

VOTO CONCURRENTENTE DE LOS JUECES

**RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
Y RODRIGO MUDROVITSCH**

CASO BARAONA BRAY VS. CHILE

**SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2022
(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)**

I. Consideraciones iniciales

1. En los últimos años, la Corte IDH ha seguido un importante camino de restricción gradual del acceso al sistema de justicia penal como medio de conferir la debida amplitud a la protección convencional del derecho a la libertad de expresión. Se trata de un proceso exitoso que comenzó hace más de dos décadas con la sentencia del caso *Olmedo Bustos (La Última Tentación de Cristo) Vs. Chile*. Insertada en este contexto de valorización del ámbito de protección del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Convención"), la sentencia del caso *Baraona Bray Vs. Chile* avanza en los puntos ya logrados en los casos *Álvarez Ramos Vs. Venezuela* y *Palacio Urrutia Vs. Ecuador*, ocasiones en las que la Corte IDH estableció el estándar de que la tutela penal no sería un medio convencionalmente idóneo para la responsabilización ulterior por afrentas al honor subjetivo materializadas en discursos sobre cuestiones de interés público.
2. El juicio que se desprende de los casos citados se inspira en el deber convencional de salvaguarda reforzada del debate público frente a las injerencias indebidas del Estado y los efectos indeseados que se derivan de la persecución penal, comprometiendo el pluralismo de ideas, la garantía del disenso y el control social sobre el Poder Público.
3. En este sentido, el presente caso se destaca en medio de esta trayectoria al elevar los estándares de la Corte IDH a un nuevo nivel, notablemente en los párrafos 128 a 130 de la sentencia, plasmado en el reconocimiento de que la protección penal del honor de los funcionarios públicos en contra de ofensas y la imputación de hechos ofensivos no tiene respaldo en la Convención¹.
4. Al definir la condición de funcionario público del presunto ofendido como criterio de prohibición convencional para perseguir delitos contra el honor, y no el carácter de interés público de las declaraciones consideradas ofensivas, la Corte pretendió descartar de inmediato la posibilidad de abrir procesos penales contra quienes realizan crítica pública, actividad esencial para el sano funcionamiento de las democracias. La exclusión *a priori* de la respuesta drástica que ofrece el derecho penal, la faceta más severa del poder punitivo del Estado, pretende impedir que las voces disidentes y el control social de la actividad de los agentes estatales sean desalentados por los efectos inhibidores y atemorizadores de la sombra del *ius puniendi*.

¹ Cabe señalar que el estándar definido por la Corte en los párrafos 128 a 130 de la Sentencia, sobre los límites a la protección penal del honor subjetivo de los funcionarios públicos, no involucra la responsabilidad penal ulterior por delitos que incluyen la falsa imputación de delitos, una situación que requeriría un análisis más cauteloso en su propia jurisdicción, porque el caso en cuestión se refiere sólo a la persecución de la víctima por atribuir afectación al honor a la parte ofendida. En los casos que implican la imputación falsa de un crimen, sigue siendo necesario determinar si las declaraciones supuestamente delictivas tenían o no un carácter de interés público, tal como se define en los casos *Palacio Urrutia Vs. Ecuador* y *Álvarez Ramos Vs. Venezuela*.

5. Los avances logrados en el caso *Baraona Bray Vs. Chile* reafirman los recientes estándares consolidados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando apuntan a la protección reforzada de discursos de interés público. En este sentido, los estándares anteriores y los parámetros derivados de ellos se suman a los actuales y deben leerse como parte de una hermenéutica convencional empeñada en dar el máximo alcance al art. 13 de la Convención.
6. A la luz de estas consideraciones, emitimos este voto con el fin de exponer las razones de nuestra concurrencia con la sentencia y discutir con más detalle los fundamentos de esta relevante evolución jurisprudencial, especialmente sobre los límites fijados a la responsabilidad penal como medio de protección del honor de funcionarios públicos.
7. Para ello, el curso argumentativo se desarrollará en los siguientes cinco apartados: exposición de los hechos relevantes del caso (II), seguido del análisis de la posibilidad de aplicar medidas penales como vías idóneas de protección del honor (III). Posteriormente, se introducirán las razones que justifican la inaplicabilidad de la represión penal de los delitos contra el honor de los funcionarios públicos (IV). Por último, nos ocuparemos de los vicios de legalidad de las normas penales mencionadas en el caso concreto (V).

II. Presentación del caso

8. El caso en cuestión se centra en la responsabilidad internacional del Estado chileno derivada de la condena penal del abogado y defensor del medio ambiente, Carlos Felipe Baraona Bray ("Sr. Baraona Bray", "víctima" o "Peticionario"), debido a unas declaraciones que realizó públicamente en diversos medios de comunicación en mayo de 2004, en las que mencionaba al entonces Senador SP en el contexto de un debate público sobre la tala ilegal de alerce en el país.
9. El Senador SP interpuso una querrela contra el Sr. Baraona Bray por injurias y calumnias graves debido a que el peticionario supuestamente le imputaba "vicio moral", conducta agravada por la presunta ofensa cometida contra un funcionario público según lo establecido en el art. 12 (13) del Código Penal. El Sr. Baraona Bray fue condenado criminalmente sólo por injurias graves, de conformidad con los artículos 417(3), y 418, párrafo primero, del Código Penal chileno, juntamente con el artículo 29 de la Ley Nº19.733. Se le impuso una pena de 300 días de prisión, además de una multa de 20 unidades tributarias mensuales (UTM) y la suspensión del derecho a ejercer cargos públicos mientras durase la condena. A pesar de que la sentencia fue recurrida, la condena fue confirmada en segunda instancia².
10. Se trata, por lo tanto, de otra ocasión en la que la Corte IDH ha sido llamada a pronunciarse sobre la previsión y aplicación de medidas penales para establecer responsabilidades ulteriores por discurso que supuestamente excede los límites del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, de modo de afectar la honra de terceros. Este caso supone un importante avance sobre los estándares establecidos hasta el caso de *Moya Chacón Vs. Costa Rica*, por lo que formularemos consideraciones sobre las circunstancias en las que el uso de medidas penales resulta inconvencional, con el fin de evitar excesos en la imposición de límites a la libertad de expresión.
11. En el presente caso, sin embargo, a diferencia de lo ocurrido en el caso *Moya Chacón Vs. Costa Rica*, más allá de la mera existencia de una normativa que

² Corte IDH. Caso Baraona Bray Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C. No. 481. (En lo sucesivo, "Sentencia"), §§58-63.

establecía una respuesta criminal a determinados discursos, la ley penal fue efectivamente aplicada al caso concreto³, de manera que el Sr. Baraona Bray no sólo fue sometido a un proceso penal, sino que además fue condenado penalmente, a pesar de que la aplicación de la pena quedó en suspenso.

12. Otra particularidad del presente caso en comparación con *Moya Chacón* radica en que el Peticionario no es periodista, sino abogado y defensor del medio ambiente. Los discursos que dieron lugar a su condena fueron realizados en el ejercicio de esas profesiones, como se reconoce en la sentencia del presente caso⁴, debido al conocimiento técnico y jurídico que poseía en materia forestal, especialmente en lo que se refiere a las reservas de alerce. Por lo que se refiere a la condición de defensor del medio ambiente del Sr. Baraona Bray, es pertinente señalar un extracto de su testimonio en la audiencia pública celebrada en el contexto del presente caso el 20 de junio de 2022:

[E]ran grupos multidisciplinarios, yo trabajaba con biólogos, ingenieros forestales, todos tratábamos de cooperar en esto y todos teníamos el espíritu de proteger el medio ambiente y lo hacíamos pro bono, estábamos en grupos que tenían periodistas que trabajaban pro bono, sacaban comunicados, informaban a la comunidad, entonces nos involucrábamos mucho con la comunidad y nos creíamos el cuento esa es la realidad, queríamos creer que estábamos mejorando el mundo⁵.

13. Teniendo en cuenta el papel desempeñado por el Peticionario, cabe destacar la importante equiparación de la actuación de los defensores del medio ambiente con la de los defensores de los derechos humanos por parte de la Corte IDH. Esto significa que los primeros gozan de las mismas protecciones que los segundos. Esta posición está en consonancia con el precedente establecido en caso *Lhaka Honhat Vs. Argentina*, según el cual los derechos ambientales estarían insertados en el ámbito de derechos humanos⁶. Este estándar coincide también con la orientación reciente de otros organismos internacionales. En este sentido, cabe recordar también la histórica decisión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de octubre de 2021, que reconoció el derecho a un medio ambiente limpio, sano y sostenible como un derecho humano⁷, y que posteriormente fue confirmada por resolución de la Asamblea General de la ONU adoptada por unanimidad en julio de 2022⁸.

³ En el caso *Moya Chacón Vs. Costa Rica*, las víctimas fueron objeto de procesos civiles y penales debido a un informe periodístico que implicaba a una autoridad policial. La acción penal fue desestimada, por lo que sólo fueron condenados en el ámbito civil. Corte IDH. Caso *Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C. No. 451. §82.

⁴ Sentencia, §§70-80.

⁵ Declaración de Carlos Baraona Bray ante la Corte IDH en audiencia pública de 20 de junio de 2022.

