

0000352

TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS



2023

**REPÚBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

---

**Sentencia**

**Rol 14.539-2023**

[5 de octubre de 2023]

---

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL  
DECRETO SUPREMO N° 12 DEL MINISTERIO DE CIENCIA,  
TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN, QUE CREA  
COMISIÓN ASESORA MINISTERIAL DEL MINISTERIO DE  
CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN,  
DENOMINADA “COMISIÓN ASESORA CONTRA LA  
DESINFORMACIÓN”, DE 12 DE MAYO DE 2023, Y PUBLICADO EN  
EL DIARIO OFICIAL DE 20 DE JUNIO DE 2023

H. SENADO DE LA REPÚBLICA

**VISTOS:**

Que, con fecha 20 de julio de 2023, el H. Senado de la República, representado por su Presidente, H. Senador Juan Antonio Coloma Correa, ha deducido ante esta Magistratura un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo N° 12 del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, que Crea Comisión Asesora Ministerial del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, denominada “Comisión Asesora contra la Desinformación”, de 12 de mayo de 2023, y publicado en el Diario Oficial de 20 de junio de 2023.



**El decreto supremo impugnado dispone lo siguiente:**

*“CREA COMISIÓN ASESORA MINISTERIAL DEL MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN, DENOMINADA “COMISIÓN ASESORA CONTRA LA DESINFORMACIÓN”*

*Núm. 12.- Santiago, 12 de mayo de 2023.*

*Vistos:*

*Lo dispuesto en los artículos 1° inciso cuarto, 32 N° 6 y 35, de la Constitución Política de la República de Chile, cuyo texto ha sido refundido, coordinado y sistematizado por el decreto N° 100, de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia; el DFL N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; el DFL N° 4, de 1981, del Ministerio de Educación; la ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; la ley N° 21.105, que crea el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación; en el artículo 1°, I, N° 21, del decreto supremo N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que faculta a los Ministros y Ministras de Estado para firmar “Por orden del Presidente de la República”; los literales f) y g) del artículo 2° de la ley 19.032, que reorganiza el Ministerio Secretaría General de Gobierno, y el artículo 17.3 de la resolución N° 7, de 2019, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.*

*Considerando:*

*1. Que, la Administración del Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas de manera continua y permanente.*

*2. Que, el artículo 3° de la ley N° 21.105, que crea el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, en adelante denominada también “la ley N° 21.105” o la “Ley”, establece que dicha Secretaría de Estado es la encargada de asesorar y colaborar con el Presidente o Presidenta de la República en el diseño, formulación, coordinación, implementación y evaluación de las políticas, planes y programas destinados a fomentar y fortalecer la ciencia, la tecnología y la innovación derivada de la investigación científico-tecnológica con el propósito de contribuir al desarrollo, incrementando el patrimonio cultural, educativo, social y económico del país y sus regiones, y propendiendo al bien común, al fortalecimiento de la identidad nacional y regional y a la sustentabilidad del medio ambiente.*

*3. Que, el artículo 2° letra f) de la ley N° 19.032, que reorganiza el Ministerio Secretaría General de Gobierno, establece que corresponde a dicha Secretaría de Estado identificar las necesidades globales y específicas de comunicación de las diferentes instancias*



gubernamentales, debiendo proponer a éstas las estrategias adecuadas para satisfacerlas, así como participar en la elaboración de las políticas globales del Gobierno.

4. Que, el artículo 1º, I, N° 21, del decreto supremo N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que faculta a los Ministros y Ministras de Estado para firmar "Por orden del Presidente de la República", delegó en los Ministros o Ministras de Estado la facultad de suscribir, bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República", los decretos supremos relativos a la creación de comisiones asesoras ministeriales, fijación y ampliación de los plazos para el cumplimiento de sus cometidos y nombramiento de representantes de los Ministerios en comisiones técnicas o asesoras.

5. Que, en este contexto y conforme al mandato legal citado en el primer considerando del presente decreto, esta cartera de Estado considera necesario contar con la asesoría de expertos y expertas en temas de desinformación que participen del análisis, evaluación del fenómeno global de la desinformación, su manifestación a nivel local en Chile y su impacto en los procesos democráticos.

Decreto:

Artículo 1º. Créase una Comisión Asesora Ministerial denominada "Comisión Asesora contra la Desinformación", en adelante "la Comisión", de carácter temporal, la que tendrá una composición académica y de profesionales, cuyo objeto será asesorar al Ministro o Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y al Ministro o Ministra Secretario(a) General de Gobierno, en adelante "Segegob", en los aspectos que permitan analizar el fenómeno global de la desinformación y su manifestación a nivel local en Chile.

Artículo 2º. La Comisión abocará sus funciones a las siguientes temáticas:

- a) Impacto de la desinformación en la calidad de la democracia.
- b) Educación y desinformación: alfabetización digital.
- c) Desinformación en plataformas digitales.
- d) Buenas prácticas internacionales/experiencia comparada.
- e) Políticas públicas y desinformación.

Para el cumplimiento de su cometido, corresponderán a esta Comisión las siguientes funciones:

a) Recomendar a los Ministros o Ministras de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y Secretaría General de Gobierno, las medidas y/o elementos que contribuyan al desarrollo de la política pública sobre la base del análisis de los distintos conocimientos asociados a la relación entre la desinformación y el debilitamiento de la democracia.

b) Asesorar técnicamente la participación del Ministerio Secretaría General de Gobierno en el Hub de Desinformación de la OCDE y en las instancias internacionales relevantes para la temática de la desinformación y su impacto en la democracia. Sin perjuicio de las atribuciones que le corresponda ejercer al Ministerio de Relaciones Exteriores.



c) *Elaborar informes de actividades que contengan las propuestas o conclusiones que surjan en el marco de su funcionamiento, proponer recomendaciones y resolver consultas sobre las temáticas señaladas, previamente formuladas por parte de Segegob y/o del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación.*

*Las funciones antes señaladas son de naturaleza consultiva y en ningún caso pueden importar el desarrollo de acciones de carácter ejecutivo por parte de la Comisión Asesora.*

*Artículo 3°. La Comisión será presidida por el Ministro o Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y estará integrada por representantes de las siguientes instituciones:*

- 1. Dos representantes de Universidades Estatales.*
- 2. Un(a) representante de una Universidad Privada incluida en el artículo 1° del DFL N° 4, de 1981, del Ministerio de Educación.*
- 3. Un(a) representante de una Universidad Privada no incluida en el artículo 1° del DFL N° 4, de 1981, del Ministerio de Educación.*
- 4. Un(a) representante de una Universidad cuya sede principal se encuentre fuera de la Región Metropolitana.*
- 5. Tres representantes de una ONG, Fundación o de la Sociedad Civil, indistintamente, cuyas actividades se relacionen con el objeto de la Comisión.*
- 6. Un(a) representante de una Organización de Fact-Checking.*

*La designación de los integrantes se realizará mediante los actos administrativos respectivos, correspondiendo a la Ministra o Ministro de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación designar los nueve integrantes, previa consulta a la Ministra o Ministro Secretaria(o) General de Gobierno.*

*Para los efectos anteriores, se tendrá especial consideración los siguientes criterios:*

- a) Académicos(as) de las distintas áreas del conocimiento que hayan realizado investigaciones y/o publicaciones en el área de la desinformación.*
- b) Expertos(as) que hayan trabajado en materias relacionadas.*

*Los y las integrantes de la Comisión ejercerán sus funciones ad-honorem y su desempeño no implicará la creación de un cargo público. Durarán en sus cargos un año, pudiendo ser designados(as) por nuevos períodos de manera sucesiva.*

*Las obligaciones que emanan de este instrumento para los y las integrantes de la Comisión indicados precedentemente sólo les serán exigibles una vez que manifiesten su voluntad en orden a participar de ella.*

*Artículo 4°. Los integrantes de la Comisión Asesora cesarán en sus cargos por alguna de las siguientes causales:*

- a) Expiración del plazo por el que fueron nombrados.*



- b) *Por renuncia presentada ante el Presidente de la Comisión Asesora.*
- c) *Por ausencia a dos reuniones seguidas sin presentar excusa previa por escrito.*
- d) *Por remoción efectuada por la organización o autoridad que le hubiere designado.*

*En el caso de vacancia, la designación del reemplazante se efectuará dentro de los treinta días corridos siguientes de producida ésta. El reemplazante durará en sus funciones por el tiempo que reste para completar el período del integrante reemplazado.*

*Artículo 5°. La Comisión sesionará con los miembros en ejercicio que asistan. Las decisiones se tomarán por medio de votación, debiendo el acuerdo adoptarse por mayoría absoluta. En caso de empate, dirimirá el Presidente o la Presidenta de la Comisión.*

*En caso de ausencia y/o impedimento de los y/o las integrantes de la presente Comisión, señalados en el artículo tercero, sesionarán ordinariamente con los integrantes que asistan.*

*Artículo 6°. Podrán participar en las sesiones de la Comisión, con derecho a voz, otros representantes de la academia, de la sociedad civil, así como funcionarios pertenecientes a otros órganos de la Administración del Estado que, a juicio de la Comisión, sea aconsejable escuchar.*

*Artículo 7°. La Comisión será presidida por la Ministra o Ministro de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación; o por una funcionaria o funcionario dicha Cartera de Estado que ella o él designe en su representación.*

*Serán funciones del presidente o presidenta de la Comisión:*

- a) *Convocar y presidir las sesiones, orientar el desarrollo de los debates y suspenderlos por causas justificadas.*
- b) *Dirimir en caso de empates.*
- c) *Decidir las cuestiones de orden interno que se susciten en las sesiones de la Comisión.*
- d) *Representar protocolarmente a la Comisión en reuniones, ceremonias, conferencias y actos en general.*

*Artículo 8°. La Comisión sesionará en las fechas que determine su presidente o presidenta, en las dependencias del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, en la ciudad de Santiago o en otro lugar, y sus sesiones podrán ser presenciales, telemáticas o híbridas, según se considere necesario, siempre que los miembros de la Comisión puedan intervenir de forma simultánea.*

*Artículo 9°. La Comisión Asesora contará con una Secretaría Técnica, la cual será dirigida por una funcionaria o funcionario que designe la Ministra o Ministro Secretaria(o) General de Gobierno, y le corresponderá, entre otras funciones, coordinar y registrar las sesiones de la Comisión, apoyar el trabajo de la Comisión Asesora en materia de solicitudes y*



recopilación de información, síntesis de discusiones, redacción de documentos, entre otras funciones.

Artículo 10°. En cada sesión de la Comisión, el Secretario o Secretaria Técnico(a) levantará un acta de las materias tratadas en la que se dejará constancia de lo siguiente:

a) Fecha y hora de inicio y término de la respectiva sesión.

b) Nombre de las personas que asistieron a la sesión.

c) Materias analizadas en la correspondiente sesión, a través de una relación sumaria de los antecedentes y el debate o discusión sobre las mismas.

d) Acuerdos adoptados por la Comisión.

El acta será presentada a la Comisión en la siguiente sesión por parte del Secretario o Secretaria Técnico(a), a fin de que los miembros asistentes puedan formular las observaciones que estimen pertinentes. El acta deberá ser aprobada por los miembros asistentes a la sesión respectiva.

Artículo 11°. Al Ministerio Secretaría General de Gobierno y al Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación les corresponderá proporcionar conjuntamente el apoyo técnico y administrativo para el funcionamiento de la Comisión. Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo en cuenta los principios de colaboración, eficiencia y eficacia, podrá solicitar apoyo de otros órganos de la Administración del Estado, los que actuarán siempre en el ámbito de su competencia.

