, puesto que tal tutela en ciertos casos es el único modo de “amparar” al demandante.¹¹

Lo cierto es que en la jurisprudencia del Sistema Interamericano, el desarrollo de la garantía de la protección judicial ha jugado un papel sumamente relevante. Esta ha sido usada, sin ir más lejos, como uno de los parámetros para determinar la incompatibilidad de las normas internas de amnistía de violaciones graves a los derechos humanos con la Convención Americana.¹² Tal es su importancia, que la Corte Interamericana ha señalado desde sus primeras opiniones consultivas que la protección judicial se encuentra dentro de los derechos no suspendibles durante la vigencia de estados de excepción.¹³

Sin embargo, comparado con los tres aspectos mencionados anteriormente, el artículo 13 de la Convención ofrece una regulación más específica. Nótese que la protección de la reputación no solo aparece en el artículo 11 citado, sino que es reconocida expresamente en el artículo 13 como un límite a la libertad de expresión. No obstante, el propio artículo 13 se encarga de señalar expresamente que la censura previa es un mecanismo prohibido, añadiendo que las vías de salvaguarda para la reputación deben ser otras, a saber, el establecimiento de responsabilidades ulteriores.

¹¹ *Idem.*

¹² Véase la jurisprudencia desarrollada por la Comisión IDH, a partir de los casos sobre las leyes de amnistía en Argentina y Uruguay; informe 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992, e informe 29/92, casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375 (Uruguay), 2 de octubre de 1992. Véase Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75.

¹³ Corte IDH, *El habeas corpus* bajo la suspensión de garantías, opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987; Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia*, opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Referente a la correlación entre derechos y deberes a que se refiere el artículo 32 de la Convención, en rigor, aun sin esta disposición expresa tal correlación existiría, puesto que la tarea hermenéutica en el caso del conflicto de derechos —y los derechos ajenos le acarrearán a uno deberes de respeto— consiste en ponderarlos adecuadamente. Como ha señalado la Corte Interamericana, el artículo 32.2 “[no es] aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado”. La Corte añade que “[e]l artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas”.¹⁴ Pero en el caso de la libertad de expresión sí se indican estas restricciones por la Convención y además se establece que existe un mecanismo prohibido, que es la censura previa.

Para ilustrar el asunto podemos recurrir a otro derecho: argumentar del modo como lo ha hecho el Estado chileno sería análogo a señalar que, dado que la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias contempla limitaciones expresas (la protección de “la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”, según dispone el art. 12.3 de la Convención), ello justificaría pasar por alto que existe disposición específica y expresa de que se trata de un derecho no suspendible bajo estados de excepción (art. 27.2 de la Convención). En otros términos, los potenciales conflictos de derechos, incluso cuando ellos aparecen explícitos en la Convención bajo la forma de limitaciones de unos a otros, no pueden resolverse a través de mecanismos expresamente prohibidos, como serían la suspensión de derechos no suspendibles de acuerdo con la Convención o el recurso a la censura previa, prohibida por ella para épocas de normalidad constitucional.

Lo propio cabe sostener en relación con el derecho a la protección judicial. Ya hemos señalado la importancia reconocida

¹⁴ Ambas citas son de Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra*, párr. 65.

Censura judicial y libertad de expresión...

por el Sistema Interamericano a este derecho. También hemos observado la centralidad que posee el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, no se trata en este punto de determinar cuál de estos derechos posee un mayor peso en el caso específico (ni menos de determinar *in abstracto* cuál derecho posee una mayor jerarquía, como se han aventurado a hacer los tribunales chilenos,¹⁵ apartándose de los desarrollos en la teoría del derecho y la jurisprudencia modernas).¹⁶ Se trata de que la regulación de la libertad de expresión incluye un mecanismo prohibido, la censura previa.

El punto puede ilustrarse recurriendo a un potencial conflicto entre otros derechos. Supongamos que existen serios antecedentes de que una persona detenida posee información acerca de un atentado con consecuencias mortales pronto a llevarse a cabo, pero esa persona se niega a proporcionar información al respecto. ¿Sería legítimo torturar a esa persona para salvar vidas ajenas? La respuesta sería claramente negativa desde el punto de vista del derecho internacional. Pero el fundamento de dicha respuesta no sería que el derecho a la integridad personal es de mayor peso en el caso específico ni menos que es de una jerarquía superior al derecho a la vida, sino que la tortura es un “mecanismo” expresamente prohibido. *Mutatis mutandi*, este razonamiento es aplicable al tema que nos viene ocupando.

¹⁵ Se trata de una aproximación a este tipo de problemas muy corriente en la jurisprudencia chilena, que fue llevada al extremo en el caso Martorell, donde se construyó una “teoría numerológica” de la Constitución, conforme a la cual tendrían una jerarquía descendiente los derechos según el numeral del art. 19 en que se encuentren consagrados. La tesis más habitual, que no invoca la “teoría numerológica”, pero que recurre a una jerarquía de derechos, ha aparecido reiterada recientemente en materia de libertad de expresión en la sentencia de la Corte Suprema en el caso de la obra de teatro “Prat”, en la que se señala que el derecho a la honra es superior en jerarquía a aquella libertad. Este caso se analizará más adelante en este apartado.

¹⁶ Véanse, por ejemplo, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pp. 89 y ss., con abundantes ejemplos de la jurisprudencia alemana, y Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999, pp. 72 y ss. Cabe hacer notar que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos tampoco ha intentado jerarquizar *in abstracto* los derechos reconocidos en los tratados y declaraciones.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En abono a la tesis sostenida por los órganos del Sistema Interamericano, es posible recurrir también a la distinción que realiza Dworkin entre principios y normas, observando que los primeros “tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios interfieren [...], quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”. En tanto —añade—, “[l]as normas no tienen esta dimensión [...] cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso”.¹⁷ Aplicado esto a la materia que nos ocupa, si bien la libertad de expresión en general sería, en la terminología de Dworkin, un principio cuyo peso relativo correspondería ponderar con el de otros principios —como el de la protección de la honra—, en lo que se refiere a la prohibición de la censura previa estaríamos frente a una norma que impone un deber específico, no susceptible de ser ponderado con otros estándares. En consecuencia, la ponderación entre libertad de expresión y honra tendría lugar en el momento de establecer responsabilidades ulteriores, pero no se extendería a las etapas previas a ese momento.

También se ha argumentado que la Convención, en su versión inglesa, al referirse a la censura previa, emplea las palabras *prior censorship* y no *prior restraint* y que la primera sería más circunscrita en sus alcances, refiriéndose la segunda, en cambio, a las medidas restrictivas de carácter general. Sin embargo, de la exposición que antes hemos hecho del derecho comparado en la materia resulta que la distinción no es necesariamente tan clara. Si bien la expresión *prior censorship* ha sido ocupada en ocasiones para aludir a la censura administrativa, también lo ha sido para referirse a las restricciones previas en general, como lo demuestra abundante jurisprudencia de Estados Unidos sobre este punto.

Pero más allá de eso, un análisis sistemático del artículo 13 de la Convención conduce a entender el *prior restraint* como inclusivo de cualquier tipo de restricciones previas, especialmente al regularse el asunto de manera bipolar —censura previa vs. establecimiento de responsabilidades ulteriores—, tal como lo hemos

¹⁷ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 77-78.

Censura judicial y libertad de expresión...

explicado anteriormente. En esta misma dirección se ha pronunciado Serna, al indicar sobre este punto que “lo decisivo no es la expresión utilizada [*prior censorship* o *prior restraint*], sino la admisión con carácter exclusivo de responsabilidades ulteriores. En esto, más allá del rechazo de la censura administrativa, consiste la aludida doctrina”.¹⁸

Existe otro aspecto potencialmente conflictivo que no ha sido abordado en los casos contenciosos que venimos mencionando en el Sistema Interamericano debido a que no versaban sobre él. Me refiero al asunto del que trata el numeral 5 del artículo 13 de la Convención. Este establece lo siguiente:

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.

La Convención ha dedicado un tratamiento especial a esta situación habida cuenta de su gravedad. Algunos han argumentado que esta disposición autorizaría la censura previa de las expresiones a las que ella se refiere.

Un análisis cuidadoso de la Convención, sin embargo, conduce a una conclusión diferente: lo que hace el artículo 13.5 es señalar que los Estados deberán sancionar las referidas expresiones. El texto en inglés de la Convención es más claro en este sentido, al disponer que tales incitaciones “*shall be considered as offenses punishable by law*”. De cualquier modo, la cuestión central no es la literalidad del texto, sino el sistema de abordaje de la libertad de expresión y la censura previa en la Convención.

En efecto, como anotáramos más arriba, el artículo 13, inciso 2, prohíbe la censura previa de las expresiones. En la única hipótesis en que la Convención autoriza la censura previa (para la

¹⁸ Serna, Pedro, “La llamada «censura previa judicial» y el derecho constitucional argentino: consideraciones a partir de la constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, 1998, vol. II, pp. 1415-1436.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

protección de la infancia y la adolescencia, cosa que lleva a cabo el inc. 4 de la misma disposición) no solo lo hace expresamente, sino que además señala que ello es sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2. Ninguna referencia o remisión de este tipo contiene el inciso 5 del artículo 13.

Aunque ni la Comisión ni la Corte Interamericana han decidido casos contenciosos en que hayan abordado explícitamente este tema, lo cierto es que de la manera en que la Corte ha tratado la cuestión de la censura previa desde la opinión consultiva 5 se desprende que ella no ha interpretado el inciso 5 referido como autorizando la censura previa. Es así que tanto en esa opinión consultiva como en el caso de “La Última Tentación de Cristo”, la Corte ha señalado perentoriamente que, conforme a la Convención Americana, todas las medidas preventivas de las expresiones quedan prohibidas, indicando como única excepción la protección de la infancia y la adolescencia. En consecuencia, no procede la censura previa para las incitaciones que menciona el artículo 5.