⁶ Corte IDH. Caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C. No. 400. En ocasiones pasadas, mismo antes de reconocer la justiciabilidad de los derechos ambientales, la Corte ya había llamado la atención para la relación entre derechos humanos y derechos medioambientales, véase la sentencia *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador* de 2008: "Asimismo, el Tribunal destaca, en relación con la privación del derecho a la propiedad privada, que un interés legítimo o general basado en la protección del medio ambiente como se observa en este caso, representa una causa de utilidad pública legítima" Corte IDH. Caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C. No. 179. (§76).

⁷ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resolución A/HRC/RES/48/13, de 8 de octubre de 2021. disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/53/PDF/G2128953.pdf?OpenElement>

⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/76/L.75, de 26 de julio de 2022. Disponible en <https://dqiitallibrary.un.org/record/3982508?ln=en>

14. Estas peculiaridades del caso llaman la atención sobre el papel esencial que desempeña el debate verdaderamente plural sobre cuestiones de interés público para las sociedades democráticas.
15. En cuanto a la comprensión del significado de interés público y la importancia de garantizar la discusión de tales asuntos dentro de las arenas públicas de disenso, recurrimos a las palabras del experto Martín Prats en la audiencia pública celebrada el 20 de junio de 2022:

Los discursos que puede entenderse de interés público son aquellos discursos sobre los cuales la sociedad conociéndolos, informándose sobre ellos puede defender mejor sus derechos, pero además propician el debate democrático sobre los mismos. Penalizar opiniones, informaciones, ideas que pueden en cierta manera implicar este tipo de interés inhibe esa discusión democrática, inhibe al quien quiere emitirla en sentido que por el temor a ser pasible de una responsabilidad penal se silencia, se inhibe, no actúa, pero también obra sobre el resto de la sociedad que viendo como una persona fue llamada a responsabilidad penal, por hablar sobre determinados temas, también rehúsa hacerlo. Entonces la desprotección de los discursos de interés público puede llevar a una pérdida, más allá de la afectación del derecho de la persona implicada, puede llevar entonces una afectación general de la calidad de la democracia de un país.

16. En el marco de las manifestaciones y declaraciones realizadas en el contexto de actividades en defensa del medio ambiente, imbuidas del más alto carácter de interés público, la Corte IDH ha reconocido una vez más que las expresiones que versan sobre este objeto gozan de mayor protección, con miras a propiciar el debate democrático⁹.
17. Sin embargo, la sentencia dictada en el presente caso abre un nuevo camino al ir más allá de los estándares actualmente vigentes en el ámbito interamericano en materia de utilización del derecho penal para salvaguardar el honor a costa de la libertad de expresión, concretamente cuando están en juego declaraciones que versan sobre asuntos de interés público.
18. Su contribución reside en el establecimiento de criterios verdaderamente objetivos que permitan descartar de forma inmediata la incidencia de medidas de naturaleza criminal en situaciones de protección penal del honor de los funcionarios públicos frente a la imputación de ofensas o hechos ofensivos¹⁰. Y es que, como ha reconocido la Corte IDH desde 2004 con la sentencia del caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, el efecto intimidatorio del derecho penal es una limitación significativa al ejercicio de la libertad de expresión¹¹.
19. En este sentido, dicho efecto inhibitorio o atemorizador -también conocido como *chilling effect*¹² -se observa no sólo cuando hay una condena, sino desde la mera posibilidad de persecución debido a la existencia de un tipo penal en la legislación nacional, agravándose a medida que avanza el proceso penal.

⁹ Sentencia, §108.

¹⁰ Sentencia, §§129-131.

¹¹ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C. No. 107. §133.

¹² Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, §4.

20. Por lo tanto, es imperativo minimizar al máximo el efecto atemorizador en estos casos, garantizando así la debida protección del derecho a la libertad de expresión, fundamental para el Estado democrático de derecho. Como señala la sentencia del presente caso, la protección del honor por medios penales no es conforme con la Convención cuando están en juego cuestiones de interés público¹³.
21. Para ello, es fundamental que se definan criterios objetivos que permitan eliminar de inmediato la aplicabilidad de medidas penales cuando se pretenda establecer la responsabilidad ulterior de declaraciones que versen sobre temas de interés público, a fin de evitar que se utilicen para desalentar el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión y evitar así que se sometan a escrutinio público conductas que atenten contra el interés de la población.
22. Cabe señalar que el Sr. Baraona Bray fue absuelto del delito de calumnia, que también fue objeto de la querrela interpuesta en su contra, ya que, según la sentencia del Juzgado de Garantía de Puerto Montt, la víctima no acusó de hecho delictivo al senador SP¹⁴.
23. En el Derecho comparado, se observan varios modelos de protección penal del honor. Es posible identificar dos modelos fundamentales: el tripartito, que reúne los tipos penales de injuria, difamación y calumnia; y el modelo bipartito, que diferencia sólo entre injuria y calumnia. Debemos prestar atención al hecho de que el *nomen juris* de los tipos penales no siempre expresa el mismo contenido. Por ejemplo, lo que es difamación en un sistema jurídico puede ser injuria en otro¹⁵.
24. Así, las consideraciones de este voto no abarcan los delitos contra el honor cuya tipicidad radica en la imputación de un hecho delictivo a otra persona - independientemente de la nomenclatura adoptada para referirse a tales tipos penales en los diversos ordenamientos jurídicos que integran el Sistema Interamericano-, sino sólo aquellos que, en palabras de la Corte IDH, implican la atribución de ofensas y de hechos ofensivos¹⁶. Y es que, además de no estar incluidas en el marco fáctico del caso, las conductas que implican falsa atribución de delitos constituyen una afectación más grave al honor de las personas y requerirían una reflexión más profunda por parte de esta Corte, en las circunstancias propias de un caso contencioso concreto.
25. Presentaremos en primer lugar consideraciones generales sobre los límites actuales a la previsión y uso de medidas penales para restringir la libertad de expresión y pensamiento en los ordenamientos jurídicos nacionales, primero con el fin de analizar los parámetros ya establecidos por la Corte IDH, y luego para presentar los avances plasmados en el nuevo paso en la evolución jurisprudencial de la Corte IDH alcanzado en el presente caso.
26. A continuación, nos detendremos en algunos aspectos particularmente problemáticos -y por lo tanto dignos de reforma- del ordenamiento jurídico chileno cuando se trata de medidas penales que tienen el poder de restringir la libertad de expresión en nombre de la protección de la honra ajena, más allá de la falta de claridad, precisión y especificidad de los elementos del tipo penal de injurias graves ya destacada en la sentencia¹⁷. Nos referimos a (i) la existencia de una modalidad agravada cuando la persona ofendida es un funcionario público o autoridad y (ii) la

¹³ Sentencia, §115.

¹⁴ Sentencia del Juzgado de Garantía de Puerto Montt, de 22 de junio de 2004 (expediente de prueba, fl. 11).

¹⁵ En este sentido *cfr.* Pablo Serrano, Alejandro. *La protección penal del honor y el conflicto con las libertades informativas – Modelos del Common Law, continental europeo y del Convenio Europeo de DDHH*, B de f: Buenos Aires, 2017.

¹⁶ Sentencia, §129.

¹⁷ Sentencia, §§137-142.

existencia de una modalidad agravada cuando las declaraciones en cuestión se realizan a través de un medio de comunicación.

III. De la posibilidad de aplicación de medidas penales en defensa del honor, según los parámetros ya establecidos por la Corte IDH

27. Como hemos tratado de explicar, el estándar establecido en la sentencia del caso *Baraona Bray Vs. Chile* se suma a la larga tradición construida sobre los cimientos de la jurisprudencia de la Corte IDH, comprometida con la búsqueda de una solución convencionalmente adecuada a las tensiones que surgen de la interacción entre el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho penal como mecanismo de protección del honor. Como producto de este fértil campo de debates, la Corte IDH se ha cuidado de identificar casos y circunstancias en los que la existencia de una disposición legal de carácter penal o la aplicación efectiva de medidas penales en defensa del honor serían incompatibles con la Convención Americana.
28. En *Álvarez Ramos Vs. Venezuela*, para evaluar una posible violación del artículo 13 en el caso concreto, la Corte Interamericana dividió su análisis en dos partes: en primer lugar, calificó las declaraciones realizadas por el Sr. Álvarez como expresiones de interés público, y sólo después analizó la posterior responsabilidad penal atribuida al peticionario. Para definir si el contenido de las declaraciones efectuadas por el peticionario en perjuicio del ex diputado venezolano era o no de interés público, la Corte IDH invocó tres criterios diferentes, a saber: (i) el criterio subjetivo, es decir, si la persona cuyo honor fue supuestamente violado era una funcionaria pública, (ii) el funcional, es decir, la implicación de la persona en los hechos denunciados se ha producido debido a la función pública que ejerce y, por último, (iii) el material, es decir, el objeto de las declaraciones realizadas tiene relevancia pública¹⁸.
29. El criterio subjetivo es más sencillo de aplicar y permite una identificación inmediata, dejando poco margen a la discrecionalidad a la hora de definir si un determinado individuo era o no funcionario público en el momento de los hechos. El criterio funcional, en cambio, deja cierto margen de discrecionalidad¹⁹, ya que exige un análisis más profundo de los hechos para determinar si la conducta en cuestión está relacionada con las funciones de un cargo concreto o si se produjo en la vida privada del funcionario público. Por último, el criterio material presupone un mayor margen de interpretación, ya que no existen parámetros objetivos para definir si un determinado asunto es o no de relevancia pública; es decir, la identificación de lo que sería públicamente relevante varía no sólo de una persona a otra, sino también en función de las circunstancias temporales, sociales y geopolíticas en las que se inserte el caso.
30. Unos años más tarde, con la sentencia en el caso *Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*, la Corte Interamericana consolidó el avance jurisprudencial producido en *Álvarez Ramos*. Además de adoptar los criterios allí establecidos para identificar los discursos circunscritos en el debate público, también afirmó que el uso de leyes penales para sancionar la difusión de expresiones de esta naturaleza no es compatible con la Convención y destacó la existencia de alternativas menos graves y, por lo tanto, de uso preferente²⁰. En esa ocasión, la Corte Interamericana constató el efecto intimidatorio causado por la imposición de las sanciones al Sr.