Artículo 12°. Conforme a lo dispuesto en el artículo 2° del presente decreto, la Comisión deberá evacuar los siguientes informes de actividades, a efectos de ser remitidos a la presidenta o presidente de la Comisión, en las fechas que a continuación se indican:

a) Informe I. 28 de agosto de 2023. Sobre el estado del arte a nivel local y/o global sobre el fenómeno de la desinformación, experiencia local (cómo funciona en Chile) y comparada.

b) Informe II. 27 de noviembre de 2023. Entrega de lineamientos y/o recomendaciones para la alfabetización digital y regulación de plataformas digitales.

Artículo 13°. En todo lo no regulado en el presente acto en relación al funcionamiento de la Comisión, éste estará facultado para fijar normas al respecto. Dichas normas se fijarán mediante acuerdo, el que se adoptará según lo dispuesto en el artículo 5 y quedarán consignadas en el acta de la sesión respectiva.

Anótese, tómese razón, publíquese y archívese.- Por orden del Presidente de la República, Aisén Etcheberry Escudero, Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación.- Camila Vallejo Dowling, Ministra Secretaria General de Gobierno.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento, decreto supremo N° 12 de 12 de mayo de 2023.- Atentamente, Carolina Gainza Cortés, Subsecretaria de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación.”.



### **Conflictos constitucionales sometidos al conocimiento y resolución del Tribunal**

Indica la parte requirente que acciona en defensa de las atribuciones constitucionales del H. Senado y en resguardo de las competencias legislativas que la Carta Fundamental le ha confiado, y que S.E. el Presidente de la República no ha observado debidamente por la vía de la emisión de un simple Decreto Supremo que irrumpe en asuntos que son propios de reserva legal y de sensibilidad para la democracia.

Señala que el artículo 46 de la Constitución asigna al Senado la atribución de concurrir "*a la formación de las leyes, en conformidad a esta Constitución*", que en concordancia con los demás preceptos supremos obligaban al Jefe de Estado a enviar el correspondiente proyecto de ley en la materia que trata el Decreto. Por ello, añade, la potestad legislativa fundante de la democracia representativa y radicada en la Cámara Alta ha sido sustituida por una norma administrativa que desconoce la Constitución. Así, en resguardo inmediato de las atribuciones senatoriales y del proceso legislativo, el que también incluye a la H. Cámara de Diputados y al propio Presidente de la República, y de los ciudadanos que los eligieron Senadores, solicita la inconstitucionalidad del Decreto.

**Explica que el Decreto infringe el principio y los preceptos que configuran la reserva legal**, entre otros el artículo 19 N° 12 inciso primero de la Constitución, al abordar por vía de un simple acto administrativo una materia sensible para el libre ejercicio y vigencia de la libertad de emitir opinión e información, asunto que la Carta Fundamental exige sea propio de un debate democrático en el seno del Congreso Nacional mediante su expresión soberana más propia, la ley, y en especial una ley de quórum calificado.

Desarrolla en tal sentido que la Comisión ha sido creada por la máxima autoridad del Estado, el Jefe de Gobierno y de la Administración (artículo 24 de la Constitución), invocando sus potestades públicas normativas, imperativas y emanadas de la Constitución, no habiendo nacido por obra de la decisión espontánea de los medios de comunicación, de la sociedad civil, de una organización privada, universitaria o gremial.

El acto tiene por objeto central, a su vez, proveer a dos ministros de Estado, la Secretaría General de Gobierno y Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación de elementos "*que permitan analizar el fenómeno global de la desinformación y su manifestación a nivel local en Chile*", y entre las funciones que se le asignan para el cumplimiento de su cometido (art. 2º, a) "*puede elaborar informes de actividades que contengan las propuestas o conclusiones que surjan en el marco de su funcionamiento*", así como "*proponer recomendaciones*" a esos ministros, quedando habilitada para "*resolver consultas*" (art. 2º); todo ello respecto de materias políticas sensibles, como el "*impacto en los procesos democráticos*" o el supuesto "*debilitamiento de la democracia*".



Anota que la desinformación es la contracara o antítesis de la información y un verdadero "abuso" de la libertad para emitirla, libertad que constituye la más trascendental de todas las libertades políticas para una República democrática, asegurada en Chile en su dimensión global de libre expresión por la "... libertad de emitir opinión e informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado" (art. 19 N° 12 inciso primero de la Constitución).

Por ello, señala que siendo éstas las materias sustantivas que constituyen el objeto y funciones de la "Comisión Asesora Ministerial" creada por acto administrativo para abordar -aún en forma presuntamente "consultiva"- materias propias del derecho a la libertad de información y de emitir opinión (art. 19 N° 12 inciso primero), el decreto supremo cuestionado se arroga una potestad regulatoria que la Carta Fundamental ha reservado celosamente al legislador por tres vías distintas y que el Presidente de la República desoyó al dictarlo: reserva legal específica en abusos; reservas legales del N° 12 del art. 19 y ausencia de toda convocatoria legal en materia de "desinformación"; y reserva legal general en regulación de derechos fundamentales.

Anota que no puede un simple decreto supremo inaugurar un sistema cuyo objeto es crear parámetros o condicionamientos para el ejercicio de la libertad de emitir opinión e informar y cuyo eje central -la "desinformación"- corresponde a un concepto que no se encuentra previsto en ley alguna, bajo el pretexto de ejercer su potestad reglamentaria de ejecución sobre leyes genéricas alejadas del todo de este fenómeno, como son los cuerpos orgánicos de los ministerios ya aludidos.

El análisis de las facultades citadas en el decreto como fundamento para ejercer la potestad presidencial del art. 32 N° 6 de la Constitución, revela una desconexión entre desinformación y las palabras, verbos rectores, sustantivos y habilitaciones al legislador. Todo ello eleva a rango de ley la función que se ha pretendido otorgar por un simple decreto supremo a la Comisión, con infracción de la Constitución.

Añade la parte requirente que, sin perjuicio de lo indicado, en lo sustantivo, el Decreto N°12 incurre en infracción a las libertades de emitir opinión e informar garantizadas en el N° 12 del artículo 19 de la Carta Fundamental, al crear una comisión, dirigida y representada por funcionarios titulares de los más altos cargos políticos del gobierno y la Administración, cuyas funciones permiten, bajo la forma de una "conclusión" o "recomendación", contenida en una "asesoría técnica" o en "informes de actividades" (letras a, b y c del inciso segundo del artículo 2° del D.S. N° 12), producir una "decisión o determinación" sobre la existencia o verificación de supuestos de "desinformación" en una categoría de temas, comunicaciones o discursos, o en una o más plataformas, redes o medios.



Acota que la definición de existir supuestos de "desinformación " en la realidad local implica necesariamente que la Comisión podrá "concluir", con apariencia "oficial" atendido su origen, acerca de la veracidad o falsedad de cierta información, opinión o discurso que fluye en la discusión pública o categoría de éstas, lo que comprende también la calificación de no ser fidedignos las personas, medios, redes, cuentas o plataformas digitales que las han proporcionado, difundido o compartido.

Según la experiencia comparada y literatura, ello produce -en la forma que se materializa- un lógico efecto inhibitorio o disuasivo para la libre expresión de ideas, perturbador del intercambio de opiniones e información esencial de la democracia. Como consecuencia de lo anterior, el Decreto Supremo N° 12 también infringe el derecho constitucional a recibir información de que goza toda persona y también la comunidad, ya que la limitación o inhibición del libre flujo de ideas que producen las funciones asignadas por el Decreto a la Comisión sacrifica finalmente la cantidad de información disponible para la opinión pública.

Además, el Decreto faculta y encomienda específicamente a la Comisión para analizar el fenómeno de la "desinformación" en cuanto a: (i) su "impacto en los procesos democráticos", (ii) la "calidad de la democracia" y (iii) el "debilitamiento de la democracia" (art. 2º, letras a y b), por lo que sus "conclusiones" se emiten y afectan al que posiblemente sea el discurso más sensible de todos: aquel relativo a los procesos electorales o democráticos, en que se expresa la voluntad popular y se eligen sus representantes.

Refiere que las experiencias comparadas de los muchos países que han enfrentado el fenómeno de la desinformación mediante medidas administrativas o comisiones gubernamentales como la concebida por el Decreto N° 12 han sido altamente controversiales y en muchos casos se han disuelto (Estados Unidos). Por el contrario, experiencias más respetadas y exitosas están asociadas a leyes discutidas y aprobadas democráticamente por parlamentos y congresos (Alemania, Francia, Canadá y otros), que es el camino constitucional que el Jefe de Estado debió seguir en Chile para este sensible tópico.

En tal sentido, en su **primer capítulo de impugnación**, la parte requirente denuncia vulneración del artículo 63 N° 2 de la Constitución con relación al artículo 19 N° 12. El primer precepto dispone que "sólo son materias de ley" ... "las que la Constitución exija sean reguladas por una ley". Por su parte, el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución dispone que los delitos y "abusos" que prevén la responsabilidad ulterior de quien ejerce la libertad de opinión e información, se definirán "en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado".

Indica que ambos preceptos, en concordancia con los artículos 32 N° 6 y 19 N° 26 de la Constitución, permiten concluir que el Decreto se internó en una materia reservada exclusivamente al legislador.



El sentido constitucional de la reserva legal es asegurar la separación de poderes y el debate democrático de temas sensibles para los derechos fundamentales. Su función es deslindar las esferas competenciales del Presidente de la República y el Congreso Nacional; de administrador y legislador. Su tarea es asegurar el debate democrático de todos los aspectos relevantes de la sociedad, así definidos por la Constitución.

Refiere la parte requirente que el Decreto Supremo N° 12, así, infringe la reserva legal al otorgar atribuciones a una comisión administrativa para fijar parámetros de evaluación e identificación de abusos al ejercicio de la libertad de expresión, y de medición de su impacto en procesos democráticos.

Acota que las tareas encargadas a la Comisión suponen definir los contornos de lo que sería una "desinformación", analizar su ocurrencia "a nivel local", e incluso evaluar supuestos "impactos" en "la calidad de la democracia" o "en los procesos democráticos". Tal análisis de la desinformación no será teórico o abstracto, sino que la función que se atribuye a la Comisión "implica una revisión concreta de la realidad nacional actual ("su manifestación a nivel local en Chile").

Anota que ello exige hacer un juicio y valoración de estas formas de abuso a la libertad de informar en materias eminentemente políticas como los "procesos democráticos", definirlas, caracterizarlas e, incluso más, pronunciarse e informar sobre su "impacto". Estos ejercicios y su producto final -las conclusiones- accesibles a todas las personas en virtud de la publicidad que ordena el artículo 8° de la Constitución a los actos del Estado, constituyen parámetros emanados al interior del Estado sobre cuáles serán los márgenes lícitos de la libre expresión y cuáles serán inaceptables: esto es, cuáles serán "abusos" en el ejercicio de estas libertades, exactamente a lo que se refiere la Constitución en su artículo 19 N° 12, inciso primero cuando encarga a la ley esta tarea.

Conforme lo ha delimitado la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, y examinando el artículo 2° inciso final de Decreto, las comisiones asesoras no pueden ejercer potestades públicas, pues ello corresponde exclusivamente a los órganos administrativos creados por la ley, conforme a lo dispuesto por los artículos 7° y 65 inciso cuarto, numeral 2°, de la Constitución.