El hecho de que ni aun bajo las graves circunstancias caracterizadas en el inciso 5 la Convención permita la censura previa, refuerza el argumento de que ella no es procedente respecto de otro tipo de afectaciones a derechos, como la honra o la intimidad de las personas, que han sido los más frecuentemente invocados para perseguir la censura de expresiones en Chile y otros países de Latinoamérica en los últimos años. Si ni para cuestiones de tanta gravedad como las mencionadas incitaciones la Convención reconoce la legitimidad de la censura previa, mal podría entenderse que la autoriza para esas otras infracciones que, pudiendo llegar también a ser graves, son usualmente de menor entidad que aquellas.

Por último, se ha planteado por Toller que la situación de las prohibiciones judiciales podría corresponder a una laguna de la Convención; en sus propias palabras, “se veda la censura previa administrativa y se permite las responsabilidades ulteriores que tengan determinados fines, pero el tratado no se pronuncia sobre medidas judiciales que no penalizan sino que previenen el agravio a esos bienes cuya tutela hasta justifica una condena penal”.¹⁹

¹⁹ Toller, Fernando M., *op. cit.*, p. 543.

Censura judicial y libertad de expresión...

La tesis recién mencionada es insostenible, conforme a los argumentos que he venido desarrollando en las páginas anteriores. La Convención regula esta materia de manera bipolar, y no existe un tercer camino entre la censura previa y el establecimiento de responsabilidades ulteriores. Una decisión judicial constituirá o no una forma adecuada de establecer estas responsabilidades —y, en consecuencia, será legítima de acuerdo con el sistema de la Convención— dependiendo de la fase en que sea dictada —debe tratarse de una sentencia firme— y de que el tipo de proceso sea idóneo —esto es, no puede tratarse de un procedimiento cautelar.

La Corte ha asumido expresamente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es más protectora de la libertad de expresión que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, observando que “[l]a comparación hecha entre el artículo 13 [de la Convención Americana] y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art. 10) y del Pacto (art. 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”, añadiendo que “el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, solo sea porque este no prohíbe expresamente la censura previa”.²⁰ En consecuencia, una diferencia fundamental de la Convención Americana respecto de los dos otros tratados internacionales recién mencionados es que aquella establece una prohibición de la censura previa para tiempos de normalidad constitucional. Ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni el Convenio Europeo contienen una prohibición tan perentoria al respecto.

El Pacto Internacional establece en su artículo 19, y luego de consagrar la garantía de la libertad de expresión, que su ejercicio “entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente —añade—, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que

²⁰ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra*, párrs. 50 y 45.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.” Cabe observar que la redacción antedicha es idéntica a las de las letras a) y b) del inciso 2 del artículo 13 de la Convención Americana, que más arriba hemos citado. La diferencia radica en que esta última, adoptada tres años después que el Pacto Internacional, distingue expresamente entre censura previa y responsabilidades ulteriores, en la forma en que lo hemos descrito.

Por su parte, el Convenio Europeo —muy anterior, adoptado en 1950— también establece en su artículo 10 que el ejercicio de la libertad de expresión importa deberes y responsabilidades y que dicho derecho

[...] podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones o para garantizar la autoidad y la imparcialidad del poder judicial.

Según se advierte, el Convenio Europeo no contiene una prohibición de la censura previa.

Siempre en lo relativo a la libertad de expresión, siendo como son exactamente similares ciertos pasajes de la Convención Americana y el Pacto Internacional y difiriendo significativamente en otros pasajes sobre la misma materia, es evidente que el énfasis de la Convención Americana en la cuestión de la censura no es secundario, y que todo conduce a entender que ella prohíbe no solamente la censura administrativa, sino también la judicial.²¹

²¹ El voto separado del juez Piza Escalante en la OC-5 así lo señala expresamente: “el artículo 19.3 del Pacto Internacional corresponde casi exactamente al art. 13.2 de la Convención Americana, salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa y a que substituyó, de modo expreso, la posibilidad de «ciertas restricciones» del primero, por la de «responsabilidades ulteriores», substitución que no puede considerarse

2.1. La lógica del contexto

Preguntándose por la razón de ser de las perentorias disposiciones de la Convención Americana respecto de la censura, Toller plantea la posibilidad de que ello obedezca a

[...] que la norma, adoptada en un contexto de democracias frágiles y autocracias frecuentes, fue diseñada para evitar que los gobiernos, socapa de proteger los distintos bienes jurídicos que se enuncian en el inciso 2 [del artículo 13] como merecedores de tutela *a posteriori*, establezcan en épocas de normalidad un sistema de censura previa administrativa y política.²²

Este argumento le sirve de base para interpretar la Convención de un modo tal que no prohibiría las restricciones judiciales a las expresiones.

Sin embargo, no se divisa por qué el peligro que se intentaba prevenir a través de la regulación de la libertad de expresión en la mencionada Convención no se extendería también a las prohibiciones judiciales.

En efecto, si se observa de manera general la Convención Americana, se apreciará que a pesar de haber sido adoptada en un contexto en que muchos países del continente americano estaban dominados por regímenes autoritarios, muchas de sus disposiciones representaron en su momento avances significativos comparadas con las regulaciones internas de los Estados e, incluso, respecto de algunos puntos en relación con la normativa internacional de la época. En otro trabajo me he detenido con mayor detalle a revisar las razones de que ello aconteciera,²³ pero de manera sintética podría señalarse que ello se inscribiría dentro de la tendencia latinoamericana a aprobar garantías que nunca

accidental o semántica, sino intencional y de fondo". Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra*, párr. 8 del mencionado voto separado.

²² Toller, Fernando M., *op. cit.*, p. 542.

²³ Véase González, Felipe, "La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas", en González, Felipe (ed.), *Derechos humanos e interés público, Cuadernos de Análisis Jurídico*, serie Publicaciones Especiales, núm. 11, Facultad de Derechos Universidad Diego Portales, 2001, pp. 154 y ss.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

llegaban a ser operativas (lo cual era —y continúa siendo, aunque en menor medida— típico en el caso de las establecidas a nivel constitucional); además, muchos de los gobiernos de la época se limitaron a aprobar la Convención sin ratificarla para que entrara en vigor respecto de ellos, lo que en la mayoría de los casos solo se realizó una vez que se emprendieron procesos de transición a la democracia.

En este sentido, la Convención Americana se mueve inequívocamente dentro de la lógica de un régimen democrático y, por lo mismo, mal pueden ser interpretadas sus disposiciones —a la manera como lo viene haciendo Toller— de un modo restrictivo, como si se tratase de meros paliativos a los excesos de regímenes autoritarios. Tanto las disposiciones sustantivas como las orgánicas y procesales —acerca de los roles de la Comisión y la Corte Interamericana— del Pacto de San José están dirigidas de manera principal a contribuir al fortalecimiento de los derechos humanos en el contexto de sistemas democráticos. Los regímenes autoritarios, en cambio, corresponden a situaciones anómalas dentro de la lógica de la Convención, que deben ser superadas para que este instrumento internacional alcance plenos efectos.²⁴

Más bien, y en una nota sobre el contexto en abono de la interpretación que la Comisión y la Corte Interamericana han hecho del Pacto de San José de Costa Rica, cabría apuntar que las limitaciones históricas, tanto políticas como culturales, impuestas al debate público en nuestros países justifican de sobra una protección amplia de la libertad de expresión, a fin de fortalecer dicho debate y facilitar las condiciones para el desarrollo de un escrutinio ciudadano vigoroso respecto del quehacer de las auto-

²⁴ En el fondo, se trata de la misma discusión que ha tenido lugar respecto de los roles de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de si su objetivo central es la confrontación de violaciones masivas y sistemáticas cometidas por dictaduras, o bien la protección de los derechos humanos en un sistema democrático. Esta última postura es la que —con razón— se ha terminado imponiendo. Véase Farer, Tom, “The future of the Inter-American Commission on Human Rights: Promotion versus Exposure”, en Cox, Francisco y Méndez, Juan (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, IIDH, 1998, pp. 515-536; y González, Felipe, “Informes sobre países, protección y promoción”, en Cox, Francisco y Méndez, Juan, *op. cit.*, pp. 493-513.

Censura judicial y libertad de expresión...

ridades y de los actores públicos. En sociedades en que la transparencia del quehacer público no ha sido precisamente la nota predominante, en que la sociedad civil es débil y los mecanismos de participación son limitados, una protección significativa de la libertad de expresión resulta central.

Además, no solo en lo referido a la dimensión política de la libertad de expresión, sino también a sus alcances en otras esferas, como la autonomía personal en materia religiosa y moral, así como en el ámbito de la creación artística, una protección fuerte de la libertad de expresión también es requerida en un contexto como el latinoamericano. Se trata, en efecto, de sociedades jerarquizadas, en las que históricamente se ha intentado imponer una homogeneidad cultural “desde arriba”, lo cual ha afectado a disidentes religiosos, pueblos indígenas, minorías sexuales y grupos discriminados en general, así como a muchas iniciativas innovadoras en el terreno de las artes.

Que esta protección fuerte de la libertad de expresión incluya la prohibición de la censura judicial por parte del Sistema Interamericano no es extraño, si se considera que los sistemas judiciales de la región han tradicionalmente contribuido a perpetuar este estado de cosas en los ámbitos indicados en los dos párrafos anteriores,²⁵ brindando especial reconocimiento a las autoridades estatales y, en general, a los actores públicos, así como a las tendencias culturales hegemónicas. A tanto ha llegado el asunto que, como lo demuestra paradigmáticamente el tratamiento dado en Chile a la película “La Última Tentación de Cristo”, en determinadas circunstancias han sido los propios tribunales los que le han enmendado la plana a órganos administrativos de censura, prohibiendo lo que estos permitían.²⁶

²⁵ En este sentido, Serna, que considera que las interdicciones judiciales de las expresiones —a las que no llama “censura judicial”— pueden justificarse en determinados contextos, señala que en el ámbito interamericano su prohibición posee lógica, teniendo “presente el dato de la debilidad y escasa independencia del poder judicial en los mismos países. Dicho sea entre paréntesis —añade— tal vez sea ese dato lo que, en la situación dada, justifique la exclusión *a priori* de las interdicciones judiciales”. Serna, Pedro, *op. cit.*, p. 1427.