¹⁸ Corte IDH. Caso *Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C. No. 380. §§112-117.

¹⁹ Sentencia, §128.

²⁰ Corte IDH. Caso *Palacio Urrutia Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C. No. 446. §§118-119.

Palacio Urrutia y al periódico El Universo, que a la postre afectó a todos los profesionales de los medios de comunicación vinculados al mismo²¹.

31. De estas valiosas piezas jurisprudenciales en materia de libertad de expresión, se desprende que, en el caso de discursos que versen sobre asuntos de interés público, la previsión y aplicación de medidas penales tendientes a la responsabilización ulterior no serían compatibles con la Convención Americana. Es innegable el gran logro que ha significado para la defensa de la libertad de expresión la rica jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia, fruto de una interpretación avanzada y contemporánea del artículo 13 de la Convención, empeñada en dar un enfoque más favorable y un mayor alcance al derecho a la libertad de expresión²².
32. Llegado a este punto, destacamos una vez más la importancia vital de preservar el debate sobre cuestiones de interés público, lo que sólo es posible garantizando un ambiente fértil y propicio para el debate mediante el mantenimiento de un libre intercambio de ideas en una sociedad democrática. Tener en cuenta que el debate verdaderamente plural es un instrumento esencial no sólo para el control de la gestión y los recursos públicos, así como la transparencia de la actividad estatal, permitiendo así la rendición de cuentas y la responsabilidad de los funcionarios públicos por sus acciones en el foro popular, como bien destacó el perito Martín Prats en la audiencia pública celebrada el 20 de junio de 2022²³.
33. Sin embargo, a la luz de los estándares y criterios vigentes hasta entonces en el ámbito interamericano, no era posible determinar de antemano si el objeto de las declaraciones de un individuo era o no de interés público. Ello se debe a que tal juicio depende de cuestiones que no pueden identificarse en un análisis objetivo, y requiere la interpretación de conceptos subjetivos, que suele realizar una autoridad judicial en un momento procesal posterior a la presentación de una querrela. Esto significa que, a falta de otros criterios que definiremos a continuación, no es posible concluir, antes de la presentación de la denuncia criminal, si un determinado caso puede o no dar lugar a la aplicación de medidas penales para responsabilizar a la persona que realizó la declaración.
34. Esto permite que agentes como los defensores de los derechos humanos y los periodistas, así como cualquier ciudadano que desee debatir cuestiones públicas, se vean sometidos a la carga y los perjuicios -tanto financieros como sociales- de que se inicie un proceso penal contra ellos, sólo para recibir más tarde una respuesta del Estado sobre la conveniencia o no de la persecución penal en su caso o sobre si el discurso en cuestión gozaría de especial protección bajo el manto de la libertad de expresión en asuntos de interés público. Y aunque de hecho no haya proceso penal, la mera posibilidad de que esto ocurra en muchos casos ya es suficiente para que quienes se aventuran en la crítica pública se vean constantemente acechados -incluso malintencionadamente- por el riesgo de tener que enfrentarse al sistema penal si deciden participar del debate público.
35. Como la propia Corte IDH ha reconocido en más de una ocasión, la posibilidad de ser sometido a un proceso penal puede constituir en sí misma un medio para restringir la libertad de expresión, ya que tiene un efecto amedrentador sobre los miembros de la sociedad²⁴. En 2012, en el caso *Uzcátegui y otros Vs. Venezuela*,

²¹ Corte IDH. Caso Palacio Urrutia Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021, Serie C. No. 446. §§123-124.

²² Corte IDH. Caso Palacio Urrutia Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C. No. 446. Voto razonado de los Jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Ricardo C. Pérez Manrique, §32.

²³ Pericia rendida por Martín Prats en la audiencia pública ante la Corte IDH el 20 de junio de 2022.

²⁴ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C. No. 111, §107; Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo

la Corte IDH reforzó lo que ya había señalado en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*, a saber, que la existencia de un proceso penal por sí mismo genera un efecto intimidatorio e inhibitorio que aqueja el ejercicio de la libertad de expresión y, por lo tanto, es contrario a la obligación de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de la libertad de expresión en una sociedad democrática²⁵.

36. El llamado *chilling effect* genera preocupación por la garantía del derecho a la libertad de expresión -esencial para cualquier sociedad verdaderamente democrática-, que está estrechamente vinculada a la existencia de un auténtico espacio institucional de comodidad para su ejercicio, libre de presiones derivadas del ejercicio del poder punitivo del Estado. En el presente caso, en su intervención durante la audiencia pública del 20 de junio de 2022, el Peticionario señaló que tras su condena en 2004 -y debido a ella- dejó de actuar en casos medioambientales que tuvieran repercusión en los medios de comunicación, optando por permanecer en el anonimato en los pocos casos en los que participó.
37. En verdad, tal efecto es anterior -y, hasta cierto punto, independiente- de la efectiva instauración de un proceso penal, observado desde la mera posibilidad de ser encuadrado en un tipo penal, producto de la existencia de una previsión normativa que tipifique eventuales responsabilidades ulteriores por abusos en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.
38. Sin embargo, como se detalló anteriormente, la jurisprudencia de la Corte IDH se ha estructurado en el sentido de crear, *a priori*, hipótesis en las que la existencia y aplicación de medidas penales serían contrarias a la Convención; movimiento cristalizado en la sentencia del caso *Baraona Bray Vs. Chile*: este es el salto cualitativo dado por la Corte Interamericana, que se analizará más detenidamente en el próximo capítulo.
39. Es cierto que la creación *a priori* de hipótesis es una práctica jurisdiccional recurrente, que tiene un gran valor en diversos escenarios y permite abordar una amplia gama de violaciones de derechos humanos. Sin embargo, cuando se trata específicamente de la garantía de la libertad de expresión, hay que tener en cuenta que la mera previsión normativa de responsabilidad penal es capaz de inhibir el ejercicio legítimo del derecho. Así, la opción de delegar en los juzgadores la tarea de definir *a posteriori* si una determinada conducta -por versar o no sobre cuestiones de interés público- quedaría subsumida en las hipótesis de prohibición de la incidencia de medidas penales resulta insuficiente para garantizar el pleno goce de la libertad de expresión, convirtiéndose, por tanto, en un enfoque de reducida eficacia para abordar casos como el presente.
40. Conceptos como "interés público", en la clasificación propuesta por Winfried Hassemer, se encuentran entre los que requieren complementación valorativa del juzgador, dándole un mayor margen de libertad semántica y, por otro lado, mitigando la previsibilidad de su decisión. En circunstancias en las que el elemento restrictivo de la libertad de expresión reside en el propio ejercicio de la función jurisdiccional penal, la referida previsibilidad del espectro decisional se torna indispensable en la garantía de los derechos de los acusados. Es, por tanto, precisamente de la capacidad de delimitar mejor el marco interpretativo del Poder Judicial de donde deriva la relevancia de la decisión dictada por la Corte IDH, como se explicará a continuación.

de 2008. Serie C. No. 177, §85; y Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C. No. 249, §189.

²⁵ Corte IDH. Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C. No. 249. §189.

IV. De la inaplicabilidad de medidas de naturaleza penal en torno a la protección de honor de funcionarios públicos

41. Para que el *chilling effect* quede suficientemente minimizado -y, por tanto, la libertad de expresión quede efectivamente salvaguardada-, es necesario que el análisis relativo a la aplicabilidad, o no, de medidas penales en defensa del honor pueda llevarse a cabo de inmediato. Esto se debe a que la exclusión apriorística del *ius puniendi* criminal para promover la defensa del honor en determinados casos evita que las personas se sientan amedrentadas, inhibidas o disuadidas de contribuir al debate público al estar constantemente sujetas a la posibilidad -aunque sea teórica- de incurrir en responsabilidad penal o incluso de ser objeto de proceso criminal.
42. La declaración del Sr. Baraona Bray en la audiencia pública resume muy bien el riesgo democrático que la persecución penal conlleva para el debate público, produciendo efectos silenciadores que van más allá de los individuos que son directamente procesados. En aquella ocasión, la víctima reconoció que no sólo él, sino también otros abogados y defensores del medio ambiente habían guardado silencio tras su condena²⁶.
43. No por menos, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁷ como los representantes del Peticionario²⁸, abogaron ante la Corte IDH por la modificación de la legislación penal chilena en materia de delitos contra el honor cuando el infractor es un funcionario público o una autoridad. El primero solicitó la derogación de los tipos penales de difamación, injurias y calumnias, mientras que el segundo solicitó la despenalización de los tres tipos penales²⁹.
44. Este movimiento de creciente desplazamiento de la protección jurídica del honor desde el ámbito penal a otras esferas ha ido ganando cada vez más espacio a nivel internacional. A título ilustrativo, véase Argentina, que sólo prevé una multa para el delito de imputación falsa de delito³⁰ y no impone pena de prisión por injuria. De este modo, el ordenamiento jurídico argentino ha promovido la verdadera despenalización de los delitos contra el honor. Y fue más allá, estableciendo que las manifestaciones sobre asuntos de interés público no constituirán en ningún caso delito contra el honor³¹. Asimismo, en 2009, Uruguay eximió de responsabilidad penal a quienes realicen críticas o manifestaciones dirigidas a funcionarios públicos³². Ese mismo año, el Reino Unido despenalizó la difamación y otros

²⁶ Declaración de Carlos Baraona Bray ante la Corte IDH en audiencia pública de 20 de junio de 2022: "yo los admiro pero ellos también silenciaron una parte de su ser íntimo, ellos nunca más, si uno revisara la prensa en Chile nunca más participaron en ninguna denuncia, en ningún acto de protección al ambiente ante el abuso tanto del Estado como del privado, porque los privados también pueden abusar del medio ambiente, entonces, y muchos otros abogados, mucha otra gente que yo conozco, yo mismo, si yo me silencie, si yo me silencie, muchas otras personas".