Las "conclusiones" oficiales impactan en el ejercicio de la libertad de opinión e información y la amenazan, pues pueden entorpecer, tanto dentro como fuera de la Administración del Estado, su libre despliegue. Y ello, anota, por el carácter sensible de la libertad de expresión, que es el derecho fundamental en cuyo ejercicio puede impactar el funcionamiento de la Comisión. La libertad de emitir opinión e información no sólo puede verse amenazada por actos de carácter potestativo provenientes del poder público. Por el contrario, atendido su carácter esencial y sensible, la doctrina y jurisprudencia alertan acerca del riesgo que representan vías "indirectas" de afectación de esta libertad, que pueden provocar un efecto disuasivo



o inhibitor en la expresión de opiniones, obstaculizando la libre circulación de ideas necesaria para el funcionamiento del sistema democrático.

Así, explica la parte requirente, una conclusión que emita esta Comisión afirmando, por ejemplo, que se verifican en nuestra realidad local supuestos de "desinformación", ya sea en una categoría de temáticas o discursos, medios o plataformas, y aseverando además su carácter nocivo para la democracia, puede provocar el efecto inhibitor en la conducta comunicativa de las personas o medios.

En tal sentido, acota que la prevención expresa acerca de no ser "ejecutivas" las funciones otorgadas, sino que meramente "consultivas", que puede resultar efectiva en otros ámbitos para validar la creación de esta clase de comisiones, no sirve para legitimar o validar la creación de esta Comisión específica.

En efecto, atendida la sensibilidad intrínseca del derecho potencialmente afectado, no es el carácter "ejecutivo" de la función el relevante, sino el eventual impacto de la atribuciones y finalidades que se otorgan. Anota la parte requirente que, en ese análisis, se aprecia que el tenor literal de las funciones otorgadas, aún bajo el calificativo de ser "consultivas", tiene la razonable aptitud de interferir en el libre ejercicio del derecho a emitir opinión e informar, detonándose en la necesidad de que su tratamiento y regulación sean desarrollados por la ley, asegurando el respeto a la esencia de dicha garantía.

Junto a lo expuesto, refiere que el Decreto Supremo N° 12 infringe las demás estrictas reservas legales del art. 19 N° 12 de la Constitución. Cita a tal efecto las regulaciones contenidas en las Leyes N°s 19.733, 21.523, o la Ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, o la situación con que se regula la calificación cinematográfica en la Ley N° 19.846, cuyo sometimiento se entrega, precisamente, a la ley.

Por ello, añade, al tenor de lo previsto en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, incluso la potestad reglamentaria autónoma está excluida de regulación o limitación de derechos fundamentales. Los derechos constitucionales y, en especial, el de opinión e información son de aquellas materias reservadas por la Constitución a la ley (art. 63 N° 2) y queda restringida la llamada potestad reglamentaria de ejecución de las leyes, la cual sólo puede ejercerse en la medida que la ley específicamente lo encomiende.

Anota que el Decreto no cuenta con habilitación legal específica regular e intervenir en un derecho fundamental cuya reserva legal se encuentra especialmente reforzada en la Constitución. La colaboración del reglamento es bienvenida y hasta necesaria, pero cuando el Congreso Nacional ha abierto previamente una ruta o ha estructurado una pauta que somete a ciertas reglas el ejercicio de un derecho, como lo hace la Ley N° 19.733 y se cuenta en diversos proyectos de ley en torno a la denominada "desinformación".



**En el segundo capítulo de impugnación**, la parte requirente desarrolla que el derecho a emitir opinión y la libertad de informar consagrado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución, protege tanto la libertad para exteriorizar declaraciones sobre hechos o meras opiniones, por cualquier medio, así como el derecho a recibir información.

Este derecho fundamental consiste en una garantía nuclear sensible en el sistema constitucional chileno, en tanto resulta indispensable para la consecución de otros bienes jurídicos esenciales para el orden constitucional. Por lo anterior, el núcleo esencial de dicha garantía (la prohibición de censura previa), consiste en un concepto amplio y de alcance general, que comprende cualquier especie de interferencia en el libre flujo de las ideas y opiniones.

Adicionalmente, anota, y según indica el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el menoscabo a la garantía de la libertad de expresión puede verificarse tanto mediante la imposición de medidas directas, como por mecanismos o vías indirectas. Por estas últimas se entiende cualquier medida que, sin imponer formalmente una censura previa, produce los efectos de inhibir la libre circulación de ideas.

El derecho internacional prohíbe la implementación de restricciones indirectas al libre flujo de las ideas, por lo que el estatuto constitucional que debe observar el Decreto en materia de libertad de expresión se ve complementado por la regulación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la materia.

Por otra parte, añade, según doctrina, jurisprudencia y derecho comparado, la libertad de expresión además de cubrir la información cierta y objetivamente veraz, puede extenderse también a la expresión de opiniones inexactas o falsas, sin perjuicio de la responsabilidad determinada ex post por un tribunal competente, respecto de abusos o delitos que establezca una ley de quórum calificado. Así, en tanto la materia regulada por el Decreto ("desinformación") se vincula a la divulgación de información presuntivamente falsa o inexacta, ésta se encontraría plenamente protegida por esta garantía.

Sumado a ello, refiere que tanto la doctrina como organismos internacionales de derechos humanos han criticado la utilización de conceptos abstractos o indeterminados como el que utiliza el Decreto ("desinformación"), como parámetro para controlar el discurso público, fundado en su potencial para atentar contra el derecho a la libertad de expresión.

Por lo anotado, indica, el Decreto incurre en una infracción a la garantía a la libertad de expresión y el derecho a la información al crear una comisión, al amparo del poder público, cuyas funciones implican calificar la veracidad o falsedad de los discursos e ideas que fluyen en la discusión pública. Tal calificación "oficial" sobre la falsedad de cierta información, proveniente de una entidad creada por el gobierno,



produce un efecto inhibitorio o traba para la libre expresión de ideas, sin perjuicio que se trate de un pronunciamiento meramente consultivo de un ente asesor.

Como consecuencia de lo anterior, desarrolla que se lesiona también el derecho a recibir información de que goza todo individuo y la comunidad, ya que la limitación o inhibición del libre flujo de ideas que produce el Decreto sacrifica finalmente la información disponible para la opinión pública.

Por todo lo expuesto, pide la declaración de inconstitucionalidad del decreto cuestionado, ya anotado.

### **Tramitación**

El requerimiento fue acogido a trámite por resolución de Pleno de 2 de agosto de 2023, a fojas 77, y posteriormente declarado admisible el día 3 del mismo mes y año, a fojas 89, oportunidad en que se puso en conocimiento de S.E. el Presidente de la República y del señor Contralor General de la República para que, en su calidad de órganos constitucionales interesados y dentro del plazo de diez días, formularan las observaciones y presenten los antecedentes que estimaren pertinentes.

### **Traslados de los órganos constitucionales interesados**

**En presentación de 14 de agosto 2023, a fojas 165, la Sra. María Soledad Frindt Rada, Contralora General de la República (S), formula observaciones.**

Explica que luego del examen de juridicidad efectuado por dicha Entidad Fiscalizadora, se arribó a la conclusión de que el decreto en cuestión fue expedido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, siendo firmado bajo la fórmula por orden del Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones contenidas en los artículos 24, 32, N° 6, 33 y 35 de la Carta Fundamental; en el artículo 41 de la Ley N° 18.575 y en el Decreto N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y de acuerdo con el resto del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia administrativa sobre la materia, sin afectar preceptos constitucionales.

Asimismo, anota que dicho Decreto N° 12, de 2023, fue tomado de razón el 8 de junio de 2023 por parte de la Contraloría General con sujeción a lo previsto en el artículo 99 de la Carta Fundamental, por encontrarse ajustado a derecho. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 de la Constitución Política, precisa que en el ejercicio de la función de control de legalidad, al Contralor General le corresponde tomar razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría General. Luego, según lo dispuesto en los artículos 10



de la ley N° 10.336 y 17 de la resolución N° 7, de 2019, de esa Entidad de Fiscalización, la constitución de comisiones asesoras mediante decreto supremo se encuentra sujeta al trámite de toma de razón.

En ese contexto, desarrolla que el Decreto N° 12, de 2023, del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, que creó la Comisión, ingresó a través de la Oficina General de Partes de la Contraloría General con fecha 12 de mayo de 2023, siendo sometido al respectivo estudio preventivo de juridicidad. En el marco de dicho estudio se formularon observaciones sobre la juridicidad del instrumento en trámite y que se vinculaban con la plena delimitación del carácter consultivo de la comisión que se creaba y con el mejor entendimiento del respectivo articulado. Tales falencias se hicieron presente al Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, el que procedió a solicitar el retiro del decreto mediante oficio N° 299, de 18 de mayo de 2023, el que se tramitó en la misma data. Posteriormente, con fecha 24 de mayo de 2023, el referido decreto N° 12, de 2023, fue reingresado a la Entidad de Fiscalización con diversas modificaciones, salvadas con la firma del respectivo ministro de fe, siendo sometido nuevamente al correspondiente examen de juridicidad.

En ese contexto, explica que en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 98 y 99 de la Constitución Política y 1° y 10 de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de ese Órgano Fiscalizador, y en la resolución N° 7, de 2019, del Contralor General de la República, y al constatar que se subsanaron las observaciones planteadas en su momento, se tomó razón del decreto en cuestión, por ajustarse a derecho, siendo publicado en el Diario Oficial el 20 de junio de 2023.

Precisa que, según lo dispuesto en los artículos 24 y 33 de la Constitución Política, el Presidente de la República es el Jefe del Estado, a quien corresponde el gobierno y administración de éste, y los Ministros de Estado son sus colaboradores directos e inmediatos. A su vez, en concordancia con lo prescrito en los artículos 32, N° 6, y 35 de la Carta Fundamental, los decretos supremos pueden expedirse con la sola firma del ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley. Los artículos 1°, 2°, 5° y 22 de la Ley N° 18.575, agregan que esa máxima autoridad ejerce tal función con la colaboración de los ministerios y los órganos que establezcan la Carta Fundamental y las leyes, los que deben actuar dentro de su competencia, cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones. Su artículo 41 prevé la facultad de delegación de firma por orden de la autoridad delegante.

Asimismo, acota que en el ejercicio de la potestad conferida en el artículo 32, N° 6, el Presidente de la República se encuentra facultado para crear -a través de decreto supremo comités o comisiones de carácter asesor, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Órgano de Control.



Por su parte, en base a la normativa constitucional y a las Leyes N°s 16.436, 16.840 y 18.575, mediante el Decreto N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en el N° 21 del acápite I de su artículo 1°, se delegó en los Ministros de Estado la facultad de suscribir, bajo la fórmula “Por Orden del Presidente de la República”, los decretos supremos relativos a la creación de comisiones asesoras ministeriales. Así, anota, la dictación del Decreto N° 12, de 2023, del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, se ejecutó en el marco de las potestades que el ordenamiento jurídico le atribuye al Ministro de esa secretaría de Estado, en virtud de la respectiva delegación de firma del Presidente de la República.

Indica que ante la inexistencia de normativa legal o reglamentaria que regule la constitución de comisiones asesoras, el Órgano de Control, con ocasión de la toma de razón y a través de la emisión de dictámenes, ha fijado criterios sobre los aspectos a considerar en la materia. Entre los elementos que se revisan se encuentran: que la constitución sea aprobada por el respectivo decreto supremo; que se encuentre precisada la autoridad a asesorar; que las labores sean asesoras y no ejecutivas; que estén determinados, nominada o innominadamente, todos los integrantes de la comisión; que los particulares manifiesten su voluntad tanto para participar *ad honorem* en la comisión como para aportar de cualquier forma; que el objeto de ésta se vincule con la competencia de los respectivos organismos públicos intervinientes; que los ministerios involucrados concurren con su firma y que la comisión sólo se constituya después de la total tramitación del decreto respectivo.