²⁶ En este caso, en los años finales de la dictadura militar, el Consejo de Calificación Cinematográfica —un órgano administrativo de censura que se

3. QUÉ TAN PREVENTIVAS SON LAS RESPONSABILIDADES ULTERIORES O DE LO SUPERFLUO O NO DE LAS MEDIDAS DE CENSURA PREVIA

Como hemos visto a lo largo de este estudio, uno de los ejes de la discusión acerca de lo que constituye censura previa está determinado por la delimitación de las responsabilidades ulteriores. Más aún, hemos sostenido que en el Sistema Interamericano rige una situación nítida de bipolaridad, de acuerdo con la cual no existe un tercer ámbito distinto de la censura previa y las responsabilidades ulteriores.

A veces se objeta, sin embargo, que este énfasis en la mencionada distinción oscurece el hecho de que un sistema de responsabilidades ulteriores también posee un efecto preventivo. En efecto, un sistema tal, especialmente si posee carácter penal, pero aun si solo es de naturaleza civil, persigue prevenir la comisión de determinadas conductas.

Esta objeción ya fue planteada por Roscoe Pound, cuando apuntara que la distinción entre las medidas de censura

[...] y la declaración de un tribunal de que una amenazada publicación envuelve una violación gruesa y palpable de derechos privados para los cuales una acción de daños y perjuicios no sería solución, seguida por un proceso por *contempt* en caso de violación, no es muy sustancial. No puede negarse de que para la mayoría esas limitaciones pueden reconciliarse con la doctrina de que está prohibida toda interferencia preventiva con la publicación. Pero esta doctrina hace que la garantía [de la libertad de expresión] sea meramente formal [...].²⁷

mantuvo en vigor en la Constitución Política de Chile hasta 2002— prohibió la película. Posteriormente, ya durante la transición a la democracia, ante un nuevo requerimiento en tal sentido —y con una nueva integración—, el Consejo levantó la prohibición. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago primero y la Corte Suprema después revocaron la decisión del Consejo y mantuvieron la censura de la película.

²⁷ Pound, Roscoe, “Equitable Relief Against Defamation and Injuries to Personality”, en *Harvard Law Review*, vol. 29, núm. 6, abr, 1916, pp. 653-655; cit. por Toller (cit.), p. 584.

Censura judicial y libertad de expresión...

Claro que, desde el punto de vista del Sistema Universal de Derechos Humanos en general y del Sistema Interamericano en particular, no ha sido pasada por alto la relevancia de regular adecuadamente las responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión. Como ya hemos visto, la propia Corte Interamericana ha acometido la tarea de precisar en qué consisten esas responsabilidades ulteriores. Además, en lo relativo a la Comisión Interamericana, ella se ha enfocado a la revisión de diversas normativas referentes a dichas responsabilidades, especialmente las denominadas “normas de desacato”, a las cuales ya se ha hecho mención. El estudio y crítica de las normas de desacato en una serie de Estados del continente americano lo viene realizando la Comisión desde hace una década, a partir de un documento de carácter general que elaborara en la materia estableciendo la incompatibilidad de dichas normas con los estándares interamericanos.²⁸ Además, el trabajo desarrollado por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH ha incluido también numerosos análisis referidos a las responsabilidades ulteriores.²⁹

Asimismo, los referidos órganos interamericanos de derechos humanos han revisado otras normativas que establecen responsabilidades ulteriores en materia de expresión y opinión. De hecho, la Comisión ha planteado la necesidad de sacar estas materias del ámbito penal, por lo desmedida que resulta esta herramienta para lidiar con esos asuntos. La única excepción que ha reconocido la Comisión se funda en el numeral 5 del artículo 13 de la Convención que, como hemos señalado, establece la necesidad de prohibir la propaganda a favor de la guerra y ciertas incitaciones a la violencia basadas en consideraciones discriminatorias. Por otra parte, regulaciones civiles desproporcionadas que, por ejemplo, establezcan indemnizaciones multimillonarias y sin distinción para medios de comunicación grandes o peque-

²⁸ Comisión IDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.v.htm

²⁹ Véase Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Libertad de Expresión en las Américas: los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2003.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ños financieramente pueden producir también un efecto muy gravoso sobre el ejercicio de la libertad de expresión.

Como se ha desarrollado latamente en la jurisprudencia de Estados Unidos, las responsabilidades ulteriores, cuando son demasiado gravosas para la libertad de expresión, producen un *chilling effect*, es decir, un efecto de “enfriamiento” de las expresiones y del debate público. Bajo tales circunstancias podría ocurrir que los medios de comunicación o personas naturales no emitan determinadas expresiones por temor a las sanciones que ello les acarrearía.

A ello cabe añadir que un sistema de responsabilidades ulteriores que comprenda normas vagas, por ejemplo, las que incluyan tipos penales en blanco —pero no solo ellas—, pueden resultar igualmente lesivas para la libertad de expresión, impidiendo en la práctica una libre formulación de las ideas. Tal ha sido el caso en Chile de muchas normas contenidas en la Ley de Seguridad del Estado.

Habidas las consideraciones recién expuestas, ¿no será ocioso, entonces, continuar poniendo énfasis en el problema de la censura previa y en su distinción con las responsabilidades ulteriores? ¿No se tratará, además, de un fenómeno marginal en la actualidad que, por lo mismo, no merece mayor atención?

Hay que tener en cuenta que lo que aquí se plantea no es poner énfasis en la cuestión de la censura previa *en desmedro* de la atención que se preste a la forma en que se halle regulado el sistema de responsabilidades ulteriores. No se trata, por cierto, de poner énfasis en la censura previa y al mismo tiempo entregar una suerte de “cheque en blanco” a los Estados en lo referido a dichas responsabilidades. Sin embargo, la distinción conceptual entre censura previa y responsabilidades ulteriores, así como la relevancia autónoma que la cuestión de la censura previa posee, subsisten por las razones que paso a explicar.

El hecho de que un sistema de responsabilidades ulteriores posea también un efecto disuasivo no significa que sea conceptualmente asimilable a la censura previa, cuyo núcleo, por definición, consiste en su carácter preventivo. Los sistemas jurídicos comprenden numerosos tipos de medidas cautelares, que no son conceptualmente asimilables a las sanciones *a posteriori*. Como se-

Censura judicial y libertad de expresión...

ñala Bickel, “una restricción previa, por contraste [con las responsabilidades ulteriores] y por definición, da una sanción inmediata e irreversible. Si puede decirse que una amenaza de sanciones penales o civiles después de la publicación «enfría» la expresión, una restricción previa la «congela», al menos por un tiempo”.³⁰

Además, en el caso de las responsabilidades ulteriores, la decisión última de ponerse o no en una posición de riesgo y emitir o no la expresión recae en el —potencial— emisor y no en un órgano estatal.

Aunque el efecto disuasivo que puede llegar a producir el sistema de responsabilidades ulteriores sea enorme, no puede disolverse en un “caldo” común con la censura previa. Esto solo generaría confusión y desprotección para la libertad de expresión. En efecto, mientras que tratándose de la censura previa su prohibición en tiempos de normalidad constitucional es absoluta bajo el Sistema Interamericano, lo propio no acontece en relación con las responsabilidades ulteriores, respecto de las cuales lo que impone la normativa interamericana es ceñirlas a ciertos parámetros. Situar a estas últimas como parte de un *continuum* con la censura previa significaría restarle importancia y perentoriedad a la prohibición de esta última y haría desaparecer el parámetro más claro en la materia.

Pero además, desechar esta distinción tendría efectos perjudiciales para el propio sistema de responsabilidades ulteriores. Dejar de lado la prohibición perentoria de la censura muy probablemente conduciría también a una relajación del escrutinio y revisión crítica de las sanciones *a posteriori*. Eliminado el parámetro más elemental, la fuerza de los demás parámetros tendería a diluirse.

4. LA CENSURA JUDICIAL DURANTE LA TRANSICIÓN CHILENA

Desde el inicio de la transición a la democracia en Chile en 1990, han existido tanto casos de prohibición de libros como de películas. Salvo los casos de películas cuya difusión fue prohibida por el

³⁰ Bickel, Alexander, *The Morality of Consent*, Yale University Press, 1975, p. 61; cit. por Toller, Fernando M., *op. cit.*, p. 585.

Consejo de Calificación Cinematográfica —un órgano de carácter administrativo— que operó hasta que entró en vigor la derogación de la censura en 2002, los demás episodios se han originado como resultado de decisiones judiciales.³¹

Cinco de estos casos han correspondido a prohibición de libros. Debido a que la Constitución —ni siquiera antes de su reforma en 2002— autoriza la censura de libros, los jueces han dictado las prohibiciones de estos basándose en la doctrina de que tales medidas no constituyen propiamente actos de censura —lo que ocurriría solo cuando un órgano administrativo prohíbe una obra—, utilizando para ellos diversas disposiciones legales.