²⁷ Informe de Fondo (expediente de fondo, fl. 35).

²⁸ Escrito de Solicitud de Pruebas y Argumentos (expediente de fondo, fl 108).

²⁹ En este sentido, el perito Martín Prats, indicado por los representantes del Peticionario, presentó un informe que abordaba, entre otras cuestiones, la inconveniencia de utilizar el derecho penal para dirimir conflictos sobre libertad de expresión y establecer responsabilidades penales ulteriores. En este contexto, se posicionó a favor de la despenalización de los crímenes contra el honor. Peritaje realizado por Martín Prats en la audiencia pública ante la Corte IDH el 20 de junio de 2022.

³⁰ Cfr. Artículo 109 del Código Penal de Argentina - "La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000) a pesos treinta mil (\$ 30.000). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas."

³¹ Cfr. Art. 109 del Código Penal Argentino *supra*, y art. 110 del Código Penal de Argentina - En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

³² Cfr. Ley 18.515, de 15 de julio de 2009, cuyo art. 4º alteró el art. 336 del Código Penal para darle la siguiente redacción: "ARTÍCULO 336. (Exención de responsabilidad y prueba de la verdad). - Estará exento de responsabilidad el que: A) efectuar o difundiere cualquier clase de manifestación sobre asuntos de interés

crímenes de honor a través del *Coroners and Justice Act*³³, siguiendo la tradición de la *common law* ya adoptada por los Estados Unidos, en que atentados contra el honor –conocidos como *libel*, *slander* y *defamation*– no son criminalizados a nivel federal.

45. Este tipo de soluciones objetivas son preferibles, ya que modulan el *chilling effect* a su nivel mínimo, de modo que ya no podría debilitar la institución de la libertad de expresión.
46. Como lo reconoce la Corte IDH en los párrafos 129 y 130 de su sentencia, establecer la inaplicabilidad absoluta de medidas penales cuando el objetivo de éstas sea la ulterior responsabilidad por declaraciones que involucren a funcionarios públicos, con excepción de las situaciones en que se les impute falsamente un delito, es una alternativa que salvaguarda satisfactoriamente el derecho a la libertad de expresión, pues reduciría el *chilling effect* desde el primer momento en que podría comenzar a afectar el goce de este derecho y así debilitar y empobrecer el debate público.
47. Esto, sin embargo, sólo es posible cuando el análisis de la (in)aplicabilidad de la vía penal se basa en criterios claros y objetivos que reduzcan el margen de interpretación del juez y que puedan ser fácilmente analizados para eliminar el temor a un castigo penal que pueda acallar voces y opiniones de forma preventiva.
48. En este sentido, cabe recordar que la jurisprudencia internacional -reiterada en el presente caso- ha consolidado el estándar según el cual el ejercicio de la libertad de expresión cuenta con un nivel extra de protección cuando se relaciona con discusiones sobre asuntos de interés general o político³⁴. Más concretamente, es posible observar una tendencia en la jurisprudencia internacional relativa al conflicto entre la libertad de expresión y la protección del honor de los funcionarios públicos, dando preferencia a la libertad de expresión.
49. Nótese que dicha prevalencia, aun cuando sirva para descartar definitivamente la aplicabilidad de medidas penales, no implica que el honor de los funcionarios públicos quede sin protección jurídica alguna. Sólo significa que su salvaguarda y las posibles limitaciones a la libertad de expresión, en situaciones que impliquen la imputación de ofensas o hechos ofensivos, deben restringirse a ámbitos distintos del penal. En este sentido, la determinación de rectificar la información y la garantía del derecho de réplica surgen como alternativas doblemente beneficiosas, contempladas en el art. 14 de la Convención³⁵; porque, además de no causar el silenciamiento de opiniones, fomentan el debate, potenciando el pluralismo de ideas, opiniones e informaciones.
50. En el presente caso³⁶, la Corte IDH refuerza el estándar previo, en el sentido de que las figuras públicas están expuestas a un escrutinio público más exigente de sus conductas³⁷. Conviene insistir una vez más en que ello no significa en modo

público, referida tanto a funcionarios públicos como a personas que, por su profesión u oficio, tengan una exposición social de relevancia, o a toda persona que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público (...)"

³³ En los términos del artículo 73 del referido *Coroners and Justice Act*: "Los siguientes delitos bajo las leyes de Inglaterra y Gales e y las leyes de Irlanda del Norte quedan abolidos: (a) delito de publicación sediciosa; (b) delito de publicación difamatoria; (c) publicación obscena." (Traducción nuestra)

³⁴ Sentencia, §108.

³⁵ Sentencia, §107. A este respecto, ver también Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto del Juez Ricardo C. Pérez Manrique. §19-22.

³⁶ Sentencia, §111.

³⁷ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C. No. 107, §129; Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de janeiro de 2009. Serie C. No. 193; Caso Moya Chacón y otro

alguno que no deba protegerse el honor de los funcionarios y personas públicas, sino sólo que (i) la vía penal, en determinadas circunstancias, no es adecuada para ello y (ii) que las medidas de mayor exigencia de responsabilidades deben ajustarse a los principios estructurales del pluralismo democrático, cuyo contenido exige que el Estado y sus agentes estén abiertos a la crítica formulada por la ciudadanía y a la *accountability* en el ejercicio de sus funciones públicas³⁸.

51. En el ámbito europeo, el precedente fundamental del debate sobre las ofensas a los funcionarios públicos y la protección del honor se encuentra en el caso *Lingens Vs. Austria*³⁹. En resumen, se trata de la condena por difamación de un periodista por sus duras críticas a políticos con un pasado vinculado al nazismo, utilizando expresiones como "vil oportunismo", "inmoral" e "indigno". El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") declaró que la condena del periodista por la justicia austriaca constituía una violación del artículo 10 de la Convención Europea, estableciendo que los límites de la crítica aceptable son significativamente más elásticos cuando se trata de agentes políticos, a diferencia de los particulares.
52. Según el TEDH, los agentes políticos se exponen conscientemente al escrutinio, del público en general y de los periodistas, por cada palabra que pronuncian y cada acción que realizan y, en consecuencia, deben demostrar un mayor grado de tolerancia ante las críticas y las opiniones adversas. Esto no significa, según la decisión, que la reputación del agente político no deba protegerse, incluso en los casos en que actúa en el ámbito de su función pública. Sin embargo, en tales casos, esta protección debe sopesarse con el interés público de debatir abiertamente asuntos políticos⁴⁰.
53. Merece la pena reproducir un pasaje de otra decisión del TEDH sobre la prevalencia del derecho a la libertad de expresión sobre el honor de los funcionarios públicos, esta vez en el famoso caso *Lopes Gomes da Silva Vs. Portugal*⁴¹:

En cuanto a los límites de la crítica admisible, son más amplios para un político, que actúa en su calidad de personaje público, que para un particular. Un político se expone inevitable y conscientemente a un control minucioso de sus actos y gestos, tanto por parte de los periodistas como del público en general, y debe mostrar una mayor tolerancia, especialmente cuando él mismo hace declaraciones públicas susceptibles de crítica.

Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. §75.

³⁸ Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C. No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, §12.

³⁹ TEDH. Caso Lingens Vs. Austria. Sentencia de 8 de julio de 1986.

⁴⁰ Utilizando un razonamiento similar, el TEDH llegó a la misma conclusión en los casos de otro periodista austriaco que hizo duras críticas y acusaciones contra funcionarios políticos. En una de las críticas, el periodista utilizó el insulto directo "idiota" (Trottel). En este sentido, la Corte aclaró que los insultos no pueden ser leídos fuera de contexto, que en este caso dijo con una crítica política, de un asunto público que implica declaraciones controvertidas de la parte ofendida. Cfr. TEDH. Oberschlick Vs. Austria. Nº 11662/85. Sentencia de 23 de mayo de 1991; Oberschlick Vs. Austria. Nº 20834/92. Sentencia de 1 de julio de 1997. En la misma línea se pronunció el TEDH en el caso de un ciudadano que ofendió al entonces Presidente de Francia, Sarkozy y fue condenado por el delito específico de injurias al Presidente de la República, art. 26, de la Ley de 29 de julio de 1881 sobre Libertad de Prensa. Repitiendo la línea de razonamiento de casos anteriores, el TEDH añadió en esta decisión que la imposición de sanciones criminales por conductas como ésta (el sujeto había gritado al Presidente "Casse toi pov'con", algo como "lárgate, mamón") puede generar un efecto inhibitor, disuasorio ("*chilling effect*") contra formas satíricas de expresión, que puedan desempeñar un papel importante en el debate abierto de asuntos de interés público, característica indispensable de la sociedad democrática. Cfr. TEDH. EON Vs. Francia. No. 26118/10. Sentencia de 15 de marzo de 2013.