Sin embargo, refiere que tanto la creación como la composición de una comisión asesora constituye un asunto de mérito que compete a la Administración activa ponderar, por lo que dicha Entidad de Fiscalización no puede objetar tales decisiones, en virtud del mandato contenido en el artículo 21 B de la Ley N° 10.336, según el cual la Contraloría General, con motivo del control de legalidad, no puede evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas. Tampoco compete a dicho Organismo de Fiscalización objetar la materia acerca de la cual la comisión que se constituya brindará asesoría, en la medida se trate de labores netamente consultivas y propias de la competencia del respectivo ministerio, teniendo en cuenta los diversos ámbitos en los que incide la gestión gubernamental. Puesto en otros términos, la conveniencia de la decisión es resorte exclusivo de la autoridad política.

Por otra parte, añade, se ha admitido históricamente la creación de comisiones asesoras para formular propuestas al Ejecutivo que desemboquen en el ejercicio de las potestades legislativas que la Constitución le reconoce, de modo que su objeto no se limita solo a prestar asesoría sobre las normas vigentes. En efecto, dado que conforme lo dispuesto en el artículo 65 de la Carta Fundamental las leyes pueden tener origen en el Presidente de la República, nada obsta a que este constituya una comisión asesora con el objeto de obtener propuestas sobre un



determinado asunto que le proporcione insumos necesarios para dirigir un mensaje al Congreso Nacional, en su carácter de legislador.

Agrega que el Decreto N° 12, de 2023, del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, cumple con los criterios señalados, todos los cuales fueron analizados con ocasión del control previo de juridicidad del citado acto administrativo.

Añade que una comisión asesora es una manifestación de colegialidad en la Administración Pública, consiste en la creación por acto administrativo de una comisión que solo asesora, aconseja o asiste al órgano decisor, pues está imposibilitada de ejercer atribuciones públicas. Citando doctrina, indica que las comisiones asesoras -sean presidenciales o ministeriales- son de naturaleza puramente asesora o consultiva, sin que puedan ejercer atribuciones resolutivas ni ejecutivas, toda vez que estas potestades solo pueden ser ejecutadas por servicios públicos, cuya creación y atribuciones son materias de ley.

Asimismo, precisa que este Tribunal Constitucional estimó que la creación de consejos consultivos está conforme con la Constitución Política de la República, en el entendido que tales Consejos no constituyen un servicio público, puesto que, si así fuera, sólo podrían ser creados por ley y no por las Intendencias como lo establece el proyecto (STC Rol N° 131-1991 c.10°). La exclusividad potestativa se desprende de los artículos 7° inciso segundo y 65 inciso cuarto, N° 2, de la Constitución Política, con relación a los artículos 2° y 6° de la Ley N° 18.575. Conforme a la jurisprudencia administrativa son funciones de naturaleza ejecutiva, resolutive o decisoria y, por ende, no pueden asignarse a esta clase de comisiones las referidas a: formular políticas o planes; fomentar determinadas actividades; velar por la adecuada ejecución de ciertas acciones por parte de organismos públicos o privados o personas naturales; resolver licitaciones; coordinar funciones públicas; efectuar seguimientos de determinados planes o programas y fiscalizar en cualquier forma.

Añade a lo expuesto que, de acuerdo con lo planteado por la doctrina, la Contraloría General de la República ha sido estricta en preservar la naturaleza puramente asesora y consultiva de las comisiones frente a intentos de la autoridad administrativa de conferirle poderes o funciones de contenido ejecutivo o potestativo. Ha evitado la expansión del poder del Estado mediante formas no autorizadas por la Constitución y la ley.

Anota que el artículo 1° del Decreto N° 12, de 2023, del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, dispone que el objeto de la comisión será asesorar al Ministro o Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y al Ministro o Ministra Secretario(a) General de Gobierno, en los aspectos que permitan a esas autoridades analizar el fenómeno global de la desinformación y su manifestación a nivel local en Chile. Para el cumplimiento de su cometido, se desprende que la labor de la Comisión es, fundamentalmente, recomendar y lo debe hacer sobre la base del análisis de determinados antecedentes y que contengan tales



recomendaciones. Así, siguiendo las correspondientes definiciones, la labor de la Comisión se limita a funciones de naturaleza consultiva y que en ningún caso pueden importar el desarrollo de acciones de carácter ejecutivo, tal como lo explicita el inciso final de su artículo 2°.

Por ello, añade, la anotada Comisión no se encuentra facultada para ejercer funciones de carácter ejecutivo y/o potestades públicas, encontrándose el acto constitutivo ajustado a derecho, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia citada.

Unido a lo expuesto, menciona que las materias objeto de la Comisión se enmarcan en el ámbito de las competencias de los Ministerios que asesora. La razón que justifica la creación de comisiones asesoras es la necesidad de la Administración de obtener asesoría su impacto en la calidad de la democracia; educación y desinformación: alfabetización digital; desinformación en plataformas digitales; buenas prácticas internacionales/experiencia comparada; y, políticas públicas y desinformación, de acuerdo con el artículo 1° y 2° inciso primero del Decreto N° 12, de 2023, del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación.

Para cumplir con ese objetivo, describe que la Comisión estará compuesta por representantes de Universidades, tanto públicas como privadas, y miembros de la sociedad civil, entre estos académicos o expertos en materias relacionadas, en conformidad con el artículo 3° del citado Decreto N° 12, de 2023. Las materias objeto de la Comisión se enmarcan en el ámbito de las competencias de los Ministerios que asesora, sin que corresponda a este Órgano de Control pronunciarse sobre el mérito, conveniencia u oportunidad de la temática en la que el Ejecutivo ha estimado necesario obtener asesoría, esto es, el fenómeno de la desinformación.

En tal sentido, acota que existen vinculaciones con las materias propias del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, examinando la Ley N° 21.105, que crea el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, conteniendo un marco general que estructura, impulse, coordine y promueva las actividades de ciencia, humanidades y desarrollo tecnológico en todas sus etapas, a fin de contribuir al desarrollo sustentable y al bienestar social.

Junto a lo anterior, refiere que se tiene vinculación, también, con las materias propias del Ministerio Secretaría General de Gobierno. De acuerdo con el artículo 1° de la Ley N° 19.032, el Ministerio Secretaría General de Gobierno está encargado de actuar como órgano de comunicación del Gobierno, pudiendo para estos efectos llevar a cabo las relaciones de éste con las organizaciones sociales, en su más amplia acepción; de ejercer la tuición del sistema de comunicaciones gubernamentales, y de servir de Secretaría del Consejo de Gabinete.

Así, indica, la Comisión se vincula con materias propias del Ministerio Secretaría General de Gobierno, por cuanto analizar el fenómeno global de la desinformación, su manifestación a nivel local y su impacto en la calidad de la



democracia, incide en las facultades de esa secretaría de Estado relacionadas con el establecimiento de canales de comunicación efectivos y la identificación de necesidades de comunicación y estrategias para satisfacerlas, considerando que a esa cartera, además, le corresponde proporcionar información a los medios de comunicación.

**Con fecha 14 de agosto de 2023, a fojas 182, S.E. el Presidente de la República, Gabriel Boric Font, en presentación también suscrita por Aisén Etcheverry Escudero, Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, evacuó traslado de fondo y solicitó el rechazo del requerimiento.**

El Jefe de Estado formula algunas consideraciones previas en torno al control de constitucionalidad de los decretos supremos por este Tribunal en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 N° 16 de la Constitución Política. Refiere que este ejercicio permite advertir que, con su libelo, los requirentes pretenden que esta Magistratura exceda los límites de revisión fijados en la norma.

El requerimiento contradice la jurisprudencia de este Tribunal que ha precisado que: (i) Para determinar si existe un vicio de constitucionalidad, debe estar categóricamente señalado en el requerimiento; (ii) No es competencia de este Tribunal Constitucional pronunciarse sobre meras conjeturas; (iii) No existiendo la concurrencia de un vicio de constitucionalidad, debe aplicarse el principio de deferencia razonada; (iv) El control de constitucionalidad no debe extenderse al mérito de las decisiones de la Administración; y, (v) El control de constitucionalidad se limita a cuestiones propias de constitucionalidad, no de legalidad.

Por ello, anota, el requerimiento deducido por el H. Senado contradice la jurisprudencia de este Tribunal en cada uno de estos puntos, lo que debe vincularse con el análisis de juridicidad realizado por la Contraloría General de la República en el trámite de toma de razón de los actos administrativos, como se hizo en el caso del Decreto Supremo N° 12. Dado lo anterior, las reclamaciones de la Cámara requirente deben desestimarse pues el Órgano Contralor ya efectuó un control de legalidad y juridicidad del decreto supremo impugnado.

Explica que el artículo 93 N° 16 de la Constitución Política se incorporó al texto constitucional tras la dictación, en el año 2005, de la Ley N° 20.050, de Reforma Constitucional. Por medio de esta incorporación se buscó perfeccionar las funciones de control de este Tribunal, adecuándolas a nuevas exigencias y estándares, de manera de preservar el adecuado equilibrio de los poderes públicos. Así, la reforma incorporó, por un lado, los vicios de constitucionalidad que se pueden invocar y, por otro, distinguió los requisitos que deben cumplir las Cámaras para presentar el requerimiento que regula el artículo 93 N° 16 de la Constitución. Con todo, el control de constitucionalidad de los actos administrativos ya se encontraba consagrado en la Constitución Política de la República antes de la reforma del año 2005. En efecto,



anota que el artículo 82 N° 5 original de la Constitución de 1980 establecía que, correspondía al Tribunal Constitucional *“resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda, o dicte un decreto inconstitucional”*. Por su parte, el artículo 82 N° 12 original establecía como atribución del Tribunal Constitucional *“resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60”*.

Anota que el texto Constitucional original distinguía entre dos supuestos. El primero, decía relación con la dictación de los decretos supremos por parte de S.E. el Presidente de la República cuando debía promulgar una ley y no lo realizaba; cuando se promulgaba un texto diverso al aprobado o, cuando, dictándose un decreto supremo, éste fuera inconstitucional. El segundo supuesto decía relación con la facultad de resolver la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria del Mandatario cuando estos se refiriesen a materias reservadas a la ley, ya sea por una invasión al marco de la ley que legitimaba la dictación del acto o por regular vía reglamento materias reservadas exclusivamente a materia legal.

Añade que la aplicación práctica de estas disposiciones no estuvo exenta de conflicto, por lo que la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional jugó un rol clave para resolver sus alcances. En este contexto cobran especial relevancia las sentencias rol N° 116-1990, rol N° 325-2001 y rol 371-2003, precedentes de la actual redacción del artículo 93 N° 16 de la Constitución.

Junto a ello, anota que la jurisprudencia de esta Magistratura Constitucional ha puesto límites, sentido y alcance a la facultad de control constitucional que el artículo 93 N° 16 de la Constitución Política de la República le confiere. En efecto, por medio de sus pronunciamientos, se ha señalado que su competencia es de carácter restrictivo y ha delimitado los aspectos que son ajenos a su potestad de control.

En tal mérito, desarrolla que la Cámara requirente ha solicitado a este Tribunal Constitucional que -actuando fuera de sus competencias- efectúe un control de legalidad del Decreto Supremo N° 12. Los requirentes alegaron que el aludido Decreto contendría un vicio de ilegalidad ya que, supuestamente, habría sido dictado en contravención a las competencias de SEGEGOB y del Ministerio de Ciencia, infringiendo con ello la Ley N° 19.032 y la Ley N° 21.105. En el mismo sentido, los requirentes sostuvieron que el Decreto impugnado infringiría las normas sectoriales, ya que vulneraría la Ley N° 19.733, por ser aquella la única norma que podría entregar los lineamientos en el ejercicio de la libertad de informar; la Ley N° 18.838, pues sólo correspondería al Consejo Nacional de Televisión considerar estudios sobre la programación transmitida; y la Ley N° 19.846, sobre calificación de



la producción cinematográfica, porque crearía un sistema paralelo a la calificación cinematográfica.

