

Una propuesta de Constitución desde los derechos humanos¹

Libertad de expresión e información

Juan Pablo González Jansana²
Dinka Benítez Piraino³

- 1 Trabajo realizado con el importante apoyo en la investigación de Juan José Álvarez, abogado de la Universidad Diego Portales. Con todo, la propuesta de articulado es de responsabilidad de Dinka Benitez y Juan Pablo González.
- 2 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Diego Portales y abogado. LL.M. in International Legal Studies, American University Washington College of Law. Profesor Derecho Constitucional Universidad Diego Portales y del Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la misma universidad.
- 3 Dinka Benítez Piraino es abogada y Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.








CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**

FACULTAD DE DERECHO

contexto+

I. Resumen

El derecho a la libertad de expresión  ha sido históricamente reconocido en las constituciones chilenas . Tanto la Constitución de 1833 (libertad de imprenta) como la Constitución de 1925 reconocían esta libertad y, en esa misma línea, la Constitución de 1980 -en su artículo 19 N°12-, vino a reiterar la consagración de este derecho, entregándole un mayor desarrollo respecto a su alcance, pronunciándose sobre diversos aspectos (censura previa, réplica, medios de comunicación, Consejo Nacional de Televisión, entre otros). Con todo, dicha regulación obedece a una concepción individualista y formal de esta libertad, que no comprende ni las manifestaciones colectivas de este derecho ni los obstáculos que impiden el ejercicio igualitario del mismo.

Por lo mismo, el objetivo del presente documento es desarrollar una propuesta de redacción  de la libertad de expresión a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, régimen jurídico  bajo el cual la protección constitucional de esta libertad importa no solamente por tratarse de un derecho humano  de toda persona, sino que también por sus alcances colectivos imprescindibles para los cimientos de una democracia moderna. Sin ir más lejos, el mismo proceso constituyente es una expresión política colectiva del autogobierno.

Para el logro de dicho objetivo, en primer lugar, se revisa la regulación existente sobre este derecho en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los estándares internacionales que en este ámbito se han desarrollado, para finalmente presentar una propuesta de articulado con su debida justificación.

Palabras Clave:

libertad de expresión e información, censura previa, pluralismo informativo, acceso a la información pública, apología del odio.

II

Derecho

Internacional de los

Derechos Humanos

1. Regulación de la libertad de expresión e información en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Este derecho se encuentra presente en los principales instrumentos internacionales, partiendo por la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la cual en su artículo 19 reconoce que "todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión"

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 19 y 20, regula la protección internacional de este derecho en los siguientes términos:

"Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en

forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

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

Artículo 20

- 1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
- 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley".

Por su parte, a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación de los Estados de respetar y garantizar la libertad de expresión. Específicamente, el artículo 13 plantea que:

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

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

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

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles

oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

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

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

2. Estándares internacionales de derechos humanos

a. Características generales

La libertad de expresión presenta un vasto desarrollo normativo de sus estándares, lo que se debe a que este ha sido objeto de preocupación constante tanto de los órganos del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Justamente, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), "la jurisprudencia del sistema ha explicado que el marco jurídico interamericano otorga este alto valor a la libertad de expresión porque se basa en un concepto amplio de la autonomía y la dignidad de las personas, y porque tiene en cuenta tanto el valor instrumental de la libertad de expresión para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, como su función esencial dentro de los regímenes democráticos"⁴.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su Opinión Consultiva 5/85 sobre Colegiación obligatoria de periodistas, ha planteado la doble dimensión

4 CIDH, El marco jurídico interamericano sobre la libertad de expresión, 2010, párr. 5

que caracteriza a esta libertad, en tanto "esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno"⁵.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N 34, analiza el alcance del artículo 19 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), señalando que "La libertad de opinión y la libertad de expresión son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona. Son fundamentales para toda sociedad y constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas"⁶. A tal punto llega esta protección que abarca "incluso a expresiones que puedan considerarse profundamente ofensivas, aunque esta expresión solo puede limitarse de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 19 y en el artículo 20 [PIDCP]"⁷.

La importancia que el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) le ha dado a esta libertad ha sido observado desde sus órganos. Para la Corte IDH, por ejemplo, "existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad"⁸.

En tal sentido, la libertad de expresión se protege y ampara no solo respecto de expresiones agradables, sino que principalmente respecto de aquellas opiniones y expresiones que incomodan, especialmente si estas se refieren a cómo se ejerce el poder por parte de las autoridades públicas. Por lo mismo, "dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población"⁹.