⁴¹ TEDH. Caso Lopes Gomes da Silva Vs. Portugal. No. 37698/9. Sentencia de 29 de septiembre de 2000. Traducción nuestra, Al respecto, ver también MOTA, Francisco T. da. *O Tribunal dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão: Os casos portugueses*, Coimbra Editora: Coimbra, 2009, p. 40 ss; (críticamente, del punto de vista metodológico). COSTA, José de Faria. A informação, a honra, a crítica e a pós-modernidade (o los equilibrios inestables de nuestra intranquilidad), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 11 (2001), p. 131 y s.

Ciertamente tiene derecho a la protección de su reputación incluso fuera de la esfera de su vida privada, pero los imperativos de dicha protección deben sopesarse con los intereses de la libre discusión de cuestiones políticas imponiendo una interpretación restrictiva de las excepciones a la libertad de expresión⁴².

54. Cabe señalar que los representantes del Peticionario alegan que el Estado chileno ha utilizado reiteradamente tipos penales de delitos contra el honor para sancionar críticas políticas, opiniones y acusaciones contra figuras públicas -habiendo incluso mencionado algunos casos en este sentido-⁴³.
55. En respuesta, el Estado chileno argumentó que el tipo penal de injurias graves no da lugar a procesos penales indiscriminados que inhiban el legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Además, sólo una pequeña proporción de estos casos acaba en condena e, incluso en los casos de condena, las penas impuestas son de "escasa importancia", y en ningún caso se imponen penas privativas de libertad por la suspensión de la pena⁴⁴. En este sentido, creemos necesario hacer algunas consideraciones sobre la respuesta dada por el Estado chileno.
56. En primer lugar, aunque la condena sólo se produzca en la minoría de los casos, significa que sigue habiendo casos en los que se produce. El hecho de que supuestamente fueran minoría no sólo no significa que fueran pocos, sino que tampoco le quita el carácter alarmante a la situación, siendo suficiente para crear el efecto amedrentador y así acallar voces, empobreciendo la esfera del debate público en una sociedad democrática.
57. En segundo lugar, es importante destacar una vez más que la mera posibilidad de persecución -por la existencia de un dispositivo penal en vigor que tipifique una conducta atentatoria contra el honor ajeno- es suficiente para causar el *chilling effect*.
58. En tercer lugar, la instauración de un proceso penal agrava aún más el efecto inhibitorio que debilita la libertad de expresión. Especialmente en el contexto de los delitos contra el honor, cuya persecución suele producirse mediante acciones penales privadas de la parte ofendida, esto resulta preocupante y problemático. Dado que la mera presentación de una queja criminal es suficiente para iniciar un proceso penal, resulta considerablemente más fácil utilizar la fuerza del aparato

⁴² En una línea similar, Baciagalupo afirma que el derecho a la libertad de expresión prevalecerá cuando la expresión o información tenga por objeto la participación en la formación de la opinión pública. BACIGALUPO, Enrique. Delitos contra el honor. Madrid: Hamurabi, 2006. p. 48.

⁴³ Condenas: Raúl Quintana con Javier Rebolledo, 8° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 1810018991-3, RIT N°3187-2018 (2018); El ciudadano con Miodrag Marinovic, 3° Juzgado de Garantías de Santiago. RUC N°1310027365-3, RIT N°6389-2013 (2013); Gaspar Rivas con Andronico Luksic, 8° Juzgado de Garantías de Santiago. RUC N°1610015512-9, RIT N°3799-2016 (2016); "Gonzalo Cornejo con Daniel Jadue, 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. RUC N 1710019007-9, RIT N°599-2017 (2017); Fidel Meléndez con Claudio Pucher, Juzgado de Letras y Garantías de Licantén. RUC N°1610017451-4, RIT N°272-2016 (2016).

Absoluciones: Andrés y Adolfo Zaldivar con Marcel Claude", Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 62.720-2002 (2002); Pedro Sabat con Danae Mlynarz, 8° Juzgado de Garantías de Santiago. RUC N°0810010361-4, RIT N° 4093-2008 (2008); Rodolfo Carter con Marcela Abedrapo, 14° Juzgado de Garantías de Santiago. RUC N° 1710025106-k, RIT N°4581-2017 (2017); Raúl Quintana con Javier Rebolledo 8° Juzgado de Garantías de Santiago. RUC N° 1810018991-3, RIT N° 3187-2018 (2018).

Sobreseimientos: Ramón Galleguillos Castillo y otra contra Hugo Gutiérrez Galvez, Juzgado de Garantías de Iquique. RUC N° 1310013817-9, RIT N° 5629-2013 (2013); Franco Parisi con Evelyn Matthei, 8° Juzgado de Garantías de Santiago. RUC N° 1310033640-k, RIT N° 9913-2013 (2013); Michelle Bachelet con Revista Qué Pasa RUC N° 1610019481-7, RIT N° 6028-2016 (2016); Sebastián Dávalos con Tomás Mosciatti 8° Juzgado de Garantías de Santiago. RUC N° 1310012252-3, RIT N°3787-2013 (2013).

Informaciones retiradas del Escrito de Solicitud de Pruebas y Argumentos, Expediente de Fondo, fls. 103-104

⁴⁴ Escrito de contestación (expediente de fondo, fls. 204-207).

penal para desalentar las críticas, las denuncias y la divulgación de informaciones relevantes para la opinión pública.

59. En este sentido, es importante recordar la preocupación ya expresada por la Corte IDH -incluso a través de la sentencia del presente caso- por el hecho de que funcionarios públicos recurran reiteradamente a las instancias judiciales para interponer demandas por delitos de calumnia o injuria con el objetivo de silenciar o inhibir las críticas a su actuación en la esfera pública, en el contexto de los llamados "procesos SLAPP" (del inglés *Strategic Lawsuit Against Public Participation*)⁴⁵.
60. Se trata de una estrategia consistente en atribuir, a través de la interposición de acciones penales, cargas y costes de litigio tan expresivos a un individuo -además del temor a sufrir las sanciones aplicables- que inducen al demandado a retractarse o renunciar a pronunciar sus discursos, produciendo efectos de autocensura⁴⁶. Así, las medidas legislativas que impiden o limitan el acceso de los funcionarios públicos a las instancias judiciales como espacios para silenciar a sus críticos también aparecen como excelentes oportunidades para que los Estados revisen sus mecanismos procesales con el fin de adoptar disposiciones anti-SLAPP⁴⁷.
61. Por último, en el caso de los delitos contra el honor, aunque se suspenda la eventual pena privativa de libertad, el individuo seguirá teniendo la condición de condenado penal, y podrá ver restringidos otros derechos. A este respecto, quisiéramos hacer hincapié sobre algunos extractos de las declaraciones del Peticionario durante audiencia pública realizada el 20 de junio de 2022⁴⁸:

Ahora el sobreseimiento definitivo, mucha gente lo asimila como: "a no existió juicio", o sea no trae ninguna consecuencia para el condenado porque se aplicó este beneficio procesal. El problema es que la condena sí existió. Y cuál es mi problema como abogado, que cualquier persona que quiera revisar el sitio web del Poder Judicial, en la historial basta que ponga mi nombre y mi Rut, y aparece la condena. Alguien pone mi nombre en Google por todo lado, Baraona condenado 300 días, nueva querrela contra Carlos Baraona, ahora si si Baraona va a ir a la cárcel (...)

Pero en Chile, uno ve cualquier registro, la policía tiene registros especiales, los fiscales tienen registros especiales, ponen mi nombre y aparece la condena. Yo me paro frente a una Corte a alegar y los jueces tienen su registro y saben que yo fui condenado. Mire, yo le voy a contar algo, algo domestico no quiero extender mucho. El año 2008, la clínica de las ... me invitan a Washington a Estados Unidos, porque se vio esta causa, en el 2008 hubo una audiencia para esta causa en Washington, había conseguido fondos para pagarme los pasajes, y cuando yo me enfrento al formulario de la visa para entrar a Estado Unidos, hay un capítulo que dice: "ha sido

⁴⁵ Corte IDH. Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C. No. 446. §95.

⁴⁶ Corte IDH. Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C. No. 446. Voto razonado de los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Ricardo Pérez Manrique, §14.

⁴⁷ Corte IDH. Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C. No. 446. Voto razonado de los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Ricardo Pérez Manrique, §22.