Argumenta que todas estas imputaciones exceden el marco de competencias que la Constitución Política ha fijado para el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de este Tribunal, ya que se trata de cuestiones de legalidad cuyo conocimiento corresponde a otros organismos del Estado.

En tal mérito, desarrolla que no se producen los vicios constitucionales denunciados. Conforme con los artículos 32 N° 6 y 63 de la Constitución, la potestad reglamentaria del Presidente de la República recae tanto sobre las materias de ley, como sobre aquello que excede el dominio legal, y la creación de la Comisión Asesora por medio del Decreto Supremo N° 12 emerge en el ámbito de esta última, la denominada potestad reglamentaria autónoma, competencia del Jefe de Estado que es omitida por la Cámara requirente.

Agrega que la intensidad de las reservas legales varía a lo largo del texto constitucional, permitiendo que, en ciertas materias se amplíe y en otras se restrinja la intervención de la potestad reglamentaria. A pesar de que la práctica evidencia que la materia relacionada con el derecho a la libertad de expresión es una que permite, en ciertos ámbitos, la contribución de la regulación administrativa, en su libelo los requirentes tratan la reserva legal contenida en el artículo 19 N° 12 de la Constitución como una prohibición absoluta e irrestricta.

Este matiz en la intensidad en las reservas se ve especialmente reflejado en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política, acota S.E. el Presidente de la República, a propósito de la reserva legal en materia de derechos fundamentales. Dicha regulación, permite concluir que la existencia de una reserva de ley no puede excluir de manera total y absoluta la concurrencia de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Por ello, acota, el decreto impugnado aborda la preocupación del Ejecutivo por el ejercicio del contenido en el artículo 19 N° 12 de la Constitución, para lo que, en ejercicio de su potestad reglamentaria autónoma, crea un organismo asesor que no vulnera el dominio de ley ni la reserva legal establecida por la Constitución.

En segundo término, el Jefe de Estado desvirtúa la alegación de inconstitucionalidad referida a la garantía contenida en el artículo 19 N° 12 de la Constitución.

Explica que la libertad de emitir opinión y de informar es un derecho de primera generación que figura en los inicios de la tradición constitucional de nuestro país. Sin embargo, los distintos fenómenos asociados a la masificación de nuevas tecnologías en el ámbito del intercambio de información han generado nuevas formas de afectación a este derecho, razón por la que distintas organizaciones internacionales han recomendado a los Estados a abordar esta problemática. Por ello, añade, el decreto impugnado no vulnera los derechos establecidos en el artículo



19 N° 12 de la Constitución. Por el contrario, la Comisión Asesora busca entregar al Ejecutivo la información y asesoría necesaria para proteger su ejercicio en el marco de los desafíos planteados por las nuevas tecnologías de la información. Aun cuando hipotéticamente se admitiera que la Comisión Asesora tiene facultades ejecutivas que pudieran limitar derechos, mediante el test de proporcionalidad se puede constatar que se trata de un medio que persigue un fin legítimo, que constituye una vía idónea para alcanzarlo, que es necesario para el fin propuesto y que no infringe el contenido esencial de las libertades que busca proteger.

Por todo lo expuesto, solicitó el rechazo del requerimiento.

En presentaciones de 20 de julio de 2023, a fojas 71, y de 16 de agosto del mismo año, a fojas 302, las Honorables Senadoras Sras. Yasna Provoste Campillay, Claudia Pascual Grau, María Loreto Carvajal Ambiado y Paulina Vodanovic Rojas, desarrollaron diversas consideraciones en torno al asunto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal, lo que se tuvo presente por resoluciones que rolan a fojas 89 y 322, respectivamente.

**Los autos se trajeron en relación** por decreto de 16 de agosto de 2023, a fojas 279.

En presentación de 14 de agosto de 2023, a fojas 258, en defensa y representación judicial de su S.E. el Presidente de la República y del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, el Consejo de Defensa del Estado asumió la defensa judicial, se hizo parte para todos los efectos legales y ratificó lo obrado en estos autos.

#### **Vista de la causa y adopción de acuerdo**

En Sesión de Pleno de 17 de agosto de 2023 se verificó la **vista de la causa**, oyéndose la relación pública y los alegatos del abogado Arturo Fernandois Vöhringer, por la parte requirente, y de la abogada Paulina Veloso Valenzuela, por el Consejo de Defensa del Estado en defensa y en representación judicial de S.E. el Presidente de la República y del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación.

Posteriormente, **se adoptó acuerdo en Sesión de Pleno de 22 de agosto de 2023**, de acuerdo a la certificación del Relator, a fojas 336.

#### **Y CONSIDERANDO:**



## I. SÍNTESIS DEL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO

**PRIMERO:** El requerimiento de inconstitucionalidad presentado ante este Tribunal Constitucional por el H. Senado de la República respecto del Decreto Supremo N° 12, del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, que crea la Comisión Asesora Ministerial del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, de 20 de junio de 2023, denominada "**Comisión Asesora Contra la Desinformación**", cuyos fundamentos han sido transcritos en la parte expositiva de esta sentencia, tiene como argumentación central la existencia de un vicio de competencia consistente en que el referido acto administrativo infringiría la reserva legal establecida en el artículo 19 N° 12, inciso primero de la Carta Fundamental.

Sobre tal base, solicita a esta Magistratura declarar la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 12/2023 por vulnerar el ya mencionado artículo 19 en su numeral 12, como también en su numeral 26, con relación a los artículos 6, 7, 32 N° 6, 46 y 63 N° 2 de la Constitución, con el objeto de que el acto impugnado quede sin efecto de pleno derecho conforme a lo que dispone el artículo 94 de la Carta Fundamental.

**SEGUNDO:** En síntesis, el requerimiento sostiene que se aborda por la vía de un simple acto administrativo una materia extremadamente sensible para el libre ejercicio y vigencia de la libertad de emitir opinión e información, asunto que la Carta Fundamental exige sea propio de un debate democrático en el seno del Congreso Nacional mediante su expresión soberana, la ley, y en este caso, una de quórum calificado.

Se argumenta que el Decreto Supremo que crea la Comisión contra la Desinformación infringe la reserva legal por otorgar atribuciones a una comisión administrativa para que fije parámetros de evaluación e identificación de abusos al ejercicio de la libertad de expresión y de medición de su impacto en procesos democráticos.

Concretamente, según el libelo de autos, el decreto supremo se arroga una potestad regulatoria reservada al legislador por tres vías diferentes:

**1) La desinformación es un abuso en contra de la libertad de opinión e información y corresponde a la ley regular tal abuso**, por cuanto la Constitución asegura a todas las personas: "12°.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, **sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley**, la que deberá ser de quórum calificado";

**2) Se vulnera el ejercicio de los mandatos de reserva legal contenidos en el artículo 19 N°12**, ya que no existe en la ley vigente una convocatoria mínimamente precisa a la potestad reglamentaria para actuar administrativamente en materia de



desinformación. La Comisión Asesora es solo un supuesto, porque, detrás de sus aparentes funciones consultivas, se generará un efecto inhibitorio o disuasivo de la libre expresión de ideas ya que, necesariamente, emitirá un juicio sobre “la veracidad o falsedad de cierta información” que fluye en la discusión pública. En consecuencia, al identificar ciertos ejercicios de la libertad de expresión como falsos o desinformativos, en tanto las funciones de la Comisión le permitirán una “decisión o determinación” sobre la existencia o de supuestos de desinformación, terminará calificando de manera “oficial” un abuso en el ejercicio de tal derecho. Como consecuencia de lo anterior, se lesiona también el derecho a recibir la información de que goza toda persona y la comunidad, ya que la limitación o inhibición del libre flujo de ideas que produce el Decreto sacrifica finalmente la información disponible para la opinión pública. Lo anterior conduce a que este tipo de comisiones, en derecho comparado, hayan sido cuestionadas;

**3) Se vulnera la reserva legal para regular, limitar o complementar los derechos**, con lo cual se infringen “las garantías que ésta (la Constitución) establece o que las limiten en los casos en que ella lo autorice” (artículo 19 N° 26).

Adicionalmente, de acuerdo con lo expresado en la vista de la causa por el abogado representante del H. Senado, el Decreto Supremo impugnado adolecería de un vicio de constitucional formal, por cuanto propiamente tiene el carácter de un reglamento y, por tal motivo, conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 35 de la Carta Fundamental, debió ser firmado tanto por las ministras respectivas como por el Presidente de la República y no sólo por aquellas actuando “por orden” de este último.

## II. ANTECEDENTES Y CONTENIDO DEL DECRETO SUPREMO N° 12

**TERCERO:** El decreto supremo impugnado está fechado el 12 de mayo de 2023 y fue suscrito, por delegación de firma del Presidente de la República, por la Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, Aisén Etcheverry Escudero, y por la Ministra Secretaria General de Gobierno, Camila Vallejos Dowling, en ejercicio –según lo que señala su parte expositiva– de las atribuciones que les confieren los artículos 24, 32 N° 6, 33 y 35 de la Constitución; el artículo 41 de la Ley N° 18.575; y el decreto N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Luego de que fueran subsanadas algunas falencias observadas por la Contraloría General de la República y que condujeron a solicitar su retiro para después ser reingresado el 24 de mayo de 2023, el Ente Contralor tomó razón del decreto cuestionado con fecha 8 de junio de 2023.

**CUARTO:** El Decreto Supremo N° 12 se estructura sobre las siguientes bases:

**1.- Objetivo:** crear una Comisión Ministerial “de **carácter temporal**, la que tendrá una **composición académica y de profesionales**, cuyo objeto será **asesorar** al Ministro o Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y al Ministro



o Ministra Secretario(a) General de Gobierno, en adelante "Segegob", en **los aspectos que permitan analizar el fenómeno global de la desinformación y su manifestación a nivel local en Chile.**" (Artículo 1°).

**2.- Materias** sobre las que se pronuncia la Comisión: "a) Impacto de la desinformación en la calidad de la democracia. b) Educación y desinformación: alfabetización digital. c) Desinformación en plataformas digitales. d) Buenas prácticas internacionales/experiencia comparada. e) Políticas públicas y desinformación." (Artículo 2°, inciso 1°).

**3.- Funciones:** para el cumplimiento de su cometido, le corresponde a la Comisión: "a) **Recomendar** a los Ministros o Ministras de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y Secretaría General de Gobierno, las medidas y/o elementos que contribuyan al desarrollo de la política pública sobre la base del análisis de los distintos conocimientos asociados a la relación entre la desinformación y el debilitamiento de la democracia; b) **Asesorar técnicamente** la participación del Ministerio Secretaría General de Gobierno en el Hub de Desinformación de la OCDE y en las instancias internacionales relevantes para la temática de la desinformación y su impacto en la democracia. Sin perjuicio de las atribuciones que le corresponda ejercer al Ministerio de Relaciones Exteriores; c) **Elaborar informes de actividades que contengan las propuestas o conclusiones que surjan en el marco de su funcionamiento, proponer recomendaciones y resolver consultas sobre las temáticas señaladas, previamente formuladas** por parte de Segegob y/o del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación".

**4.- Características y limitaciones:** "Las funciones antes señaladas son de **naturaleza consultiva y en ningún caso pueden importar el desarrollo de acciones de carácter ejecutivo** por parte de la Comisión Asesora" (Artículo 2 inciso tercero).