El primero de los libros prohibidos durante la transición fue una investigación de la periodista María Irene Soto titulada *Los Secretos de Fra-Fra*. Este libro estuvo prohibido entre 1992 y 1999 en virtud de una orden judicial. El libro poseía un claro interés público, ya que se refería al supuesto aprovechamiento de su posición política privilegiada para efectos de sus negocios por parte del conocido empresario Francisco Javier Errázuriz, quien acababa de ser candidato a la Presidencia de la República y luego sería elegido Senador. La decisión de prohibirlo se basó en una disposición del Código de Procedimiento Penal dirigida a asegurar el éxito de la investigación judicial.³²

³¹ Desde el inicio de la transición, el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió 28 películas —entre las que resaltan “Pepi, Lucy, Bom y Otras Chicas del Montón”, de Pedro Almodóvar; “Bilbao”, de Bigas Luna, y “El Portero de Noche”, de Liliana Cavani— y más de 250 videos —incluyendo “Casanova”, de Fellini; “Llueve Sobre Santiago”, de Helvio Soto; “Las Edades de Lulú”, de Bigas Luna; “Sinfonía Diuksoniana”, de Rick Wakeman, y “La Historia de O”, de Just Jaeckin. Véase Olave, Daniel y Parra, Marco Antonio de la, *Pantalla prohibida: La censura cinematográfica en Chile*, Grijalbo, 2001, pp. 276 y ss. Los autores señalan que la lista —que ellos reproducen— fue hecha pública en marzo de 2001 por el Ministerio de Educación (aquí solo nos hemos referido a los años de la transición; la lista es, por cierto, muy extensa, ya que comprende las películas y videos prohibidos entre 1972 y 2000).

³² Se trata del art. 7, que señala: “Considéranse como primeras diligencias dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación de los delinquentes [...]”

Censura judicial y libertad de expresión...

El segundo libro prohibido fue *Ética y servicios de inteligencia*, de Humberto Palamara, un exmiembro de la Marina chilena, en el cual se desarrollan ciertos estándares para el trabajo de dichos organismos, pero sin hacer referencia a la experiencia de las agencias de inteligencia chilenas.³³ El libro fue prohibido por orden de un juez naval, basándose en el Código de Justicia Militar, y al momento del allanamiento de la casa del autor le fue borrado el disco duro de su computadora que contenía el libro. El libro permanece prohibido hasta la fecha y Humberto Palamara recibió dos condenas penales por parte de los tribunales navales, que fueron confirmadas por la Corte Suprema. Respecto de este caso se interpuso una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien en 2004 presentó una demanda ante la Corte Interamericana contra el Estado de Chile, por considerar vulnerada la libertad de expresión.

Un tercer libro prohibido fue *Impunidad diplomática*, del periodista Francisco Martorell, que se refería a supuestas orgías y otras conductas de una serie de personajes públicos, incluidos diplomáticos, empresarios y políticos. El libro fue prohibido primero por la Corte de Apelaciones de Santiago y luego por la Corte Suprema en el contexto de un recurso de protección.³⁴ Se sostuvo por los tribunales que dicha prohibición era imprescindible para proteger el derecho a la honra de los afectados, que dicho derecho es superior al derecho a la libertad de expresión (basándose, entre otros, en el curioso argumento de que en la Constitución chilena el numeral que consagra el derecho a la honra antecede a aquel que reconoce la libertad de expresión), y que esta actuación judicial no representaba un acto de censura, ya que solo cabría hablar de esta cuando sea un órgano administrativo en un régimen autoritario el que adopta tal decisión.

El caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que condenó al Estado de Chile por violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La

³³ De hecho, los primeros peritos encargados por el tribunal para establecer si la publicación del libro constituía un peligro para los intereses de la Marina determinaron que no lo había, y fue recién una segunda pareja de peritos los que consideraron que existía tal peligro.

³⁴ Equivalente al amparo en los sistemas jurídicos de otros países.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Comisión se hizo cargo de determinar si se trataba o no de un caso de censura, estableciendo que sí lo constituía, ya que era irrelevante para ello el que la prohibición emanara de un órgano administrativo o de un órgano judicial, de un régimen dictatorial o de uno democrático. No obstante, dicha resolución, de 1996, no ha sido cumplida, permaneciendo el libro censurado hasta la fecha.

La cuarta publicación prohibida durante la transición fue *El libro negro de la justicia chilena*, que permaneció censurado entre 1999 y 2001. El libro, de la periodista Alejandra Matus, describía la situación del sistema judicial chileno desde los años sesenta, formulando acusaciones de desidia en materia de protección de los derechos humanos —las cuales ya habían sido planteadas por la Comisión de Verdad— y de corrupción. Un ministro de la Corte Suprema, Servando Jordán, a quien se aludía en el libro —y contra quien se había interpuesto una acusación constitucional por notable abandono de deberes—, interpuso una querrela y pidió la prohibición, que fue acogida. La censura de este libro produjo gran revuelo en la opinión pública y en la clase política que no había ocurrido en los casos anteriores. Este caso condujo a la reforma de la Ley de Seguridad del Estado (ley 12.927, en adelante LSE), en varios aspectos, incluyendo la derogación de dos artículos de ella que habían sido históricamente empleados por los tribunales para censurar publicaciones.³⁵ A raíz de esta reforma, la censura de *El libro negro de la justicia chilena* fue levantada. Sin embargo, y a pesar de haber sido solicitada inmediatamente después de la reforma de la LSE, esta decisión tomó varios meses, para lo cual el Tribunal se fundó en que se encontraba determinando si existirían otros delitos cometidos además del de la LSE por el cual originalmente la autora había sido perseguida. Esto demostró que el Tribunal no consideraba que su facultad de prohibir libros hubiera desaparecido junto con la reforma de la LSE.

El quinto episodio de censura de libros se produjo en diciembre de 2002, cuando una jueza del crimen ordenó la incautación

³⁵ Los arts. 16 y 30 de la Ley de Seguridad del Estado, derogados en 2001 y 2002, respectivamente.

Censura judicial y libertad de expresión...

de todos los ejemplares del libro *Cecilia, la vida en llamas*, del periodista Cristóbal Peña. Ello tuvo lugar en el contexto de una querrela por injurias interpuesta por la cantante popular Cecilia Pantoja. La orden de incautación no hacía referencia a disposición legal alguna. Cuando la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales —que representaba al autor del libro— solicitó la revocación de dicha medida, el tribunal, para denegar tal solicitud, invocó los artículos 7 y 114 del Código de Procedimiento Penal. La prohibición fue confirmada por la Corte de Apelaciones —con voto de mayoría de Sergio Valenzuela Patiño y Humberto Provoste y voto disidente de Sergio Muñoz, quien estuvo a favor de levantar la prohibición—. Sin embargo, dicha medida fue levantada por razones procesales posteriormente, luego de que se comprobara la inacción del querellante durante más de un mes. Cabe resaltar que en este caso nunca llegó a ser dictado siquiera un auto de procesamiento respecto del autor del libro, por lo que además de vulnerarse su derecho a la libertad de expresión, se transgredió su derecho a la presunción de inocencia. En relación con este caso, y como se ha descrito antes en este trabajo, la Comisión Interamericana dispuso la adopción de medidas cautelares destinadas al levantamiento de la censura.

En materia de obras audiovisuales, durante los primeros años de la transición, el Consejo de Calificación Cinematográfica mantuvo —como antes se ha anotado— su política de censurar determinadas obras. Más tarde la composición del Consejo fue modificada y, promediando la década de los noventa, el Consejo levantó la prohibición que había impuesto en la época de la dictadura para exhibir la película “La Última Tentación de Cristo”.³⁶ Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago primero y la Corte Suprema después, pronunciándose a propósito de un recurso de protección, resolvieron mantener la censura, por considerar la película lesiva para la honra de un grupo de católicos, de la Iglesia católica y del mismo Jesucristo, señalando, además, que el Consejo carecía de la facultad de levantar la prohibición de películas que hubiera sido dispuesta por los tribunales. En los

³⁶ Se trata, como es sabido, de una película del reconocido director Martin Scorsese, basada en un libro de Nikos Kazantzakis, que circula libremente en Chile.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

años ochenta, la prohibición de “La Última Tentación de Cristo” había sido apelada ante los tribunales y estos habían confirmado la censura de esta película. El caso fue entonces presentado ante la Comisión Interamericana, la que estableció una violación de la Convención Americana, siendo posteriormente enviado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien resolvió de igual manera en enero de 2001. Estas resoluciones no vinieron sino a reafirmar la reiterada doctrina del Sistema Interamericano, según la cual constituye censura cualquier tipo de medida preventiva dirigida a prohibir la circulación o exhibición de una obra. En la sentencia de la Corte Interamericana sobre “La Última Tentación” se ordenó al Estado de Chile la derogación de la censura y además se señaló que el Estado debería rendir cuentas cada seis meses acerca de los avances al respecto. Ello se concretó casi dos años después, al entrar en vigor una reforma constitucional orientada a tal efecto.

Tanto la reforma de la Constitución aboliendo la censura cinematográfica como la ocurrida respecto de la LSE tuvieron como desencadenante principal decisiones judiciales (la prohibición, respectivamente, de “La Última Tentación de Cristo” y de *El libro negro de la justicia chilena*). De ahí que la finalidad de las reformas de la Constitución y de la Ley de Seguridad del Estado antes mencionadas haya sido la de terminar con la práctica de la censura de una manera general y debiera implicar que en lo sucesivo no solo no existan órganos administrativos con el poder de censurar obras, sino también el término de las prohibiciones judiciales. Sin embargo, esta no ha sido la tónica de las resoluciones judiciales subsecuentes.