⁴⁸ Declaración de Carlos Baraona Bray ante la Corte IDH en audiencia pública de 20 de junio de 2022.

condenado”, si o no. Claro, yo quisiera decir no es que hay un mecanismo en Chile, el 398, no tengo esa opción tengo que decir fui condenado o no fui condenado. Si yo le miento a Estados Unidos, prefiero no saber qué consecuencias puede... Rompí el papel no pedí la visa y no fui a Estados Unidos. Nunca he ido a Estados Unidos. O sea, mientras no haya una sentencia que diga el juicio del año 2004, no sé fue injusto, el gobierno chileno se equivocó, yo sigo siendo condenado, eso es. Yo he soportado incluso burlas, he estado alegando y este es el condenado, ¿"ministro, como le va a creer si es el condenado?". Esa es la realidad. ¿Qué hice yo como mecanismo de defensa? Me centré en el sector privado, mis clientes son sector privado, un juicio de arriendo entre el señor A y el señor B. Ahí esto yo, yo dejé de tramitar estos juicios de connotación pública, porque siempre estoy expuesto a que fui condenado (...)

Todos esos años, claro he tenido que cargar con el estigma de mentir, de afectar la honra de un senador. A mí, no sé si la palabra es bronca, me da rabia, me da impotencia.

62. Es evidente que, aunque se suspenda la condena, el coste es demasiado elevado. Y no sólo para los acusados, sino para la sociedad democrática en su conjunto, debido al empobrecimiento del debate sobre cuestiones de interés público y al debilitamiento del control de la gestión pública.
63. La suspensión de la pena sólo es posible si no hay antecedentes penales y si el individuo no reincide. Además, la suspensión es una opción del tribunal y no un procedimiento obligatorio si se cumplen determinados requisitos. Esto significa que, aunque sea una posibilidad, no hay forma de garantizar que las personas condenadas por delitos contra el honor nunca sean encarceladas.
64. A la luz de todo lo anterior, la restricción de la tramitación de un proceso penal en casos de declaraciones de interés público constituye ya un notable avance promovido en los casos *Álvarez Ramos Vs. Venezuela* y *Palacio Urrutia Vs. Ecuador*. Los estándares allí establecidos y reiterados en la sentencia del presente caso siguen siendo aplicables a los casos que involucran el delito de falsa imputación de un crimen a un individuo.
65. Para los demás delitos contra el honor, que implican ofensas y la imputación de hechos ofensivos, y, por lo tanto, representan menor afectación a la esfera de derechos de los individuos, la prohibición a la persecución penal no debe basarse en la eventual caracterización de las declaraciones que dieron lugar a la ulterior responsabilización como de "interés público", sino en razón de la condición de funcionario público de aquel cuyo honor fue presuntamente afectado.
66. La decisión por la supresión absoluta de las medidas penales cuando el objetivo de éstas sea la responsabilización por declaraciones que involucren a funcionarios públicos y que no incluyan una falsa imputación de un delito, constituye uno de los avances más importantes en la defensa del derecho a la libertad de expresión promovido por la Corte IDH. Al adoptar este criterio ya no es necesario determinar el carácter de interés público de la declaración que supuestamente imputa ofensas u hechos ofensivos, el nuevo estándar al evitar la sola proposición de la acción penal consigue mitigar el *chilling effect* desde el primer momento en que afecta al goce de este derecho y que, por tanto, debilita y empobrece el debate público.

V. Defectos de legalidad y taxatividad de las normas penales analizadas en el caso

a. El tipo penal de injurias en el ordenamiento jurídico chileno frente a la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH

67. Además de establecer el estándar de la incompatibilidad absoluta de las medidas penales de responsabilidad ulterior dirigidas a proteger el honor de los funcionarios públicos contra la imputación de ofensas y hechos ofensivos, la Corte IDH reconoció la inconventionalidad de los tipos penales aplicados en el caso concreto en relación con el artículo 9º de la Convención.

68. Al respecto, recordamos que los representantes del Peticionario alegaron que el tipo penal de injurias no cumpliría con los estándares de legalidad de la Convención Americana. En este punto, llama la atención un fragmento del discurso del Peticionario durante la audiencia pública realizada el 20 de junio de 2022⁴⁹:

En el caso mío se invocó la calumnia y la injuria, la calumnia básicamente imputar un delito actualmente perseguir el oficio dice nuestro código penal, y eso fue descartado porque nunca se habló de tráfico de influencia de asociación ilícita, en la prensa decía eso. Y la injuria, es lo que nosotros llamamos un concepto jabonoso, que da para todo, es como algo vacío que cada juez le da el contenido que quiere según las circunstancias.

69. En la misma línea, la Comisión sostiene que, debido a su ambigua redacción, el tipo penal es incompatible con el principio de estricta legalidad penal y con el derecho a la libertad de expresión, ya que no establece parámetros claros para definir las conductas prohibidas y sus elementos⁵⁰.

70. El ordenamiento jurídico chileno -más concretamente a través del Código Penal- diferencia entre calumnia (artículos 412 a 415) e injurias (artículos 416 a 420), y también tiene disposiciones comunes a ambos tipos (artículos 421 a 431). Nótese que el delito de injurias se compone en realidad de dos tipos penales, siendo el de injurias leves, previsto en el artículo 416 y cuya pena se establece en el artículo 419; y el de injurias graves, previsto en el artículo 417 y cuya pena se establece en el artículo 418.

71. Esto no significa que no se tipificaran las conductas que en otros ordenamientos jurídicos pueden calificarse de difamación. De hecho, está contemplado en el tipo penal de injurias⁵¹, más concretamente en el tipo de injurias graves (artículo 417)⁵². Considerando que el tribunal chileno ha condenado al Peticionario por este último tipo de delito, es necesario analizar la redacción del dispositivo:

ARTICULO 417.
Son injurias graves:

⁴⁹ Declaración de Carlos Baraona Bray ante la Corte IDH en audiencia pública de 20 de junio de 2022.

⁵⁰ Informe de Fondo (expediente de prueba, fl. 28-30)

⁵¹ Sobre esta opción legislativa *cf.* MONTT, Mario Garrido. Derecho Penal Parte Especial, Tomo III, 3ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 187.

⁵² La "injuria difamatoria" incluye incluso conductas que en otros ordenamientos jurídicos se encuadrarían en el tipo penal de injuria, ya que se define como "imputación de un crimen o simple delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio" (art. 417, 1º) y "imputación de un crimen o simple delito penado o prescrito" (art. 417, 2º). Esta diferenciación se produce porque el delito de calumnia consiste en la "imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio" (art. 412).

- 1.º La imputación de un crimen o simple delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio.
- 2.º La imputación de un crimen o simple delito penado o prescrito.
- 3.º La de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado.
- 4.º Las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.
- 5.º Las que racionalmente merezcan la calificación de graves atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.

72. La Corte IDH ha adoptado la postura de que el tipo penal en cuestión padece un alto nivel de indeterminación. Especialmente el artículo 417, párrafos 4º y 5º, ya que no se especifican las circunstancias que harían la injuria "ultrajante" o "grave"; pero tampoco el párrafo 3º, dada la indeterminación de la expresión "vicio o falta de moralidad". Estos tipos penales también son problemáticos porque permiten, en teoría, castigar la atribución de hechos verdaderos.
73. Este es también el dictamen técnico-jurídico emitido por el perito ofrecido por los representantes del Peticionario, Martín Prats, quien manifestó, en el momento de la audiencia pública realizada el 20 de junio de 2022⁵³:

Sobre el principio de legalidad señalado, las normas citadas y sobre las cuales se sostuvieron las sentencias de los tribunales chilenos, artículo 416 y 417 punto 3 del código penal, no cumplen con los requisitos de claridad y exactitud en la definición de la conducta reprochada que permitan al implicado el conocimiento y comprensión de la prohibición y con eso la previsión de esta. Esto también es similar a afirmaciones de la Corte en el caso Canese de Paraguay 2004, donde señaló expresamente que las leyes que establezcan responsabilidades ulteriores han de ser lo suficientemente explícitas para garantizar a los individuos un margen de certeza respecto de las posibles responsabilidades de sus expresiones. (...)

Las normas del código penal, entiendo que son excesivamente ambiguas y amplias y no establecen claramente los elementos de delito al no especificar el dolo requerido del sujeto activo permitiendo que la subjetividad del ofendido determinará la existencia del delito. (...)

Hay un principio de legalidad de los artículos, en este caso no cumplen con la exigencia de exactitud de claridad se aplicaron figuras penales demasiado amplias, vagas que imposibilitan en cierta manera la previsión de la conducta, entonces no hay una correspondencia con el principio de legalidad en las normas aplicadas en este caso concreto.