**5.- Integración:** nueve miembros, que son representantes de diversas universidades y de la sociedad civil, los cuales son nombrados bajo el siguiente procedimiento: "La designación de los integrantes se realizará mediante los actos administrativos respectivos, correspondiendo a la Ministra o Ministro de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación designar los nueve integrantes, previa consulta a la Ministra o Ministro Secretario(a) General de Gobierno.", para lo que tendrán en consideración, como criterios de designación, líneas de investigación de los académicos en materia de desinformación y trabajo de expertos en la materia (Artículo 3 incisos primero a tercero).

**6.- Estatuto de los comisionados:** los integrantes ejercerán sus funciones ad-honorem y su desempeño no implicará la creación de un cargo público. Durarán en sus cargos un año, pudiendo ser designados(as) por nuevos períodos de manera sucesiva (Artículo 3 inciso cuarto).



7.- **Tareas:** la Comisión deberá evacuar los siguientes informes de actividades, a efectos de ser remitidos a la presidenta o presidente de la Comisión, en las fechas que a continuación se indican:

a) Informe I. 28 de agosto de 2023. **Sobre el estado del arte a nivel local y/o global sobre el fenómeno de la desinformación, experiencia local (cómo funciona en Chile) y comparada\***.

b) Informe II. 27 de noviembre de 2023. **Entrega de lineamientos y/o recomendaciones para la alfabetización digital y regulación de plataformas digitales** (art. 12).

### III. MARCO CONCEPTUAL

**QUINTO:** Antes de hacernos cargo del conflicto planteado, parece adecuado fijar algunos criterios interpretativos que nos servirán de guía para dilucidarlo.

Con tal finalidad, analizaremos, en primer lugar, la Potestad Reglamentaria Autónoma del Presidente de la República que le confiere el numeral 6 del artículo 32 de la Carta Fundamental, por cuanto el Decreto Supremo impugnado emana del ejercicio de tal facultad. Dentro de esa temática, revisaremos: a) la distribución de los poderes normativos entre el Ejecutivo y el Legislativo y la consagración constitucional de la Potestad Reglamentaria Autónoma; b) las diferencias y semejanzas entre ley y reglamento, y entre reglamento y decreto supremo; c) las características de los decretos y reglamentos autónomos; y, en fin, d) el control de constitucionalidad de los decretos supremos y reglamentos autónomos.

Luego expondremos acerca de las Comisiones Asesoras de Gobierno creadas por un acto administrativo, para revisar: a) los órganos colegiados y las Comisiones Asesoras en la Administración Pública; b) los elementos, características y los tipos de Comisiones Asesoras; c) los límites de tales Comisiones; y, d) las diferencias entre las Comisiones Asesoras creadas por ley y aquellas originadas por decreto supremo.

Por último, antes de revisar los reproches del requerimiento en contra del DS N° 12/2023 y dentro de los antecedentes que nos servirán para resolver esta causa, daremos algunas luces sobre el fenómeno de la Desinformación.

---

\* Habiéndose cumplido el referido plazo, y antes de que se despachara la presente sentencia, la Comisión Asesora contra la Desinformación evacuó su primer informe. Figuran como autores de éste sus integrantes, señores Pedro Anguita (Universidad de Los Andes), Ingrid Bachmann (Pontificia Universidad Católica de Chile), Lionel Brossi (Universidad de Chile), Claudio Elórtégui (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), María José Escobar (Universidad Técnica Federico Santa María), Paulina Ibarra (Fundación Multitudes), J. Carlos Lara (Derechos Digitales), Fabián Padilla (Fundación Datos Protegidos) y Patricia Peña (Fast Check CL). Se puede acceder a su contenido a través de [https://minciencia.gob.cl/uploads/filer\\_public/26/cb/26cb92cb-5614-4e7c-a46e-f001a2b838b1/informe\\_i\\_-\\_el\\_fenomeno\\_de\\_la\\_desinformacion\\_global\\_y\\_en\\_chile\\_1.pdf](https://minciencia.gob.cl/uploads/filer_public/26/cb/26cb92cb-5614-4e7c-a46e-f001a2b838b1/informe_i_-_el_fenomeno_de_la_desinformacion_global_y_en_chile_1.pdf).



## LA POTESTAD REGLAMENTARIA AUTÓNOMA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

### a) La distribución de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo en materia de elaboración de normas y el fundamento constitucional de la Potestad Reglamentaria Ampliada, Extendida o Autónoma

**SEXTO:** Para cumplir con la función de gobierno y administración que la Constitución le confía en su artículo 24, el Presidente de la República imparte órdenes a través del ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye la Carta Fundamental en el numeral 6° de su artículo 32.

Tal potestad tiene dos vertientes: 1) la **Potestad Reglamentaria de Ejecución**, que consiste en “[d]ictar normas generales dirigidas a proveer a la mejor ejecución de las leyes, como de expedir, en concreto, las órdenes o resoluciones singulares que representen la plena realización del contenido preceptivo de las leyes” (Alejandro Silva (1980). *Derecho Político, ensayo de una síntesis*”. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, pp. 69 y 70), y 2), y la denominada **Potestad Reglamentaria Autónoma, Ampliada o Extendida**, cuya fuente inmediata está en la Constitución y que recae en materias que no son de dominio de ley ni, tampoco, implícitamente, en materias que sean de competencia de otros órganos. Como señala Silva Cimma, “En ambos casos la norma en examen es base constitucional de los actos administrativos, porque el Presidente de la República ejerce una u otra clase de potestad reglamentaria mediante la dictación de actos administrativos, que en la especie presentarán de preferencia la forma de decretos reglamentarios” (Silva Cimma, Enrique (1995). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 57).

Los actos dictados dentro de la esfera de la potestad reglamentaria autónoma se vinculan a materias propiamente políticas, actuando el Presidente en tales casos en ejercicio del poder gubernamental (Silva Bascuñán, Alejandro (1997). *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, p. 515), tanto en su calidad de Jefe de Estado como de Jefe de Gobierno, para lo cual debe proveer a “todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes” (artículo 24 incisos primero y segundo de la Constitución).

**SÉPTIMO:** El reconocimiento y consagración constitucional de la Potestad Reglamentaria Autónoma se vincula con el sistema de determinación de las materias que corresponde regular al legislador, por cuanto ésta sólo puede extenderse a aquellas que no sean propias de ley.

Tal sistema fue modificado por la Constitución de 1980 respecto del consagrado en la Carta de 1925, para pasar de un modelo de dominio mínimo a uno de dominio máximo legal. El de "dominio mínimo legal" conducía a enumerar una serie de materias que, necesariamente, debían ser reguladas por ley, por lo que,



respecto de aquellas no contenidas en dicha enumeración, permitía su normación tanto por el Poder Legislativo como por el Presidente de la República, campo concurrente en donde prevalecía la disposición de la regla de mayor jerarquía, es decir, la ley. El ámbito de actividad del órgano legislativo podía llegar, entonces, hasta donde quisieran los legisladores, incluyendo el establecimiento de reglas de carácter particular.

La influencia de los modelos alemán y francés llevaron al Constituyente de 1980 a consagrar un sistema de “dominio máximo legal”, de manera que la regla general es que toda materia sea regulada a través de reglamentos dictados al efecto por el Presidente de la República, con excepción de aquellas propias de ley. De esta forma, se amplió el campo de la potestad reglamentaria para incluir la denominada Autónoma, Ampliada o Extendida, es decir, aquella que no complementa, desarrolla o ejecuta una ley previa, sino que, surgiendo al margen de toda ley de habilitación, se sostiene directamente en la Constitución debido a que se ejerce en cualquier materia que no sea reservada al campo del dominio de la ley y, por lo tanto, a la intervención del legislador.

**OCTAVO:** La aparición de una potestad reglamentaria autónoma, no vinculada al desarrollo de ninguna ley previa, ejercitable sin autorización legal sobre todas aquellas materias que la ley, de facto, no hubiera entrado a regular, surge como una ruptura y contradicción a los principios básicos del régimen político.

Su origen lo podemos encontrar en Europa en los denominados Reglamentos de Prerrogativa, que eran dictados sobre materias respecto de las cuales se entendía, por razones tradicionales, que no operaba el principio de la potestad reglamentaria ejecutiva, sino en las que la potestad normativa regia (o del Presidente de la República) operaba libremente. En España y Francia dicha potestad se aplicaba a materias de organización y régimen jurídico de las colonias, mientras que en Italia se extendió también a materias vinculadas a beneficios eclesiásticos, títulos nobiliarios, órdenes de caballería, organización administrativa y disciplina de las fuerzas armadas.

Pero es en Francia donde el reglamento independiente o autónomo alcanza una interesante evolución. Su desarrollo correspondió más a la fuerza de los hechos que a una actitud consciente, en cuanto establecer un poder normativo independiente a la ley. En las épocas del Directorio y del Imperio comienza a emerger abarcando dos áreas específicas: la creación y régimen de funcionamiento de organismos y servicios, y la policía general. El desarrollo de esta potestad tiene lugar sin amparo legal alguno, hasta ser reconocida y consagrada por el Consejo de Estado a comienzos del siglo XX (Chambre syndicale des constructeurs de matériel de chemin de fer et tramways, de 19 de febrero de 1904, y Babin, de 4 de mayo de 1906).



Por su parte, la doctrina alemana entregaría los elementos necesarios para una mejor precisión de esta especial forma de regulación, mediante la distinción entre reglamentos jurídicos y reglamentos administrativos. Las doctrinas institucionalista, ordinamentalista y normativista, cuyo principal exponente es Santi Romano, desecharon la noción de reglamento administrativo como "simples operaciones materiales", generalizando la idea del carácter plenamente jurídico de las normas de organización, lo cual se expresaría en una potestad reglamentaria interna, derivada de un poder inherente a toda organización, y, por tanto, basada en el fenómeno general de la autonomía como un actuar independiente de la ley.

Es de esta forma como se justifica una potestad reglamentaria no vinculada al desarrollo ni habilitación de ley alguna, siempre respetando el ámbito de materias reservadas a la ley, desarrollándose un poder normativo propio de la administración, cuyo ámbito, sin embargo, puede ser restringido por la ley, la cual puede regular materias que van más allá de su reserva, operando como una norma de clausura para la potestad reglamentaria.

**NOVENO:** Pues bien, la **potestad reglamentaria autónoma** contemplada en la Carta de 1980: a) tiene rango constitucional; b) su titularidad corresponde al Presidente de la República; c) es discrecional; y, d) **se expresa en decretos y reglamentos**.

El decreto supremo emanado de la potestad reglamentaria ampliada o extendida se caracteriza por tener autonomía respecto de la ley, ya que su competencia no depende de ella (como en el reglamento de ejecución), sino que la recibe directamente de la Constitución.

Como dice José Miguel Valdivia, la noción de potestad reglamentaria autónoma, *"recogida de la experiencia comparada, refleja un cambio de perspectiva del constituyente respecto del reglamento, valorándolo como instrumento de adecuación normativa"*, aunque *"teóricamente, en su ámbito de materias el reglamento autónomo puede definir las reglas fundamentales y primarias, y no sólo detalles de ejecución"* (Valdivia, José Miguel (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 177).

**DÉCIMO:** Ahora bien, por su parte, las materias de ley se encuentran actualmente enumeradas en el artículo 63 de la Constitución, precepto que incluye 20 numerales que las contienen. Dichas materias poseen, sin embargo, una densidad variable, pudiendo clasificarse según si la reserva de ley es absoluta (porque exigen una definición específica, en profundidad, por parte de la ley) o relativa (carentes de tal especificidad, marcadas por frases ambiguas, que no excluyen una convocatoria al reglamento). Constatando esa situación, al revisar tal listado, Eduardo Aldunate Lizama –teniendo presente lo que dispone el numeral 20 del artículo 63, en cuanto establece que es materia de ley *"toda otra norma general y obligatoria que estatuya las bases del ordenamiento jurídico"*– expresa que a la ley *"corresponde regular las materias señaladas en el artículo 63 N°s 1 a 19, y, en términos de intensidad regulatoria, toda otra norma general y obligatoria que estatuya las bases esenciales del ordenamiento jurídico (art.*



63 N° 20)” (Eduardo Aldunate Lizana (2009). “La distribución de potestades normativas en la Constitución”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIII, p. 373). Esta última regla del numeral 20 del artículo 63 constituye la norma de clausura del sistema.