Otro caso que concitó la atención pública a partir de mediados de 2002 y cuyo debate en estrados judiciales se extendió durante casi un año, fue el de la obra de teatro “Prat”. Varias acciones judiciales fueron interpuestas para intentar prohibir la obra, debido a la visión heterodoxa que ella presentaba sobre el máximo héroe chileno de la Guerra del Pacífico que tuvo lugar hace más de un siglo con Perú y Bolivia. En la obra —cuya autora y directora son Manuela Infante y María José Parga, respectivamente— aparece un adolescente llamado Prat al mando de un barco, que estaría caracterizado como un hijo sobreprotegido por su madre, que acaricia y se deja acariciar el pelo por otro hombre

Censura judicial y libertad de expresión...

y que se encuentra bebido.³⁷ Asociado a la polémica generada en torno a esta obra, que había contado con un financiamiento estatal de dos millones de pesos —equivalentes aproximadamente a unos tres mil dólares de Estados Unidos de la época—, renunció la coordinadora del Fondo de la Artes y la Cultura (FONDART), dependiente del Ministerio de Educación, Nivia Palma.³⁸

Las iniciativas para impedir el estreno de la obra se iniciaron con una querrela interpuesta por la presidenta de la Corporación 11 de Septiembre —de inspiración pinochetista— bajo la LSE. La querrela fue declarada inadmisible por estar restringida la presentación de querellas conforme a esa ley a determinadas autoridades, excluyéndose a los particulares. Posteriormente, un ciudadano, a título personal, interpuso un recurso de protección destinado al mismo fin, por considerar la obra ofensiva contra Prat. Pero en lo que es más grave por su proveniencia, cinco parlamentarios de bancadas de gobierno y de oposición, solicitaron a la ministra de Educación suspender el estreno de la obra.³⁹

³⁷ Mientras tanto, y sin ninguna polémica, se reestrenaba otra obra vinculada a Prat, llamada “Arturo y el ángel”, en que un grupo de niños representa el combate naval de Iquique en un pueblo campesino. “Otro montaje vinculado a la figura de Arturo Prat se estrena en octubre”, *El Mercurio*, 5 oct 2002.

³⁸ La renuncia se produjo ante lo que la directora del FONDART constató como una falta de apoyo a la obra de parte de la ministra de Educación, Mariana Aylwin, indicando que esta última le había prohibido asistir al estreno de la obra y realizar cualquier declaración pública al respecto. El jefe de la División de Cultura del Ministerio de Educación ofreció una versión distinta, señalando que, por su intermedio, la ministra solo le había pedido prudencia a la coordinadora. No obstante, reconoció que en torno a la obra se había producido un “clima beligerante”, sin desmentir a Nivia Palma acerca de la existencia de fuertes presiones. Cabe señalar que el apoyo financiero brindado por el Estado a la obra, el mismo se concretó a través de una selección de ella en un concurso, cuyo jurado fue encabezado por Fernando González, un reconocido especialista que dirige una prestigiosa escuela de Teatro.

³⁹ “Diputados proponen suspensión temporal de FONDART y de obra «Prat»”, *La Segunda.cl*, 11 de octubre de 2002. Se trató de los parlamentarios Maximiano Errázuriz (Renovación Nacional) —quien lideró la iniciativa—, Rosauero Martínez (independiente), Samuel Venegas (Partido Radical Social Demócrata), Leopoldo Sánchez (Partido por la Democracia) y Eugenio Bauer (Unión Demócrata Independiente).

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Estos intentos estuvieron precedidos y acompañados de una campaña llevada a cabo desde distintos sectores, en especial por parte de exmiembros de la Marina, cuestionando la obra y el financiamiento estatal que esta había obtenido. Además, de acuerdo con lo que señalara la coordinadora del FONDART, la dramaturga y la directora de la obra recibieron graves amenazas para impedir el estreno de su obra.

Posteriormente, descendientes de Arturo Prat y el Instituto Histórico que lleva el nombre del personaje histórico presentaron recursos de protección para que la obra fuera prohibida. Además, en el contexto de tales recursos, solicitaron en varias ocasiones, como medida para no innovar, su prohibición inmediata. Estas solicitudes fueron rechazadas en decisiones divididas por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Al conocer del fondo del asunto, la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo unánime de los ministros Juan Guzmán y Jorge Zepeda y del abogado integrante Domingo Hernández, rechazó las acciones planteadas. Se trata, además, de una de las primeras sentencias en Chile que sigue de manera explícita los estándares del Sistema Interamericano. En efecto, en este fallo los estándares interamericanos no son citados de manera meramente retórica como ha sido la usanza en nuestro país, sino que constituyen el núcleo de la decisión, al sostenerse que

[...] el citado inciso segundo del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental vigoriza la norma constitucional que asegura a todas las personas la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, y por cualquier medio y hace, además, obligatoria la aplicación de los tratados internacionales en materia de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. La Convención señalada reitera, como se aprecia en el citado artículo 13, que el mencionado derecho puede ejercerse: “oralmente, por escrito o en forma impresa o artística”, que el ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a censura previa;

[...] *está fuera de toda discusión que lo que se pretende mediante la presente acción [de protección] es, precisamente, censurar la pieza teatral denominada “Prat” por contener referencias que se estiman contrarias a la honra y dignidad del héroe Arturo Prat, de su familia y en general de los chilenos. De aceptarse tal planteamiento mediante la*

Censura judicial y libertad de expresión...

*sentencia que se pronuncie respecto a esa acción, se estaría limitando la libertad de expresión y se estaría contraviniendo el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, como se señaló, prohíbe toda censura.*⁴⁰

Cabe resaltar que en el caso en cuestión, la obra de teatro ya había sido exhibida en numerosas oportunidades cuando se dictó la sentencia citada. Los recurrentes argumentaron que en tales circunstancias no podía hablarse de censura previa. Sin embargo, el Tribunal deja en claro que la sede de protección no es la idónea para establecer las eventuales responsabilidades ulteriores, al señalar que

[...] para el caso que la referida libertad de expresión, en atención a la amplitud de su protección, llegara a afectar el honor o dignidad de las personas, derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución y 11 de la Convención, el perjudicado tendría derecho a la protección ante el exceso “*ex post factus*”, conforme a lo dispuesto en el inciso 2° [del artículo 13] del nombrado Pacto de San José, que [...] dispone categóricamente que las responsabilidades posteriores que puedan producirse, deben ser resueltas mediante la decisión de tribunal competente; norma esta coincidente por lo demás, con el artículo 19 N° 12 de la Constitución [...].⁴¹

En otras palabras, la Corte de Apelaciones no se consideró a sí misma actuando por vía de un recurso de protección como tribunal competente para determinar eventuales responsabilidades ulteriores.⁴²

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Chile, Caso *Prat*, fallo TDCDL 1583_PRAT, 16 de abril de 2003, cdos. 18 y 19.

⁴¹ *Ibidem*, cdo. 19.

⁴² De todos modos, el asunto resulta casi borgiano, si se tiene en cuenta que durante sus reiteradas representaciones, la obra de teatro “Prat” iba siendo objeto de constantes cambios. ¿Qué era entonces lo que se buscaba prohibir? Para intentar fundamentar que lo que perseguían no era la censura “previa” de la pieza teatral, los recurrentes sostuvieron en estrados judiciales que a lo que aspiraban era a la prohibición del guión y de la puesta en escena de ese guión. Pero en estricto rigor, ya no era el guión como tal el que estaba siendo puesto en escena. Esto demuestra también lo absurdo de pretender imponer restricciones de esta naturaleza a obras en permanente construcción.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sin embargo, apelado el fallo ante la Corte Suprema, aunque esta permitió en decisión dividida —de tres votos contra dos— la exhibición de la obra —por considerar que el protagonista de la misma no podía ser asimilado al personaje histórico Arturo Prat Chacón y no existir, por lo mismo, acto ilegal o arbitrario, según exige la Constitución para acoger una acción de protección—, retomó la senda de que la honra tendría preeminencia jerárquica sobre la libertad de expresión, señalándolo así en forma expresa: “no cabe duda de que el derecho al honor es un atributo de la personalidad de la mayor importancia y de carácter especialísimo, por lo que *debe gozar de preeminencia sobre otros derechos*”.

Un nuevo caso tuvo lugar en 2003, cuando se anunciaba la exhibición de una nueva temporada del programa de televisión *Enigma*, referido a la investigación de casos o sucesos policiales no resueltos y que han despertado interés público. Para el primer capítulo del ciclo, en el mes de julio, estaba contemplado un reportaje sobre el asesinato del abogado Patricio Torres, quien de acuerdo con la información recabada por el programa televisivo —que incluía información recogida de la investigación judicial—, fue asesinado durante una fiesta que se llevaba a cabo en su oficina en compañía de prostitutas. El caso atrajo la atención pública porque el asesinato se produjo en el contexto de un incendio en la oficina, ubicada en pleno centro de Santiago.

El día antes de que el programa fuera exhibido, la mujer y los hijos del abogado presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Televisión Nacional de Chile, del conductor del programa y de la productora del mismo, pidiendo que se prohibiera la emisión del capítulo respectivo, por estimarlo atentatorio contra el derecho a la honra y a la vida privada de todos ellos. La Corte acogió esta petición vía orden de no innovar, es decir, antes de que se viera el fondo del asunto. Ello se hizo sin proporcionar fundamento alguno. Recién dos meses después, en septiembre, al dictarse sentencia definitiva, se rechazó el recurso interpuesto y se levantó la censura del mencionado programa de televisión.

Es necesario añadir que las incautaciones ordenadas por los tribunales chilenos han solido ser dispuestas como si su procedencia fuese discrecional, en circunstancias en que las medidas

Censura judicial y libertad de expresión...

cautelares son de derecho estricto, especialmente cuando afectan derechos fundamentales. En este sentido, los tribunales no se hacen cargo de aspectos indispensables, tales como la plausibilidad de la acción —esto es, que la acción posea la apariencia de un buen derecho—, la idoneidad de la medida cautelar —que en varios casos de los mencionados claramente no concurría, puesto que las obras eran difundidas profusamente por Internet y a través de ejemplares “piratas” en la calle— y la proporcionalidad de la misma.⁴³

La situación descrita anteriormente pone al Estado de Chile en una situación de responsabilidad internacional. Si bien como efecto de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la película “La Última Tentación de Cristo”, la censura administrativa fue abolida de la Constitución Política, la práctica de censura judicial persiste —y no debe olvidarse que el caso mencionado surgió a propósito de una censura judicial, no de una administrativa—.

Más aún, como hemos señalado, en lo que se refiere al libro *Impunidad diplomática*, el mismo continúa prohibido hasta la fecha, a pesar de que existe una resolución de la Comisión Interamericana que dispuso el cese de su prohibición desde hace muchos años —la decisión de la Comisión es de 1996—. Lo propio ocurre con el libro *Ética y servicios de inteligencia*, que se encuentra prohibido desde hace más de una década.