-
- 5 Corte IDH, Opinión Consultiva 5/85 sobre colegiación obligatoria de periodistas, 13 de noviembre de 1985, párr. 30.
 - 6 CDH, Observación General N 34, Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 2011, párr. 2.
 - 7 CDH, Observación General N 34, Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 2011, párr. 11.
 - 8 Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004, párr. 116.
 - 9 Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, 6 de febrero de 2001, párr. 152.

b. Titularidad

En relación a la titularidad de este derecho, en virtud de la doble dimensión ya señalada, es posible plantear que son titulares tanto las personas naturales, en la faz individual de esta libertad, como la sociedad, en la faz colectiva de la misma. Con todo, la Corte IDH se ha pronunciado respecto al alcance de esta titularidad, al manifestar que "si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana [...] esto no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico"¹⁰ y que, por lo tanto, para este tribunal, "las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan, que realizan actos de comunicación a través de la misma y cuyos derechos también pueden verse vulnerados"¹¹.

c. Medios de comunicación y pluralismo informativo

En lo que respecta a los medios de comunicación social, hay diversas materias que la libertad de expresión abarca. Por una parte, "los medios de comunicación son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión, que sirven para materializar este derecho y que juegan un papel esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de esta libertad en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones"¹². En tal sentido, el Comité de Derechos Humanos ha planteado que "los Estados parte han de garantizar que los marcos legislativos y administrativos por los que se regula a los medios de comunicación sean compatibles con lo dispuesto en el párrafo 3. Los sistemas de regulación deben tener en cuenta las diferencias entre los medios impresos y la radiodifusión y televisión, así como Internet, y también sus convergencias"¹³.

-
- 10 Corte IDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, 22 de junio de 2015, párr. 146.
 - 11 Corte IDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, 22 de junio de 2015, párr. 152.
 - 12 Corte IDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, 22 de junio de 2015, párr. 148.
 - 13 CDH, Observación General N° 34, Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 2011, párr. 39.
 - 14 Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, 21 de mayo de 2012, A/HRC/20/27, párrafo 24.

De ahí que resguardar el pluralismo sea un aspecto trascendental, ya que "los ciudadanos de un país tienen el derecho a acceder a la información y a las ideas desde una diversidad de posturas, la cual debe ser garantizada en los diversos niveles, tales como los tipos de medios de comunicación, las fuentes y el contenido. Este Tribunal estima que, dado que el espacio radioeléctrico es un bien escaso, con un número determinado de frecuencias, esto limita el número de medios que pueden acceder a ellas, por lo que es necesario asegurar que en ese número de medios se halle representada una diversidad de visiones o posturas informativas o de opinión. La Corte resalta que el pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura"¹⁴.

Asimismo, "dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo"¹⁵.

Consecuencia de lo anterior es que existe una "necesidad de que los Estados regulen de manera clara y precisa los procesos que versen sobre el otorgamiento o renovación de concesiones o licencias relacionadas con la actividad de radiodifusión, mediante criterios objetivos que eviten la arbitrariedad. Específicamente, es preciso que se establezcan las salvaguardas o garantías generales de debido proceso, que cada Estado determine como necesarias en estos procesos a la luz de la Convención Americana, con la finalidad de evitar el abuso de controles oficiales y la generación de posibles restricciones indirectas"¹⁶.

Los estándares mencionados adquieren relevancia también en cuanto a los medios de comunicación comunitarios. La CIDH ha señalado que estos "desempeñan una función esencial no sólo en el proceso de inclusión social, sino como mecanismos para fomentar la cultura e historia, y para el desarrollo y educación de las distintas comunidades"¹⁷. Por lo

-
- 14 Corte IDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, 22 de junio de 2015, párr. 170
 - 15 Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, 2 de mayo de 2008, párr. 54.
 - 16 Corte IDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, 22 de junio de 2015, párr. 171.
 - 17 CIDH, Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente, 2009, párr. 104.

mismo, "la normativa sobre radiodifusión comunitaria debe reconocer las características especiales de estos medios y contener, como mínimo, los siguientes elementos: (a) la existencia de procedimientos sencillos para la obtención de licencias; (b) la no exigencia de requisitos tecnológicos severos que les impida, en la práctica, siquiera que puedan plantear al Estado una solicitud de espacio; y (c) la posibilidad de que utilicen publicidad como medio para financiarse"¹⁸.

d. Censura previa y responsabilidad ulterior

Otro de los aspectos claves es en materia de censura previa. Al respecto, la Corte IDH planteó que "es 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"¹⁹. En tal sentido, importa atender no solo las vías directas de censura previa, sino que principalmente aquellas vías indirectas, en atención al artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Para la Corte IDH, "una interpretación literal de esta norma permite considerar que protege en forma específica la comunicación, difusión y circulación de ideas y opiniones, de modo que queda prohibido el empleo de 'vías o medios indirectos' para restringirlas"²⁰.