Como señala Eduardo Cordero, ello plantea el problema del alcance que tiene el ámbito de la ley, por cuanto, en definitiva, contiene una descripción en forma general o indeterminada (Cordero Quinzacara, Eduardo (2009). “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXII, pp. 428-434).

**DÉCIMO PRIMERO:** Pese al cambio que introduce la Constitución al modelo de distribución de poderes normativos entre el Legislador y el Ejecutivo, se ha sostenido que los reglamentos y decretos dictados bajo el ámbito de la potestad reglamentaria autónoma “son casi irrelevantes a nivel institucional, en número y materias reguladas” (Aldunate (2009), *ob. cit.*, p. 378). Lo mismo señala Kamel Cazor, cuando sostiene que “se está hablando de una restricción que, aunque importante, solo afecta a un ámbito específico de la potestad normativa presidencial, y que –al suplirse por esa vía- no influye en el contexto general de sus amplias facultades en materias legislativas, razón por la cual se da la paradoja que la doctrina hable, por una parte, de un sistema que se circunscribe al interés del constituyente por limitar la capacidad regulatoria de la ley, dentro del concepto del Ejecutivo vigorizado, y por la otra, sea todo lo contrario, ya que existe un ámbito regulador de la ley muy amplio” (Cazor Aliste (1999), Kamel. “La potestad reglamentaria autónoma en la Constitución de 1980”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. X, pp. 78 y 79).

Incluso, para autores como Eduardo Cordero, si bien los reglamentos autónomos regulan aspectos no esenciales del ordenamiento jurídico, como el legislador determina cuáles son esas bases esenciales, ellos también están sujetos a la primacía de la ley (Cordero, (2009), *ob. cit.*, p. 434).

Estos reglamentos autónomos entonces no pueden extenderse a regular materias reservadas al legislador, pero, además, como señala Kamel Cazor, el Ejecutivo está sujeto a la limitación “de no atentar contra los principios esenciales y fundamentales que consagra la Constitución, y siempre también que dicha potestad reglamentaria no vaya en contra de la Carta Política ni de ley expresa”(Cazor, (1999), *ob. cit.*, p. 76) y, cuando se trata de leyes que no se hallan expresamente señaladas en la enumeración de materias de ley del artículo 63 (1° a 19°), el numeral 20 de dicha disposición “contiene sólo una limitación en lo relativo a la intensidad o profundidad de la regulación, pero no en cuanto a los contenidos que puede alcanzar” (Cazor Aliste, Kamel (2013). “Problemas teóricos en torno a las potestades normativas y la necesaria redefinición de la reserva legal en el Estado Constitucional chileno”. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 19 N° 1, p. 51).



**b) Diferencias y semejanzas entre ley y reglamento y entre reglamento y decreto supremo**

**DÉCIMO SEGUNDO:** Conforme a lo que hemos explicado, si toda ley se caracteriza por ser una norma general, obligatoria, abstracta, predeterminada y generalmente permanente, desde un punto de vista material en ella debe contenerse el núcleo esencial de la conducta que regula, colaborando el Presidente de la República, a través de los reglamentos que dicta para su ejecución, en la regulación de su detalle, como ha sostenido el Tribunal Constitucional en variada jurisprudencia (STC Roles N°s 282, c. 18°; 480, c. 13°; 2367, c. 60°, entre otras sentencias). Entonces, y, en definitiva, *“es el legislador el que determina qué materias son jurídicamente relevantes y han de ser disciplinadas con técnicas propias del derecho positivo (imposición de deberes, sanciones, coacción, etc.)”* (Cordero (2009), *ob. cit.*, p. 433).

Por su parte, para Kamel Cazor la ley se caracteriza también por ser una norma de principio en materia de fuentes del derecho, siendo expresión del principio democrático del Estado social y del principio jurídico-garantista del Estado de Derecho (Cazor (2013), *ob. cit.*, pp. 68-69).

**DÉCIMO TERCERO:** De acuerdo con lo ya expresado, el decreto emanado de la potestad reglamentaria autónoma, ampliada o extendida tiene autonomía respecto de la ley, ya que su competencia no depende de ella (como en el reglamento de ejecución), sino que la recibe directamente de la Constitución.

**DÉCIMO CUARTO:** Si, en ejercicio de la Potestad Reglamentaria, el Presidente de la República dicta reglamentos o decretos supremos, cabe ahora analizar las características que presentan dichas normas y sus diferencias con la ley, para luego revisar las particularidades de los reglamentos y decretos supremos emanados de la Potestad Reglamentaria Autónoma.

Partamos afirmando que tanto los decretos como los reglamentos supremos son actos administrativos, los cuales, según la Ley N° 19.880, son decisiones escritas y formales que adopta la Administración del Estado *“en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”* (artículo 3 incisos primero y segundo).

Todo reglamento es una norma general, abstracta, predeterminada y obligatoria, cuyo campo natural es el de la ejecución de la ley para regular aspectos secundarios, singulares y de detalle. Se diferencia de los **simples decretos** porque estos son órdenes particulares, que no son permanentes porque se agota su cumplimiento con su ejecución.

Se ha dicho respecto de los reglamentos que *“Su naturaleza es análoga a la de la ley (lo que, para la doctrina, justifica su inclusión en la categoría de “ley material”)*” (Valdivia, *ob. cit.*, p 176), cumpliendo, al igual que las leyes, con ciertos requisitos formales como son su publicación en el Diario Oficial, a partir de lo cual entran en vigencia, pudiendo ser derogados por otro reglamento o por la ley.



Su semejanza con la ley la pone de relieve Jorge Bermúdez, al destacar sus características comunes, como son la obligatoriedad-coercitividad, permanencia, abstracción y generalidad (Bermúdez, Jorge (2022). *Derecho Administrativo General*. Santiago: Thomson Reuters, 3° edición, p. 75).

Así, teniendo en cuenta su obligatoriedad, como norma jurídica que es el reglamento, Silva Cimma observa que *“el reglamento tiene la misma fuerza de la ley, pues su obligatoriedad se extiende no sólo en el ámbito de la Administración Pública, en el cual no puede ser discutida, sino que aun a los particulares a quienes se les aplica”* (Silva Cimma, Enrique (1992), *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 4° edición, p. 160). En cuanto a su permanencia, José Miguel Valdivia (*ob. cit.*, p. 174) sostiene que las leyes *“y, en general, los enunciados normativos contenidos en cuerpos normativos, como son los reglamentos, están hechos para durar indefinidamente en el tiempo”*, sin que suceda lo mismo con los decretos simples, puesto que ellos terminan con su cumplimiento, señalando al efecto Silva Cimma que el reglamento es permanente ya que *“rige situaciones estables y su vigencia dura mientras no sea derogado o modificado por otro”* (Silva Cimma (1992), *ob. cit.*, p. 160). La abstracción del reglamento y de la ley importa entender que se aplican a todas las conductas a que se refieran sus normas y la generalidad, los conduce a producir efectos en un número indeterminado de sujetos, siendo *“aquella cualidad de la ley en virtud de la cual sus destinatarios están genéricamente determinados (sujetos), y las conductas a las que se aplica (supuestos), abstractamente consideradas”* (De Cabo, citado por Cazor, Kamel (2013), *ob. cit.*, p. 63).

**DÉCIMO QUINTO:** A su vez, las diferencias entre la ley y el reglamento se manifiestan en que este último emana del Poder Ejecutivo; regula aspectos de detalle, ya que *“los aspectos no esenciales, complementarios, de desarrollo o detalle quedan entregados al reglamento”* (Cordero (2009), *ob. cit.*, p. 437); ejecuta la ley y no puede innovarla: si aborda derechos, la convocatoria al reglamento debe ser determinada y específica y los aspectos esenciales de la regulación deben estar en la ley (STC Rol N° 2367); tiene una jerarquía inferior a la de la ley y está subordinada a ella conforme al principio de legalidad; y, en fin, no puede abordar materias reservadas a la ley, de acuerdo a lo que dispone el sistema de dominio máximo legal consagrado en la Carta Fundamental, incluyendo la norma de clausura del artículo 63 N° 20.

Por otra parte, la ley puede abarcar ámbitos reservados al reglamento, poseyendo el legislador autonomía para ello. Así este Tribunal Constitucional, pronunciándose sobre la materia, ha expresado que *“las autorizaciones de pesca no confieren derechos adquiridos, sino que quedan sujetas, al momento de su otorgamiento, a las prohibiciones, limitaciones o medidas de administración de los recursos que se dicten sobre la materia, tales medidas pueden establecerse por la misma autoridad administrativa, ya que ésta puede fijar “las dimensiones y características de las artes y los aparejos de pesca”* (artículo 4 letra b). Sin embargo, nada obsta a que tales limitaciones sean impuestas



por una ley y no por un acto administrativo, por cuanto ello responde a una decisión soberana del legislador” (STC Rol N° 8614, c. 52°). Es que en Chile no existe una reserva negativa de ley; no hay una reserva material de reglamento. Por lo tanto, no se puede confundir la generalidad y abstracción de la ley con el objeto material que norma (Cazor (2013), *ob. Cit.*, p. 62).

**DÉCIMO SEXTO:** Si revisamos ahora los decretos y reglamentos supremos, podemos constatar que estos actos administrativos se diferencian en cuanto al ámbito de su aplicación y a su permanencia en el tiempo.

Pronunciándose sobre la materia, esta Magistratura Constitucional ha sostenido: “7°. *Que, entre las características fundamentales de los decretos dictados por el Presidente de la República o decretos supremos cabe señalar las siguientes: pueden referirse tanto a materias de general aplicación como a casos particulares. De acuerdo con lo expresado por el profesor don Alejandro Silva Bascuñán, decreto supremo es aquella disposición de gobierno o administración del Estado que, fundada en la Constitución o en la ley, dicta el Presidente de la República con carácter especial y particular. Si el decreto reviste un carácter general y permanente, con el objeto de favorecer la ejecución de la ley o el ejercicio de alguna de las funciones de administración o de gobierno, toma el nombre de reglamento;* 8°. *Que en el mismo sentido se pronuncia el profesor don Patricio Aylwin., diciendo que el reglamento es un decreto supremo que contiene un conjunto de disposiciones armónicas destinadas a facilitar la ejecución de la ley. De esta definición desprende el autor los elementos que integran el reglamento: a) el reglamento es un decreto supremo, b) este decreto supremo contiene un conjunto de disposiciones armónicas. Esta es su particularidad como decreto: es un decreto de carácter general. A lo anterior podríamos agregar como característica del reglamento que por su carácter general no se agota con su cumplimiento como sucede con el simple decreto”* (STC Rol N° 153).

### **c) Características de los decretos y reglamentos autónomos**

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Respecto a su forma, como todo decreto supremo, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución, los autónomos deben necesariamente llevar la firma del Ministro de Estado que corresponda, por cuanto “*Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito*” (inciso primero del artículo 35). Si bien “*los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley*” (inciso segundo del artículo 35), de las dos disposiciones transcritas resulta que, por una parte, no procede la delegación de firma en los reglamentos autónomos y, por otra, ésta sí cabe cuando se trata de simples decretos autónomos, todos los cuales están sujetos al trámite de la toma de razón por la Contraloría General de la República.