74. La jurisprudencia de la Corte IDH se ha consolidado desde hace tiempo en el sentido de que las normas penales deben ser formuladas no sólo anticipadamente al hecho delictuoso, sino también de manera expresa, precisa y exhaustiva, mediante

⁵³ Declaración de Martín Prats ante la Corte IDH en audiencia pública de 20 de junio de 2022.

términos exactos e inequívocos que identifiquen la conducta punible⁵⁴. El mandato de determinación o principio de taxativo es uno de los corolarios del principio de la legalidad⁵⁵ en materia penal, conocida también por su formulación latina *nulla poena sine lege*, acuñada por Anselm Von Feuerbach, quien la dedujo de su teoría de la coacción psicológica. Para que se pueda cumplir la función de la pena de motivar a los ciudadanos para que no cometan delitos, es necesario que sepan de antemano con precisión lo que prohíbe la ley penal⁵⁶. Sin embargo, el principio de legalidad no se limita a este argumento teleológico o consecuencialista⁵⁷, pero sí hay un fundamento político-democrático, de naturaleza deontológica: los poderes ejecutivo y judicial están vinculados por leyes abstractas, que protegen al individuo de la arbitrariedad del Estado; además, las restricciones a la libertad de los ciudadanos -como son por excelencia las leyes penales- sólo deben ser determinadas por el legislador democráticamente legitimado⁵⁸. El mandato de determinación, derivado del principio de legalidad, impone, por tanto, que la ley penal debe ser lo suficientemente clara y precisa para que los implicados puedan conocer y comprender la conducta prohibida, garantizándoles un margen de seguridad jurídica sobre la posible responsabilidad por sus declaraciones. En un Estado de Derecho, la previsibilidad y el cálculo del ejercicio del poder estatal en el ámbito penal son valores vinculados al principio de la legalidad. Esto significa que el juez debe ser capaz de extraer de la ley penal una orientación segura para aplicarla en un caso concreto y que los ciudadanos deben poder visualizar claramente los límites del comportamiento permitido y la naturaleza y gravedad de la sanción que les espera si infringen esos límites⁵⁹.

75. Recordando la lección de Hassemer, la adopción indiscriminada, en la ley penal, de conceptos vagos, o que dependen de la complementación valorativa, no pocas veces requiere que los magistrados recurran a juicios apoyados en la convicción moral del juzgador para completar la amplitud semántica de la norma, dándoles amplio espacio para moverse sin la instrucción de la ley⁶⁰. "Las posibilidades de vincular al juez a la ley (y de controlar si está vinculado) dependen de la propia ley. Las normas genéricas e imperfectas pueden esperar mucho menos una vinculación del juez que las que dicen completa y precisamente lo que quieren", afirma el autor⁶¹.

76. Así, la falta de determinación del tipo penal atenta no sólo contra el principio de legalidad penal en su corolario del mandato de determinación o taxatividad, sino también, reflexivamente, contra el derecho a la libertad de expresión, pues restringe el espectro de afirmaciones y publicaciones que el ciudadano puede realizar sin temor a ser reprochado penalmente.

⁵⁴ En este sentido, Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C. No. 111, §174; Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C. No. 177, §63 y Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, §55.

⁵⁵ Al lado de los demás: *nulla poena sine lege scripta* (prohibición de basar la punibilidad en derecho consuetudinario o natural), *prævia* (prohibición de retroactividad), y *stricta* (prohibición de analogía).

⁵⁶ Con ulteriores referencias SCHÜNEMANN, Bernd. *Null poena sine lege*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1978, p. 2; GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons: 2015, p. 55 ss.

⁵⁷ Para una crítica de la fundamentación meramente teleológica del principio de la legalidad, cf. GRECO, Luís. *Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal*, *Indret* 4/2010, p. 5 ss.

⁵⁸ GARCIA PÉREZ, Octavio. "El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia", *Indret* 4/2018, p. 8; ROXIN, Claus/GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5ª ed., 2020, p. 219.

⁵⁹ URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de, *¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal*, en: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 173 ss.; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*, São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 109.

⁶⁰ HASSEMER, Op. Cit., p. 265

⁶¹ *Ibid.*, p. 242. Traducción nuestra.

77. Así pues, por estas razones, estamos de acuerdo con la Sentencia en cuanto al reconocimiento de la violación del artículo 9 de la Convención en relación con los dispositivos mencionados. Sin embargo, existen dos elementos del ordenamiento jurídico que integran el marco fáctico del caso que merecen una mirada más detenida y que se relacionan indisolublemente con los mecanismos de contención del derecho a la libertad de expresión aquí analizados: (i) la agravante penal consistente en el uso de medios de comunicación, prevista en el art. 29 de la Ley nº19.733 y (ii) la agravante relativa a la condición de funcionario público del ofendido, prevista en el art. 12 (13) del Código Penal chileno.

b. La incompatibilidad la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH, y la agravante relativa a "la utilización de medios de comunicación" de la Ley no. 19.733

78. En la condena del Peticionario, el tribunal nacional invocó no sólo el tipo penal de injurias graves, sino también la agravante relativa al uso de los medios de comunicación⁶² para difundir las declaraciones presuntamente injuriosas, previstas en el artículo 29 de la Ley Nº19.733, la Ley de Prensa chilena. Por ello, es importante hacer consideraciones sobre esta modalidad agravada⁶³.

79. En primer lugar, cabe señalar que el artículo 418, que establece la pena aplicable al delito de injurias graves, prevé dos hipótesis distintas de pena. La primera - cárcel mínima a media, además de multa de 11 a 20 UTM- es aplicable a las declaraciones presuntamente injuriosas realizadas por escrito y con publicidad⁶⁴; la segunda -cárcel menor en su grado mínimo y multa de 6 a 10 UTM-, aplicable a declaraciones presuntamente injuriosas no formuladas por escrito y sin publicidad. Sin embargo, a la luz del artículo 29 de la Ley de Prensa chilena, cuando el delito de injurias se cometa a través de cualquier medio de comunicación social, la pena por injurias leves será de 20 a 50 UTM y por injurias graves de 20 a 150 UTM. En otras palabras, en la legislación chilena, cuando se hacen declaraciones a través de la prensa que supuestamente afectan el honor de otra persona, las multas impuestas se incrementan y las penas de prisión del Código Penal permanecen inalteradas.

80. Al prescribir una pena agravada a quienes utilizan los medios de comunicación, la Ley de Prensa les asigna una pena más severa por los mismos delitos que la impuesta a los ciudadanos que no forman parte de periódicos y de los medios de comunicación en general.

81. Es cierto que el mismo dispositivo determina que la "crítica política" no constituye injuria, salvo que tenga esta finalidad específica, aproximándose a la doctrina de la *real malicia*⁶⁵. Sin embargo, esta excepción crea una amplia discrecionalidad para atribuir un *animus injuriandi* a cualquier crítica política, lo que puede anular los efectos de la referida exención legal. De ahí la importancia, analizada al principio de este voto, de adoptar criterios objetivos y claros sobre las excepciones a la

⁶²Según el artículo 2º de la Ley de Prensa chilena, para todos los efectos legales se entenderá por "medios de comunicación social" aquellos capaces de transmitir, difundir, divulgar o propagar, en forma estable y regular, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualquiera sea el soporte o instrumento utilizado.

⁶³ Sentencia, §59.

⁶⁴ Según el artículo 422 del Código Penal chileno, se entenderá "por escrito y con publicidad" las declaraciones difundidas por medio de carteles o folletos fijados en lugares públicos; por impresos, no sujetos a la ley de prensa, litografías, grabados o manuscritos comunicados a más de cinco personas, o por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones reproducidas por medio de litografía, grabado, fotografía o cualquier otro procedimiento.

⁶⁵ Esta doctrina tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254 - 1964), bajo el entendimiento de que, para que un funcionario público pueda reclamar una indemnización por los daños a su honor causados por declaraciones difamatorias, es necesario probar que dichas declaraciones fueron hechas con real malicia, es decir, por conocimiento o indiferencia a la falsedad de la opinión o información divulgada.

incidencia de la norma penal, con el fin de limitar, en la medida de lo posible, el margen interpretativo del juez.

82. También es cierto que el artículo 30 de la misma ley, aunque no acepta con carácter general el argumento de la *exceptio veritatis*, abre la vía para que sea aceptado al prever la suspensión del proceso o la absolución del acusado cuando el discurso sea en defensa de un interés público real o cuando el ofendido desempeñe una función pública y la supuesta acusación se refiera a hechos relacionados con el ejercicio de su cargo. Así, aunque de forma excepcional, la legislación chilena establece algunas salvaguardas relevantes para proteger el discurso de interés público.
83. Sin embargo, aún con tales salvaguardas, lo cierto es que las referidas disposiciones de la Ley de Prensa chilena atribuyen una pena más grave a una actividad propia del ejercicio de la libertad de prensa, asignando una carga probatoria excesiva al acusado para demostrar no sólo la veracidad de los hechos sino también la ausencia de un "propósito manifiesto de injuriar". No bastante, trae expresiones poco claras que pueden dificultar el encuadramiento de discursos de interés público en las exclusiones de ilegalidad del tipo.
84. Podría argumentarse que la intención del legislador era conferir una protección penal más incisiva debido al mayor alcance del daño al honor de un individuo cuando es perpetrado por los medios de comunicación. Sin embargo, en la práctica, al instituir una sanción más restrictiva única y exclusivamente por el ejercicio de un derecho humano, la ley termina provocando una violación refleja al derecho a la libertad de expresión, razón por la cual la protección jurídica otorgada a quienes utilizan la prensa no sólo no puede ser menor, sino que, por el contrario, debe incrementarse debido a la importancia colectiva que desempeña en una sociedad democrática⁶⁶.
85. No en vano, el artículo 1º de la propia Ley de Prensa chilena establece que la libertad de opinión e información, sin censura previa, constituye un derecho fundamental de todas las personas. También reconoce que las personas tienen derecho a ser informadas sobre acontecimientos de interés general. Sin embargo, no sólo criminaliza, sino que castiga aún más severamente las declaraciones realizadas a través de la prensa. Contradicción evidente.
86. Por lo tanto, no existe una necesidad social imperiosa -término utilizado anteriormente por la Corte IDH- que justifique la imposición de una pena más grave para los delitos contra el honor cometidos a través de la prensa. La instrucción del caso tampoco reveló la presencia de tal justificación. Considerando la existencia de un tipo penal general para reprimir estos delitos, la agravación de la sanción penal vinculada al ejercicio de un derecho fundamental parece, en este contexto, escapar al precepto de estricta necesidad establecido por la jurisprudencia de la Corte IDH. También asumiría un carácter antiisonómico inaceptable, ya que el hecho de que el individuo sirva de fuente para investigaciones periodísticas y haga así viable, a nivel colectivo, la dimensión informativa de la libertad de expresión sería de hecho una razón para aumentar sus niveles de protección, y no para someterlo a controles más estrictos de protección penal⁶⁷.
87. También es conveniente señalar que una eventual revocación de la norma penal agravante no excluiría, por sí sola, la posibilidad de que el Poder Judicial decida por la incidencia de una pena más severa debido a determinadas características del

⁶⁶ Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C. No. 451. Voto razonado del Juez Rodrigo Mudrovitsch, §61-63.