Producto de lo anterior, los ordenamientos jurídicos deben orientarse a la búsqueda de responsabilidades ulteriores. Para la libertad de expresión no es baladí el sistema de responsabilidad ulterior, ya que la utilización de los sistemas de responsabilidad puede terminar siendo utilizados como herramientas para amedrentar, provocando un efecto congelante, esto es, que otras personas no ejerzan este derecho por temor a sufrir las mismas consecuencias procesales. En la Opinión Consultiva 5/85, la Corte IDH fijó de modo general que "el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) La definición expresa y

18 CIDH, Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente, 2009, párr. 101.

19 Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, 5 de febrero de 2001, para. 70.

20 Corte IDH, Caso Ríos y Otros vs. Venezuela, 28 de enero de 2009, párr. 340.

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. Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2²¹.

En el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, la Corte IDH ha planteado sobre este punto que "el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que el artículo 13.2 de la Convención prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho[.] Asimismo, la Corte ha señalado anteriormente que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita"²².

e. Restricciones a la libertad de expresión e información

Las responsabilidades ulteriores son una expresión concreta que la libertad de expresión no es absoluta. Por lo mismo, tanto el artículo 19 del PIDCP como el artículo 13 de la CADH coinciden en su regulación en cuanto a las restricciones legítimas de este derecho. Así, tales restricciones deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias tanto para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Sobre cada una de estas existen estándares específicos desde el DIDH.

En lo que respecta a que las restricciones estén contenidas a nivel legal, esto es una demostración específica del principio de legalidad²³ aplicado al ejercicio de esta libertad. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que "la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un ordenamiento jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este"²⁴. Por lo mismo, "la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión"²⁵.

21 Corte IDH, Opinión Consultiva 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas, 13 de noviembre de 1985, párr. 39.

22 Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22 de noviembre de 2005, párr. 79.

23 El principio de legalidad hace referencia a una garantía de los derechos humanos, en virtud de la cual las restricciones a estos derechos deben estar reguladas, al menos, a nivel legal. Esta garantía se fundamenta en evitar regulaciones infra legales por parte de la autoridad administrativa que menoscaben el ejercicio de los derechos humanos. Un segundo fundamento de este principio es asegurar un debate legislativo democrático en el Congreso Nacional sobre las causales de restricción.

24 Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, 2 de febrero de 2001, párr. 106.

25 Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004, párr. 123

En cuanto a garantizar los derechos o reputación de terceros, la misma Corte IDH ha señalado que "el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección"²⁶.

En cuanto al orden público, como causal de limitación legal, la Corte IDH ha señalado que "el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse"²⁷.

f. Acceso a la información pública, internet y apología del odio

La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido relevante para manifestaciones específicas de esta libertad. Así ha ocurrido con el acceso a la información pública, donde el tribunal ha señalado que "el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto"²⁸, agregando que "el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales,

26 Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, 31 de agosto de 2004, párr. 101.

27 Corte IDH, Opinión Consultiva 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas, 13 de noviembre de 1985, párr. 69.

28 Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 77.

de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso²⁹.

Asimismo, internet ha sido objeto de preocupación para el DIDH, esto porque "el derecho a la libertad de expresión encuentra en Internet un instrumento único para desplegar, incrementalmente, su enorme potencial en amplios sectores de la población"³⁰ y, por lo mismo, "en la medida en que el entorno digital ofrece el espacio para promover el intercambio de información y opiniones, su configuración y arquitectura resultan relevantes. Internet se ha desarrollado a partir de determinados principios de diseño, cuya aplicación ha propiciado y permitido que el ambiente en línea sea un espacio descentralizado, abierto y neutral. Es importante que cualquier regulación que se produzca sea como resultado del diálogo de todos los actores y mantenga las características básicas del entorno original, potenciando su capacidad democratizadora e impulsando el acceso universal y sin discriminación"³¹.