La Comisión y la Corte Interamericana son los órganos encargados, conforme a la Convención Americana sobre Derechos

⁴³ Como señalara el ministro Muñoz en su voto disidente sobre el caso del libro *Cecilia, la vida en llamas*: “cuando un magistrado dispone una medida dentro del procedimiento debe estar inspirado por el principio de la racionalidad, que le obliga a ponderar especialmente su necesidad, utilidad, proporcionalidad y eficacia. Subyace la concepción de *ultima ratio* del proceso penal, como de las medidas dispuestas en él, dado que resulta impensado que en la actualidad se impida la circulación de una publicación, en atención a las múltiples formas en que se puede dar a conocer y los medios no convencionales de impresión y distribución, como por el hecho que la decisión no puede afectar la libertad de expresión e información, puesto que, cumpliendo las exigencias legales, el imputado o terceros podrán referirse públicamente al impreso y llegar a reproducir nuevamente todo o parte del libro, como de hecho ha ocurrido”.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Humanos, de proporcionar una interpretación auténtica de este tratado. El Estado de Chile, como los demás Estados que son parte de la Convención, se encuentra obligado internacionalmente a cumplir de buena fe el tratado. El hecho de no hacerlo genera responsabilidad internacional.

La práctica judicial chilena entra en abierto conflicto con lo estatuido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con el criterio de la Comisión y la Corte Interamericana, conforme al cual cualquier forma de medida preventiva de la difusión de expresiones se encuentra prohibida en contextos de normalidad constitucional.

A este respecto todavía parece existir escasa conciencia entre los jueces chilenos, como lo demuestra el hecho de que sean muy aisladas las decisiones judiciales en que los estándares interamericanos en la materia son utilizados como base para ellas. En este sentido, destaca notablemente la sentencia mencionada de la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso de la obra de teatro “Prat” que, sin embargo, y como hemos señalado, fue sustancialmente modificada —aun cuando no revocada— por la Corte Suprema, eliminándose de la decisión los pasajes pertinentes en relación a este punto.

5. EL DERECHO DE GENERACIÓN INTERNA CHILENA

A continuación, analizaremos esta materia a partir de las normas jurídicas de generación interna chilena. Empleo esta denominación para poner de manifiesto que las normas de generación interna son solo una parte del derecho chileno, siendo la otra las normas de generación internacional recepcionadas en Chile. Esto nos llevará a considerar tanto el artículo 5, inciso 2 de la Constitución como disposiciones procesales penales y de varias leyes especiales.

El artículo 5, inciso 2 de la Constitución, a partir de la reforma de 1989, establece que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del

Censura judicial y libertad de expresión...

Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. La gran mayoría de la doctrina sostiene que ya sean los tratados a que se refiere esta disposición o los derechos que ellos reconocen poseen rango constitucional. En el primer sentido se cuenta a Cumplido, Díaz Albónico, Nogueira, Troncoso y Vial, y otros.⁴⁴ La segunda tesis, esto es, la de que no son los tratados de derechos humanos como tales sino los derechos, en la forma en que aparecen recogidos en tratados internacionales, los que poseen jerarquía constitucional, ha sido desarrollada por Cecilia Medina.⁴⁵ Una minoría de la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que no habría tratados con rango constitucional.⁴⁶ Sin embargo, este sector de la doctrina no se ha hecho cargo de los argumentos de la tesis de Cecilia Medina recién señalada.⁴⁷

⁴⁴ Cumplido, Francisco, “Historia de una negociación para la protección y garantía de los derechos humanos”, en *Nuevas dimensiones en la protección del individuo*, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales-Universidad de Chile, 1991, pp. 191-197; Díaz Albónico, Rodrigo, “La reforma al artículo 5º de la Constitución política”, *ibidem*, pp. 199-208; Nogueira, Humberto “Constitución y derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, t. II, vol. 20, núms. 2 y 3, 1993, pp. 881-895; Troncoso, Claudio y Vial, Tomás, “Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, núms. 2-3, 1993, pp. 695-704.

⁴⁵ Medina, Cecilia, “Derecho internacional de los derechos humanos”, en Medina, Cecilia y Mera, Jorge (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico*, núm. 6, Facultad de Derecho-Universidad Diego Portales, 1996, pp. 27-84; el punto se trata en pp. 59 y ss.

⁴⁶ Gómez, Gastón, “Constitución, derechos esenciales y tratados”, en *Dogmática constitucional y derechos humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico*, núm. 27, Escuela de Derecho-Universidad Diego Portales, Santiago, 1993, pp. 71-100; Fernández, Miguel Ángel, “La reforma al artículo 5 de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, núm. 3, Universidad Católica de Chile, 1989, pp. 809-825.

⁴⁷ Por ejemplo, el texto de Gastón Gómez, antes citado, es anterior al mencionado trabajo de Cecilia Medina y, por lo mismo, solo se hace cargo de las ideas desarrolladas por ella hasta 1993, que correspondían más bien a la línea principal de la doctrina y no todavía a la tesis de los derechos contenidos en los tratados. Otro texto, más reciente, y que contiene una crítica al fallo del Tribunal Constitucional referido al Estatuto de Roma —que crea la Corte Penal Internacional—, también plantea el problema en términos

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A nivel de la jurisprudencia en materia de libertad de expresión, las referencias al artículo 5, inciso 2 de la Constitución son muy escasas. Más bien, lo que se constata de vez en cuando es que los fallos reproducen algunas normas generales sobre libertad de expresión contenidas en tratados, pero sin que ellas influyan en lo sustantivo de la decisión que se adopta. O sea, la invocación de tales normas suele ser más retórica que tener consecuencias efectivas. De cualquier modo, no ha habido un pronunciamiento de carácter general y explícito de la Corte Suprema acerca del rango de los tratados que consagran derechos humanos o de los derechos contenidos en tratados internacionales. No obstante, en alguna materia específica, como la caución en el giro doloso de cheques, que según la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques debe ser igual al monto del capital, intereses y costas, la Corte ha establecido, en una jurisprudencia no uniforme, que procede decretar la libertad provisional sin exigir esa caución, por ser ella constitutiva de prisión por deudas, prohibida por la Convención Americana.

El que sí se pronunció de manera general y explícita sobre los alcances del artículo 5, inciso 2 fue el Tribunal Constitucional. En 2002, a propósito del debate parlamentario acerca de la ratificación del Tratado de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, el Tribunal Constitucional sostuvo que dado que dicho tratado modificaba la Constitución, una reforma de la misma se hacía indispensable, sin reconocerle estatus constitucional al Tratado de Roma ni a las normas sobre derechos humanos contempladas en él.

Sin embargo, a pesar de que esta decisión del Tribunal Constitucional acarreó obvias consecuencias en relación con la situación de Chile respecto de la Corte Penal Internacional, no ha tenido un mayor impacto en el resto de la jurisprudencia. En general, y no solo en materia de libertad de expresión, los tribunales chilenos tienden a seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema

de la determinación del rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos, aunque no se pronuncia al respecto, ya que sus observaciones discurren sobre la base de otros argumentos. Véase Correa G., Rodrigo y Bascuñán R., Antonio, "El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno", en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 1, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2002, pp. 129-160.

Censura judicial y libertad de expresión...

—de la cual, por lo demás, dependen jerárquicamente— y solo en forma aislada la del Tribunal Constitucional. Además, este Tribunal se encuentra seriamente cuestionado, especialmente en relación con su forma de generación, en la que participan incluso miembros de las Fuerzas Armadas. De hecho, han existido múltiples iniciativas durante la transición por modificar la forma de generación del Tribunal Constitucional.

Dicho todo lo anterior, como una manera de presentar el problema en términos generales, sostengo que *no es indispensable pronunciarse a favor de alguna de las tesis mencionadas sobre el artículo 5, inciso 2 para abordar la cuestión de la censura judicial en Chile*. Ello porque luego de la reforma constitucional que entró en vigor a fines de 2002, toda forma de censura ha quedado abolida. Y para entender los alcances de la abolición de la censura, es suficiente realizar una interpretación armónica de la Constitución y los tratados internacionales, en particular del artículo 13 de la Convención Americana, referido a la libertad de expresión.

En efecto, y como antes se ha dicho, la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso de “La Última Tentación de Cristo”, condenando al Estado de Chile, dispuso la necesidad de abolir la censura en nuestro país. Para dar cumplimiento a la sentencia, se reformó el artículo 19, inciso 12 de la Constitución, derogándose la censura cinematográfica, única que permitía explícitamente la Constitución. Sin embargo, de la sentencia de la Corte Interamericana —que se refería a la necesidad de abolir la censura en general y no solo la censura administrativa, lo cual era de toda lógica si se considera que la película había sido objeto de censura judicial—, así como de la discusión en el Parlamento durante la tramitación de la reforma, se desprende que la reforma constitucional perseguía el objetivo de derogar la censura en general, esto es, la administrativa y la judicial.

Esto se trasunta tanto de la discusión general del proyecto de reforma como del hecho de que, encontrándose el mismo en el Senado, fue retirada por su autor una moción que perseguía declarar expresamente que los jueces no podrían prohibir películas fundándose en que ellas atentaban contra la moral o las buenas costumbres; la razón para retirar la moción fue que ello

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

podría ser entendido como una indicación tácita de que sería legítimo que los jueces prohibieran películas basándose en otras consideraciones, lo cual el proyecto de reforma precisamente perseguía evitar.⁴⁸

A lo anterior cabe añadir que en el momento en que la censura previa fue abolida de la Constitución, esta fue además reformada en su inciso 25 del artículo 19, reconociéndose la libertad de creación artística. Si bien no cabe sino estimar que anteriormente dichas creaciones ya se encontraban subsumidas dentro de la protección más general de la libertad de expresión, el hecho de que ahora se les proteja de manera específica y separada significa un reconocimiento de sus características peculiares y, en general, un fortalecimiento de su importancia. Esta reforma también refuerza la necesidad de una interpretación armónica, conectando la protección específica de la libertad de creación artística con la protección de la libertad de expresión por la Constitución y por la Convención Americana, así como con la prohibición de la censura de cualquier tipo.