⁶⁷ Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C. No. 451. Voto razonado del Juez Rodrigo Mudrovitsch, §68.

agente o de su conducta típicamente considerada, observando naturalmente el principio de legalidad. Es imperativo que los tribunales nacionales, que también tienen el deber de ajustar su facultad interpretativa, dejen de adoptar cualquier decisión que imponga penas más severas para los delitos contra el honor por el mero hecho de que se cometan ejerciendo la libertad de prensa, con independencia de que la legislación de ese Estado prevea o no expresamente esa agravación⁶⁸.

88. De este modo, señalar los aspectos potencialmente ofensivos para los derechos humanos en la redacción de la citada disposición es sólo uno de los pasos necesarios para abordar la cuestión. A ello se añade obligatoriamente la modulación de las posibles interpretaciones que deben establecer los tribunales nacionales.

c. De la inaplicabilidad de la agravación de sanciones establecidas a crímenes contra el honor derivado de la condición de funcionario público del ofendido

89. El tribunal chileno, al condenar al Peticionario, no invocó expresamente la agravante prevista en el artículo 12(13) del Código Penal nacional con el fin de aumentar la pena aquí establecida. No obstante, durante la audiencia pública celebrada el 20 de junio de 2022, el Peticionario señaló que la sanción que se le había impuesto era sustancialmente superior a la que suelen aplicar los tribunales chilenos en casos similares⁶⁹. La Corte IDH, a su vez, reforzó en la sentencia su preocupación por el posible aumento del *chilling effect* que pueden generar normas como ésta⁷⁰.

90. Existe un consenso en la jurisprudencia internacional -no sólo en la Corte IDH, sino también en otras cortes regionales de derechos humanos- de que el ejercicio de la libertad de expresión debe estar cubierto por un nivel adicional de protección cuando se relaciona con discusiones sobre asuntos de interés general o político. En este contexto, las respuestas judiciales deben manejarse con la máxima cautela cuando se trata de delitos dirigidos contra funcionarios públicos, preocupación esta que se encuentra reflejada en la innovadora concepción postulada por la Corte IDH.

91. Las normas que establecen un agravamiento de la pena por razón de la función pública desempeñada por el denunciante se oponen diametralmente a la jurisprudencia internacional, que prevé una mayor tolerancia de las críticas, aunque se consideren ofensivas, contra las autoridades públicas. Tal es el caso de los precedentes *Lingens Vs. Austria*, y *Lopes Gomes da Silva Vs. Portugal*, citados al inicio de este voto.

92. Si bien la decisión de la Corte IDH, en materia de reparaciones, tuvo por objeto reformar los artículos 416, 417, 418 y 420 del Código Penal chileno, así como el artículo 29 de la Ley 19733, la eliminación de la vía penal como mecanismo de protección de honor de los funcionarios públicos en los términos propuestos en la sentencia tiene consecuencias relevantes en el análisis del artículo 12(13) del Código Penal. En otras palabras, si la responsabilidad penal por ofender o imputar hechos ofensivos a los agentes del Estado es claramente incompatible con la

⁶⁸ Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C. No. 451. Voto razonado del Juez Rodrigo Mudrovitsch, §74.

⁶⁹ Declaración de Carlos Baraona Bray ante la Corte IDH en audiencia pública de 20 de junio de 2022: "No quiero entrar en mayores detalles porque son técnicos legales, pero el juez puede decir ya para mí el honor es esto, para mí es esto otro o hay que proteger más el honor de esta persona porque tiene un alto cargo público. Entonces eso fue lo que pasó a mí. Se me dijo, es más. El delito que se me imputó a mi es un delito que en Chile normalmente tiene 40 días de prisión, es como la norma. Cualquier persona condenada por injuria: 40 días de prisión. A mí, se aplicaron 300, porque el mensaje es: nunca más, no vuelva a hablar. Porque el mensaje no era para mí, era para todo el mundo que podría haber cooperado y haber entregado antecedentes. Eso es el silenciamiento, eso fue lo que me paso a mí, 300 días."

⁷⁰ Sentencia, §122.

Convención, como consecuencia lógica, la agravación de la sanción cuando el hecho lesivo se comete contra el honor de éstos es igualmente inconvencional. Reglas como las contenidas en el art. 12(13), por tanto, atentan directamente contra las directrices dictadas en *Baraona Bray Vs. Chile*.

93. Creemos que es necesaria una aclaración adicional en este punto, en línea con los recientes estándares de la Corte IDH. Al analizar la responsabilidad penal agravada por el uso de la prensa a la luz de la Convención Americana, no nos estamos refiriendo única y exclusivamente a la redacción expresa del artículo 12(13) del Código Penal chileno: debemos tener en cuenta, en cuanto al control convencionalidad, cualquier interpretación promovida por los tribunales que resulte en efectos del mismo contenido o que adopte la misma racionalidad que el citado. Véanse las consideraciones de la Corte IDH en la sentencia sobre las medidas de reparación, reiterando el estándar establecido en el caso *Palacio Urrutia Vs. Ecuador*⁷¹:

173. La Corte reitera que no solo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención⁷².

94. Debe señalarse que, aunque este dispositivo fuera modificado, derogado o interpretado como no vigente por las cortes domésticas, ello no equivaldría *per se* a eliminar la posibilidad de agravar la pena por motivos concretos para proteger el honor de los funcionarios públicos o autoridades con mayor severidad que si no ostentaran tal cargo; para ello es necesario que la interpretación que los órganos jurisdiccionales en el Estado se ajusten a las pautas convencionales desarrolladas por la Corte IDH en su jurisprudencia.

VI. Consideraciones finales

95. Como hemos tratado de demostrar a lo largo de este voto, la sentencia dictada en el caso *Baraona Bray Vs. Chile* introdujo uno de los avances más importantes realizados por la Corte IDH en la garantía del derecho a la libertad de expresión en los últimos años. Este notable avance radica en el reconocimiento de que la protección penal de la honra de los funcionarios públicos contra ofensas y la imputación de hechos ofensivos, salvo en el caso de falsa atribución de delito, que no fue discutido en el presente caso, no es compatible con la Convención, ampliando el alcance de la protección establecida por la Corte IDH en los casos *Álvarez Ramos Vs. Venezuela*, y *Palacio Urrutia Vs. Ecuador*, en los que declaró la improcedencia de la *persecutio criminis* destinada a la represión de la expresión en materia de interés público.

⁷¹ Corte IDH. Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C. No. 446. §179.

⁷² Sentencia, §173.

96. Al vincular la inaplicabilidad de las medidas penales a la condición de funcionario público del ofendido, y no sólo a un juicio a posteriori sobre el carácter de "interés público" del discurso considerado lesivo, la decisión de la Corte IDH contribuye decisivamente a mitigar el efecto amedrentador de las normas penales desde el primer momento en que pudieran afectar al goce de la libertad de expresión y evitar así el debilitamiento y empobrecimiento del debate sobre cuestiones de interés público.
97. Quienes emitimos este voto entendemos que al presente fallo, tal como se ha analizado, significa un avance significativo en la línea jurisprudencial que tiende a reducir el margen del recurso al Derecho Penal para el establecimiento de responsabilidades ulteriores en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Así para el caso de funcionarios públicos, el estándar es que no es posible invocar y accionar penalmente por responsabilidades ulteriores para proteger su derecho al honor frente a la imputación de ofensas y de hechos ofensivos. Una acción emprendida por un funcionario público resultaría inadmisibile *ab initio* en aplicación del presente estándar. Esto no significa desprotección de este derecho, si la necesidad de recurrir a otras vías – no penales – para exigir su protección.
98. Finalmente, recordemos que los estándares generados en un caso por el Tribunal Interamericano tienen no solo un impacto en el caso concreto (*res judicata*) sino que adicionalmente se genera un insumo jurisprudencial para otros Estados que puede ser válidamente aplicado en el orden interno con independencia de si el Estado ha sido parte del litigio internacional (*res interpretata*). Por ello, lo decidido en este caso respecto a que la protección penal de la honra de los funcionarios públicos contra ofensas y la imputación de hechos ofensivos, salvo en el caso de falsa atribución de delito, no es compatible con la Convención Americana, constituye la nueva pauta con la cual a nivel interno se deberá evaluar este tipo de supuestos mediante el control de convencionalidad.

Ricardo C. Pérez Manrique
Juez

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez

Rodrigo Mudrovitsch
Juez

Romina I. Sijniensky
Secretaria Adjunta