Complementado lo anterior, el Comité de Derechos Humanos ha planteado que "toda limitación al funcionamiento de los sitios web, los blogs u otros sistemas de difusión de información en Internet, electrónicos o similares, incluidos los sistemas de apoyo a estas comunicaciones, como los proveedores de servicios de Internet o los motores de búsqueda, solo serán admisibles en la medida en que sean compatibles con el párrafo 3 [del artículo 19 del PIDCP]^{32,33}.

Finalmente, cabe señalar que en virtud del artículo 13.5 de la CADH como el artículo 20 del PIDCP, no todo discurso está protegido por la libertad de expresión. Así, por ejemplo, "la imposición de sanciones por el abuso de la libertad de expresión bajo el cargo de incitación a la violencia (entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional) debe tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de

29 Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 86.

30 CIDH, Libertad de expresión e Internet, 2013, párr. 10.

31 CIDH, Libertad de expresión e Internet, 2013, párr. 11.

32 CDH, Observación General N° 34, Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 2011, párr. 43.

33 Señala el párrafo tercero del artículo 19 del PIDCP: "El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

lograr sus objetivos³⁴. En cuanto al artículo 20 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que "los actos a que se refiere el artículo 20 son de naturaleza tan extrema que quedarían todos sujetos a restricción con arreglo al párrafo 3 del artículo 19. Así pues, las limitaciones que se justifiquen por el artículo 20 tendrían también que cumplir el párrafo 3 del artículo 19"³⁵.

34 CIDH, Marco jurídico interamericano de la libertad de expresión, párr. 58.

35 CDH, Observación General N° 34, Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 2011, párr. 50.

III. Propuesta de articulado

Habiendo ya revisado la regulación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como también la regulación constitucional comparada, corresponde a continuación desarrollar la propuesta de artículo para el nuevo texto constitucional y la fundamentación del mismo.

Derecho a reunión pacífica

Toda persona, sin discriminación, tiene derecho a la libertad de expresión. Esta libertad consiste en buscar, recibir y difundir ideas, opiniones, comunicaciones e informaciones de toda índole, incluyendo expresiones artísticas, y por cualquier medio, sin perjuicio de responder ulteriormente por el ejercicio abusivo del mismo. Es contrario a esta libertad el establecimiento de cualquier medida preventiva que constituya, por efecto o resultado, censura previa.

Las personas, grupos y pueblos que integran la sociedad tienen un interés legítimo en el acceso igualitario al libre intercambio de ideas, expresiones y opiniones. El Estado debe asegurar por ley el establecimiento de las condiciones necesarias para dicho fin.

Toda restricción a esta libertad será excepcional y estará establecida por una ley general basada en un interés democrático legítimo y cuyas medidas resulten necesarias y proporcionales al interés buscado. La ley podrá establecer restricciones a esta libertad para asegurar el respeto a los derechos, la reputación de los demás, la seguridad nacional, el interés de la nación o para proteger a niños, niñas y adolescentes, siempre en consideración de su interés superior y autonomía progresiva.

El Estado debe promover el pluralismo informativo. Una ley regulará especialmente el acceso igualitario a aquellos mecanismos de expresión que sean por naturaleza escasos, fomentando asimismo la creación de medios públicos y comunitarios. La existencia de monopolio u oligopolios informativos son contrarios a este pluralismo.

El actuar del Estado se rige por la transparencia y la rendición de cuentas y, en consecuencia, toda persona tiene derecho a acceder a la información pública.

Una ley regulará su ejercicio.

Toda apología del odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

2. Fundamentación

1. La estructura del artículo propuesto va de lo general a lo particular, partiendo con una definición amplia de esta libertad (tanto respecto del contenido como en cuanto a los medios utilizados), para luego regular el régimen de restricción y, finalmente, abarcar temas específicos relevantes para la sociedad chilena (pluralismo informativo, acceso a la información pública y apología del odio).
2. Se incluyó "sin discriminación" en atención a los estándares internacionales. Sin embargo, dicha cláusula puede excluirse bajo condición de que exista una cláusula o derecho general sobre igualdad y no discriminación cuyo alcance se extienda a todos los derechos.
3. Se establece que es contrario a la libertad de expresión cualquier medida "preventiva", en tanto ese es el estándar internacional, dentro de los cuales se encuentra la censura previa.
4. En el inciso cuarto se utiliza la palabra "mecanismos" para evitar que este concepto se confunda con "medios" de comunicación en sentido restrictivo.
5. Se utiliza la palabra "asimismo" en el inciso cuarto para evitar dar a entender que el acceso igualitario a los mecanismos de expresión escasos implica la creación de medios públicos y comunitarios. Esto último es un deber del Estado específico.