El que las normas jurídicas internas deban ser interpretadas de una manera que resulte armónica con los tratados internacionales no es en absoluto un criterio novedoso. En este sentido, escribía Benadava hace ya más de cuatro décadas que

[s]e presentan a veces ante un juez nacional casos en que existe una contradicción *aparente* entre las normas de derecho internacional aplicables (consideradas como “incorporadas” en el derecho interno) y la legislación nacional. Los tribunales de todos los países se han inclinado en estos casos a evitar la existencia de un conflicto dando para ello a la ley interna un alcance o interpretación que la concilie con el derecho internacional. Esta actitud tiene una base [añade Benadava] que no es dable presumir que la intención del legislador haya sido infringir las obligaciones internacionales de su Estado.⁴⁹

⁴⁸ La moción era del Senador José Antonio Viera-Gallo.

⁴⁹ Benadava, Santiago, “Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LIX, núms. 1 y 2, ene-abr, 1962, p. 13.

Censura judicial y libertad de expresión...

Si bien la jurisprudencia chilena no ha mantenido un criterio uniforme en este sentido,⁵⁰ es evidente que una adecuación en tal dirección resulta perfectamente posible y colocaría a Chile en una situación de cumplimiento, tanto de los tratados internacionales de derechos humanos —en el ejercicio de cuya interpretación, como se ha visto, la Comisión y la Corte Interamericana se han pronunciado específicamente sobre casos de censura judicial en Chile— como de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece, consagrando un antiguo principio del derecho internacional, que las normas internas no pueden servir de excusa legítima para eximirse de satisfacer obligaciones internacionales.⁵¹

Lo interesante del argumento que se viene desarrollando es que permite resolver el asunto de la censura judicial con independencia del rango que se les reconozca a los tratados internacionales por los tribunales chilenos.

En lo concerniente al derecho a la libertad de expresión, y especialmente luego de las reformas recientes a la Constitución Política, una interpretación armónica que sostenga que la censura judicial se encuentra prohibida por la Constitución, a partir de una lectura sistemática de los artículos 5, inciso 2, 19, inciso 12 y 25 de la Constitución y del artículo 13 de la Convención resulta claramente plausible —más allá de cuál sea la tesis que se sostenga respecto de la jerarquía de los tratados o de los derechos consagrados en los tratados— y además dejaría a salvo la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Hecha esta revisión de los estándares constitucionales, veamos ahora las normas internas de rango legal pertinentes. Algunas normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal —y que el nuevo Código Procesal Penal sigue de cerca— han sido utilizadas para la censura de libros (casos del libro *Los secretos de Fra-Fra*, de María Irene Soto y de *Cecilia, la vida en llamas*, de

⁵⁰ Véase Detzner, John A., *Tribunales chilenos y derecho internacional de los derechos humanos*, Comisión Chilena de Derechos Humanos-Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano, 1988, pp. 99-131.

⁵¹ Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cristóbal Peña). También fue empleado con el mismo propósito la disposición del artículo 16 de la LSE, en el caso de *El libro negro de la justicia chilena*, de Alejandra Matus, pero esta norma fue derogada en 2001; de todos modos, es importante revisar otros aspectos de la LSE potencialmente aplicables en la materia. Además, ha sido empleada la norma del artículo 128 del Código de Justicia Militar, que establece que los fiscales —militares— se hallan “obligados a evacuar las primeras diligencias a que se refiere el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal” (el art. 128 del CJM fue aplicado para incautar la totalidad de los ejemplares del libro *Ética y servicios de inteligencia*, de Humberto Palamara).

Interesa revisar además las regulaciones contenidas en la llamada “Ley de Prensa” (Ley 19.733, cuyo nombre oficial es Ley sobre las Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, publicada en junio de 2001), que reemplazó a la antigua Ley de Abusos de Publicidad. Como veremos, algunas de estas disposiciones efectúan remisiones recíprocas y, en cualquier caso, se encuentran relacionadas entre sí, por lo que un análisis sistemático de ellas resulta imprescindible.

Iniciando esta revisión, por lo que se refiere a las normas procesales penales, las principales disposiciones utilizadas han sido las de los artículos 7 y 114 del Código de Procedimiento Penal (CPP). La primera de ellas señalaba que, como primeras diligencias, el juez del crimen debía “dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente”, además de adoptar otras diligencias relativas a la libertad personal. Por su parte, el artículo 114 del CPP establecía la necesidad de recoger y conservar los instrumentos empleados para la comisión del delito. Estas disposiciones han sido empleadas en ciertos casos con el objetivo declarado de proteger a la presunta víctima y/o de resguardar los medios a través de los cuales se cometió el presunto delito. Ninguna de estas normas autoriza de modo expreso a incautar la totalidad de los ejemplares de una obra, como se hiciera en los casos de *Los secretos de Fra-Fra* y de *Cecilia, la vida en llamas*.

En el nuevo Código Procesal Penal, el artículo 6 dispone que “[e]l Ministerio Público estará obligado a velar por la protección

Censura judicial y libertad de expresión...

de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el Tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento”. Por su parte, los artículos 215 y siguientes regulan las incautaciones de objetos y documentos. Al igual que en el antiguo código, en el nuevo nada se dice expresamente acerca de la incautación de la totalidad de los ejemplares de una obra. En consecuencia, dado que las normas del nuevo Código Procesal Penal son análogas a las del antiguo Código de Procedimiento Penal en esta materia, el análisis que se hace a continuación —en el que se contienen referencias a este último—, es asimismo válido respecto del nuevo código.

Por su parte, la LSE, en su artículo 16 —que como hemos dicho, ya fue derogado, pero cuyo análisis continúa resultando pertinente por la razón que expondremos enseguida—, establecía que “en casos graves, podrá el Tribunal ordenar el requisamiento inmediato de *toda edición* en que aparezca de manifiesto algún abuso de publicidad penado por esta ley” (las cursivas son nuestras). A su vez, el artículo 30 del mismo cuerpo legal, también derogado,⁵² señalaba que “[e]n todo proceso que se incoe de acuerdo con esta ley, el juez deberá ordenar, como primera diligencia, sin perjuicio de las previstas en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, se recojan y pongan a disposición del Tribunal, los impresos, libros, panfletos, discos, películas, cintas magnéticas y todo otro objeto que parezca haber servido para cometer el delito”. Según se advierte, solo el artículo 30 hacía referencia al artículo 7 del CPP; el artículo 16, en cambio, no la realizaba.⁵³

⁵² Por la ley 19.806, de 31 de mayo de 2002.

⁵³ También resultaba posible argumentar que, el art. 16 de la LSE había sido modificado tácitamente por el art. 41 de la antigua Ley de Abusos de Publicidad, que autorizaba la incautación de solo cuatro ejemplares, salvo cuando se afectaran las buenas costumbres o la seguridad exterior del Estado —no el orden público o la seguridad interior del Estado—, en que la incautación podía alcanzar a la totalidad de ellos, el art. 16 había sido modificado —la Ley de Abusos de Publicidad fue dictada en 1967, esto es, con posterioridad a la LSE, que lo fue en 1958—. Así lo sostuvo, por ejemplo, el voto de minoría del abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago, Domingo Hernández, disintiendo del fallo que mantuvo la prohibición de *El libro negro de la justicia chilena*. Véase Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Reclamación, 27 de mayo de 1999. Sobre este punto vuelvo enseguida.

Ahora bien, a diferencia del derogado artículo 16 de la LSE, el artículo 30 de la misma ley no contemplaba expresamente la posibilidad de incautar la totalidad de los ejemplares de una obra. Interpretarlo como autorizando dicha incautación total, además de los potenciales problemas de constitucionalidad —a los que no me referiré en este momento—, hubiera resultado absurdo, puesto que, o bien hubiera significado entender al artículo 30 básicamente como una reiteración del artículo 16, o bien implicaría que la regulación del artículo 30 sería aun más gravosa que la del artículo 16, en circunstancias de que mientras este contemplaba un mecanismo de impugnación, ese no lo contenía (el art. 16, además de prever la posibilidad de la incautación total de una obra, establecía un mecanismo de impugnación, el cual fue utilizado, por ejemplo, aunque sin éxito, para intentar levantar la prohibición de *El libro negro de la justicia chilena*). Dadas las restricciones impuestas por la LSE al régimen de recursos —se ciñe por las normas del Código de Justicia Militar para tiempos de paz—, si se hubiera entendido el artículo 30 de la LSE como autorizando una incautación total y un tribunal así la hubiera dispuesto, dicha medida hubiera resultado inexpugnable, lo cual resultaba a todas luces absurdo.

Estos alcances acerca del artículo 30 de la LSE son importantes también para ilustrar el sentido del artículo 7 del CPP, al cual hace referencia, así como de las normas equivalentes en el nuevo Código Procesal Penal. Y la pregunta obvia que surge es la siguiente: si el artículo 30 de la LSE, que se refería a cuestiones de tanta relevancia como la seguridad del Estado, no contemplaba la posibilidad de incautar la totalidad de los ejemplares de una obra, ¿cómo es que el artículo 7 del CPP —al cual esa norma se remite— o las normas equivalentes del nuevo Código Procesal podrían ser interpretadas de un modo que autorizara una incautación con tales características? Ello resultaría un contrasentido. Además de estas cuestiones de orden lógico, los propósitos que persigue esta norma pueden alcanzarse por medios menos onerosos para el ejercicio de la libertad de expresión y debe ser interpretada de una forma que conduzca a ese resultado.⁵⁴

⁵⁴ Como apunta Serna, “[e]l ordenamiento jurídico, cualquiera que sea, es absolutamente incapaz de tutelar preventivamente cualquier derecho con

Censura judicial y libertad de expresión...

Respecto del artículo 114 del CPP, el artículo 41 de la antigua Ley de Abusos de Publicidad hacía una referencia a aquel. El artículo 41 disponía que “En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, el juez podrá ordenar que se recojan no más de cuatro ejemplares de los escritos, impresos [...] que hayan servido para cometer el delito. Pero esa medida podrá hacerse extensiva a todos los ejemplares de la obra abusiva, si se tratare de delitos contra las buenas costumbres o contra la seguridad exterior del Estado”. Como he sostenido en otro trabajo, escrito en la época en que la Ley de Abusos de Publicidad todavía se hallaba vigente,⁵⁵ esto llevaba a la conclusión lógica de no poder interpretarse el artículo 114 del CPP en el sentido de autorizar la incautación total de una obra.

Pues bien, cuando en 2001 la Ley de Abusos de Publicidad fue reemplazada por la Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo (Ley 19.733, más conocida como “Ley de Prensa”), salvo una disposición específica referida

una eficacia completa, del cien por cien, porque eso solo sería posible cercenando la libertad de todos y cada uno de los posibles delinquentes, es decir, de cualquier persona normal, lo cual además de injusto no es posible. El derecho previene con frecuencia los daños a los derechos de las personas y a los bienes públicos castigando las conductas que los lesionan y estableciendo un sistema de prevención general, pero la eficacia no es, ni debe aspirarse a que sea, completa, caso por caso”. Serna, Pedro, *op. cit.*, pp. 1428-1429. O, como razona el ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Sergio Muñoz, en su voto disidente en el caso del libro *Cecilia, la vida en llamas* (en el fallo que mantuvo la prohibición, la cual, como hemos dicho, fue levantada por consideraciones procesales más adelante en el proceso), “en una sociedad democrática, en que rigen plenamente las libertades y se asegura la dignidad de todos los individuos, en un debate libre y sin censura previa [...] se dispone por el Estado de los mecanismos pertinentes de reparación y represión de tales excesos en forma posterior, en lo cual, sin embargo, debe preferirse siempre aquellos medios que no limiten los derechos de terceros e incluso del mismo imputado”.

⁵⁵ González, Felipe, “Leyes de Desacato y Libertad de Expresión”, en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Igualdad, libertad de expresión e interés público, Cuadernos de Análisis Jurídico*, serie Publicaciones Especiales, núm. 10, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2000, pp. 259 y ss. Una versión puesta al día de ese trabajo aparece publicada en el mismo libro que el presente apartado.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a la difusión de pornografía —que se revisa algo más abajo—, no se incorporó a este cuerpo legal ninguna disposición referida a la incautación de publicaciones. Esta misma ley fue la que se encargó de derogar el artículo 16 de la Ley de Seguridad del Estado, disposición que, como hemos anotado, se usaba por los tribunales para incautar la totalidad de los ejemplares de algunas publicaciones. Considerando que la ley 19.733 tiene por objeto específico la regulación del ejercicio de la libertad de expresión, la interpretación más razonable de este nuevo contexto —y la más armónica con los instrumentos internacionales de los que Chile es parte— es que no previéndose en ella la posibilidad de la incautación total de obras, mal podrían interpretarse como autorizándola las disposiciones de otros textos legales —como el CPP o el CJM—, que no contemplan expresamente tal posibilidad.

Por lo demás, la Ley de Prensa establece expresamente el único caso en que se refiere a incautaciones totales. Así, en su artículo 45 añadió un nuevo inciso al artículo 504 del CPP, que ahora dispone que en el caso de la comisión de los delitos contemplados en el artículo 374 del Código Penal —difusión de diversos materiales contrarios a las buenas costumbres y que, en general, se ha entendido como difusión de pornografía—, la sentencia condenatoria “ordenará la destrucción total o parcial, según proceda, de los impresos o grabaciones sonoras o audiovisuales de cualquier tipo que se hayan decomisado durante el proceso”.

En este sentido, resulta muy interesante el análisis desarrollado por el ministro Sergio Muñoz en el fallo sobre el libro *Cecilia, la vida en llamas* al que antes hemos hecho referencia, cuando señala que

[...] la legislación interna constituida actualmente en la Ley 19.733, no obstante que no comprende al libro entre los medios de comunicación social atendidas las exigencias de estabilidad y periodicidad en la transmisión de textos, resulta útil para ilustrar la materia que nos ocupa, pues por medio del artículo 1 ha dispuesto en términos generales que la libertad de opinión y la de informar, sin censura previa, constituye un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa

Censura judicial y libertad de expresión...

de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley, de modo que tanto por la interpretación restrictiva de las limitaciones de las garantías fundamentales, que su ejercicio no puede ser afectado en su esencia, como por la aplicación de los principios de las leyes penales en el tiempo, en la actualidad no resulta procedente adoptar decisiones en contrario de dicha difusión, siempre sin perjuicio de responder por la conducta en conformidad a la ley, si ello procediere de acuerdo al mérito de los antecedentes que rodean el caso concreto, *permitiéndose, solo en el contexto de procesos en que se investiguen ilícitos contemplados en la normativa del artículo 374 del Código Penal, disponer el decomiso de impresos y grabaciones, de acuerdo a los términos de la reforma al artículo 504 del Código de Procedimiento Penal*". (Las cursivas son nuestras)

Esta reforma fue efectuada, como hemos dicho, por la Ley de Prensa.

El análisis realizado en las páginas anteriores permite concluir que la interpretación sistemática de las normas de rango legal expuestas no autoriza la incautación total de los ejemplares de una obra escrita, audiovisual o de otra naturaleza. En consecuencia, ni siquiera sería necesario entrar a un análisis de la constitucionalidad de dichas normas. La interpretación recién expuesta sería coherente con lo dispuesto por la Constitución y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin necesidad de pronunciarse acerca de los alcances del artículo 5, inciso 2 de la Constitución.

Únicamente en lo que se refiere al artículo 374 del Código Penal podría quizás ser necesaria una confrontación con la Constitución y la Convención Americana. Aun los alcances de esta disposición podrían ser discutidos, puesto que la referencia a la "destrucción total" podría ser interpretada como referida a la totalidad de los ejemplares incautados y no a la totalidad de los ejemplares. Además, también sería necesario hacer una lectura del artículo 374 del CPP a la luz de la Ley 19.846, sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, de 4 de enero de 2003, que autoriza la exhibición de películas pornográficas, ya que se trata de una ley posterior a la Ley de Prensa.

6. COROLARIO: LOS PELIGROS DE LA CENSURA JUDICIAL

Si bien es cierto que la censura judicial de las expresiones presenta diferencias respecto de la censura administrativa, su impacto puede llegar a ser significativo y de hecho lo es en no pocos países. Algunos autores han contrastado ambos tipos de censura de un modo que parecería volver casi inocua la censura judicial. Por ejemplo, se ha señalado que

[...] la censura [administrativa] conlleva un control del ejercicio incluso normal de la libertad de expresión. Por eso es muy distinto admitir algunas interdicciones —con condiciones restrictivas precisas y, esencialmente, con la garantía de la intervención judicial— que un régimen inspirado en el principio de la restricción previa: en el primer caso la libertad no se subordina a la anuencia de otro, sino que sigue siendo la regla y puede ser ejercida, con la excepción de que se interponga una prohibición judicial concreta.⁵⁶

Pero, de nuevo, como se ha intentado hacer reiteradamente en este trabajo, debe situarse el problema dentro de un contexto. En la práctica, para periodos de normalidad constitucional, la contrastación entre censura administrativa y judicial se ha vuelto poco relevante. Señalo esto porque, además de estar prohibida toda forma de censura administrativa en la mayoría de los sistemas jurídicos democráticos, en la actualidad casi nadie defiende esa clase de censura y quienes lo hacen generalmente se refieren únicamente a la censura cinematográfica y de otros soportes audiovisuales. ¿Pero qué sucede con los libros, los diarios y revistas, las obras de teatro y las diversas manifestaciones de las artes plásticas? Respecto de estos, argumentar en favor de la censura judicial fundándose en las ventajas que presenta en comparación con la censura administrativa resulta falaz en el contexto actual. Al no existir en los sistemas democráticos vigentes mecanismos de censura administrativa en relación con estos canales de expresión, la cuestión realmente significativa es si estamos dispuestos a que los tribunales eventualmente los censuren.

⁵⁶ Toller, Fernando M., *op. cit.*, p. 572 (se han eliminado las referencias que hace de notas a pie de página).

Censura judicial y libertad de expresión...

En otras palabras, y refiriéndonos a los libros, el problema pertinente no es si la censura judicial de ellos es más o menos gravosa que su censura administrativa —quién discutiría que la segunda hipótesis es generalmente más gravosa—, sino confrontar el hecho de que en muchos países, incluyendo Chile, los tribunales se sienten en posesión del poder de censurarlos.

Derogada la censura administrativa en diversas esferas, tiende a producirse una reacción, consistente en que se presentan acciones judiciales para que los tribunales intervengan y censuren. El problema, entonces, se traslada desde el ámbito administrativo al judicial. Mientras que la dictadura militar chilena mantuvo la censura administrativa de libros —entre 1973 y 1983—, a nadie le parecía necesario recurrir a los tribunales en busca de una prohibición en la materia. Luego del término de la censura administrativa de libros —y en rigor, hasta la fecha, esto es, bien avanzada la transición a la democracia— ello se vuelve una herramienta a la mano.

Además, es necesario reiterar lo que ya hemos venido sosteniendo, en el sentido de que en esta materia, las intervenciones de los jueces en América Latina se orientan, en la gran mayoría de los casos, a proteger a los poderosos y a vedar espacios a quienes procuran levantar voces nuevas o independientes, así como a refrendar el predominio de las tendencias culturales tradicionales y hegemónicas. Esto conduce a que dejar un instrumento como la censura en manos de los jueces no sea una cuestión menor, sino que produzca serios perjuicios a la convivencia democrática y la autonomía de las personas.