Ambos tipos de actos emanados de la potestad reglamentaria autónoma deben además cumplir con los requisitos de publicidad, vigencia y derogación aplicables a los decretos de ejecución de ley.

Por lo tanto, con relación a sus requisitos formales, no existe diferencia entre estos actos administrativos que provienen de la potestad reglamentaria autónoma y los que buscan ejecutar la ley.

**DÉCIMO OCTAVO:** En cuanto a sus características propias, los decretos reglamentarios autónomos –al igual que los de ejecución– son órdenes escritas cuyas reglas son de carácter general, abstracta y permanente, mientras que lo típico de los simples decretos supremos es su particularidad y temporalidad, ya que se agotan con su ejecución.

Ahora bien, en cuanto a su contenido, el ámbito de la potestad reglamentaria autónoma se encuentra limitado, porque es residual con respecto a la ley, la cual – como ya dijimos– es bastante amplia debido a la norma de clausura del dominio máximo legal contenido en el artículo 63 N° 20 y porque son pocos los casos en que la Carta Fundamental le entrega directamente al Ejecutivo la regulación de una materia por medio de un decreto supremo.

No obstante, los decretos y reglamentos autónomos dictados en ejercicio de facultades establecidas directamente por la Constitución tienen gran relevancia política, por cuanto, como ya se expresó, son manifestación del poder gubernamental de que goza el Presidente de la República, ya actuando en su calidad de Jefe de Estado o de Jefe de Gobierno.

Diversas órdenes suyas que dicen relación con la dirección política de la máxima relevancia se contemplan en el texto constitucional, algunas de las cuales se concretan en simples decretos supremos y otras en decretos reglamentarios. Así, por ejemplo, la regulación de la libertad de reunión que, de acuerdo con el artículo 19 N° 13, se rige “*por las disposiciones generales de policía*”, concretándose a través de un reglamento autónomo. Mientras tanto, por medio de decretos supremos de índole particular, en ejercicio del poder gubernamental, según las atribuciones que le confía el artículo 32 constitucional, convoca a plebiscito (N° 4), declara los estados de excepción constitucional (N° 5), nombra y remueve a los ministros de Estado, subsecretarios y delegados provinciales y regionales (N° 7), designa embajadores y ministros diplomáticos (N° 8), otorga indultos particulares (N° 14), designa a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y al Director General de Carabineros (N° 16), entre otras. También diversas reglas de la Constitución le confieren la facultad de dictar expresamente decretos supremos autónomos, como, por ejemplo, aquella que le permite dictar un decreto de insistencia frente a aquellos que hayan sido representados por la Contraloría (artículo 99) o la que le permite llamar a retiro a los jefes militares antes de completar su período (artículo 104 inciso segundo).



Los decretos y reglamentos autónomos que no se encuentran mencionados expresamente en la Carta Fundamental, pero que, por no recaer en materias propias de ley, resultan del ejercicio del poder de gobierno del Presidente de la República que le reconoce su artículo 24 y son consecuencia de la Potestad Reglamentaria Autónoma que la Constitución le atribuye en el artículo 32 N° 6, son más escasos. Entre éstos se encuentran los que crean comisiones asesoras, como es la que establece el decreto supremo impugnado.

**d) Control de constitucionalidad de los reglamentos y decretos supremos autónomos**

**DÉCIMO NOVENO:** Pues bien, si de acuerdo con el numeral 16 del artículo 92, el requerimiento que se deduzca ante el Tribunal Constitucional ha de recaer en un **decreto supremo**, éste puede emanar tanto del ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución como de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República (artículos 32 N° 16 y 24 de la Carta).

En tal sentido, se ha resuelto que la Constitución *“al facultar al Tribunal Constitucional para resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, lo ha hecho en términos amplios. Así, el control se extiende tanto a los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma como a los dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, sean éstos de efectos generales o particulares”* (STC Rol N° 740, c. 9°).

La Carta, además, expresa que el requerimiento en contra de un decreto supremo procede **“cualquiera sea el vicio invocado”**, pudiendo, por lo tanto, fundarse tanto en vicios de constitucionalidad por vulneración de requisitos contemplados en la Ley Fundamental de carácter formal como de vulneraciones de disposiciones suyas de índole sustantiva, lo cual ha sido ratificado por este Tribunal en su jurisprudencia, al expresar: *“Que los decretos supremos sean simples o reglamentarios deben cumplir con la Constitución vigente no sólo en su aspecto sustantivo, sino también en su parte formal. Corresponde, en consecuencia, examinar, previamente, la naturaleza jurídica del Decreto que se impugna y si éste cumple con los requisitos de forma que al respecto señala la Constitución Política de 1980”* (STC Rol N° 591, c. 22° y 153, c. 5°).

**VIGÉSIMO:** Si, por lo que hasta ahora hemos afirmado, un reglamento o simple decreto autónomo se extiende al ámbito del dominio legal establecido por el artículo 63 de la Carta, no sólo vulnera el principio de jerarquía normativa, sino que configura un vicio de competencia, infringiendo con ello el principio de separación de funciones al extenderse a una órbita propia del legislador, vicio que puede ser conocido por el Tribunal Constitucional y que ha fundamentado el requerimiento de autos.



Ha de considerarse además que, en ejercicio de su función de control de los decretos supremos emanados del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República –incluyendo, por cierto, aquellos de carácter autónomo– el Tribunal no sólo no puede “*examinar la legalidad de un acto administrativo, sino tampoco pronunciarse sobre el mérito o conveniencia de la forma en que lo adoptó*” (STC Rol N° 1035, c. 30°), porque no ejerce un control político sino jurídico. Como expresó en la sentencia Rol N° 13.964, “*si evaluara con criterios políticos los fundamentos que condujeron a la dictación de un decreto supremo, se arrogaría las facultades que posee el Presidente de la República, vulnerando con ello tanto el principio de separación de funciones públicas como el principio democrático* (STC Roles N°s. 2066, c. 33°; 2301, c. 35°; 2727, c. 32; 2865, c. 35; 2866, c. 35°), *pilares fundamentales de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho*” (c. 12°).

## A) COMISIONES ASESORAS

### a) Los órganos colegiados y las comisiones asesoras en la Administración Pública

**VIGÉSIMO PRIMERO:** La colegialidad en la Administración Pública, entendida como la constitución de unidades que adoptan acuerdos, admite dos modalidades: órgano colegiado y comisión asesora. La primera se refiere al establecimiento por ley de un órgano que ejerce potestades –actos jurídicos de imposición unilateral– mediante “acuerdos” de sus integrantes. La segunda consiste en la creación, por acto administrativo, de una comisión que solo asesora, aconseja o asiste al órgano llamado a decidir, pues está imposibilitada de ejercer atribuciones públicas. Así, se ha dicho que el establecimiento de consejos asesores no constituye un servicio público pues, si así fuera, ellos sólo podrían ser creados por ley (STC Rol N° 131-91).

La Constitución dispone que las potestades estatales son conferidas y ejercidas por órganos administrativos creados por ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Tales órganos son los servicios públicos, que, según el artículo 28 de la Ley N° 18.575, “*son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 22, inciso tercero, y 30*”. Tales servicios surgen en virtud de lo dispuesto en los artículos 7 de la Constitución, en cuanto dispone que “*los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley*”; 65 inciso cuarto 4, N° 2, que establece que corresponderá a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República “*crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las*



*empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones y atribuciones” y numeral 14 del artículo 63, que dispone que es materia de ley “las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”. Tal criterio ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en sentencias roles N° 319 (2001) (Instituto Nacional del Deporte), N° 358 (2002) (Servicio Nacional del Adulto Mayor), y N° 443 (2005) (Gobierno Regional). Sin embargo, esta Magistratura varió su criterio en sentencia Rol N° 2367 (2012), al admitir la competencia del Presidente de la República, en ejercicio de su potestad reglamentaria autónoma, para regular aspectos de organización de los Ministerios.*

#### **b) Elementos, características y tipos de Comisiones Asesoras**

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** En cuanto a los **fundamentos** de las comisiones consultivas o asesoras, recogiendo lo que al respecto expresa Jaime Arancibia Mattar, cabe tener presente que éstas *“responden a la necesidad de un órgano administrativo de elaborar o reformar una política pública, adoptar una decisión relevante, o acometer un proyecto de interés social. Dado que la prudencia gubernativa sugiere consultar el consejo o dictamen previo de los expertos e interesados, el órgano decisor puede solicitar dicho parecer de modo formal y unificado mediante la constitución de un colegio asesor. El acuerdo de esta comisión contiene, en esencia, una propuesta de política pública o recomendaciones específicas sobre cómo satisfacer un interés o abordar una tarea ingente”* (Arancibia Mattar, Jaime (2014). “Las comisiones asesoras administrativas”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 19, pp. 10-11.

A lo anterior se puede agregar que la constitución de comisiones asesoras *“es un mecanismo de delegación en el proceso de toma de decisiones ampliamente usado en las democracias representativas actuales. En general, la experiencia internacional muestra que estas instancias pueden formarse a distintos niveles, tanto en el Ejecutivo como en el Legislativo. En Estados Unidos de América (EUA), por ejemplo, existen los Federal Advisory Committees (regulados por el Federal Advisory Committee Act desde 1972) y en Inglaterra se hace un uso extensivo de Royal Commissions. Si bien la toma de decisiones no recae en estos procesos, sí modelan la agenda y muchas veces determinan el contexto y la dirección que tendrá la discusión legislativa”* (Aguilera, Carolina, (2009). “Un análisis de las comisiones asesoras presidenciales del gobierno de Michelle Bachelet”. *FLACSO Chile*, pp. 6-7)

Si **“asesorar”** es, según el Diccionario de la Lengua Española, *“dar consejo o dictamen”* y **“consejo”** es, por su parte, *“opinión que se expresa para orientar una actuación de una determinada manera”*, la comisión que tenga tal objeto en muchas oportunidades se conforma por expertos en la materia de que se trata. Su opinión, expresada a través de un informe o dictamen, constituye un insumo que no tiene efecto vinculante para quien la solicitó, por lo que sus propuestas y recomendaciones pueden ser tomadas en cuenta o no por la autoridad, según su



particular apreciación, de tal modo que pueden eventualmente llegar a constituir los fundamentos que impulsen una determinada política pública. Por lo tanto, los informes, si bien expresan un juicio o valoración y una sugerencia, no constituyen, modifican o extinguen una situación jurídica.

Por regla general, el dictamen o informe entonces sirve al órgano decisor para elaborar el acto terminal del procedimiento administrativo, cuya instrucción está regulada de modo supletorio en los artículos 34 a 39 de la Ley N° 19.880. Sin perjuicio de ello, el Presidente de la República puede consultar también el parecer de una comisión en forma previa a la proposición de un proyecto de ley. Por lo tanto, para que sea útil, dicho informe es elaborado y presentado en la etapa de instrucción del procedimiento del órgano administrativo, necesaria para reunir antecedentes y elementos de juicio que justifiquen su actuación.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Como consecuencia de que solo los órganos administrativos creados por ley pueden ser titulares de potestades, los originados en un acto administrativo **carecen de dichas potestades**. Es lo que se ha denominado “principio de exclusividad potestativa”, reconocido en los artículos 7 inciso segundo y 65 inciso cuarto, N° 2, de la Constitución, con relación a los artículos 2 y 6 de la Ley N° 18.575.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que la creación de comités consultivos por vía administrativa “*está conforme con la Constitución Política de la República, en el entendido que tales Consejos no constituyen un Servicio Público, puesto que si así fuera ellos solo podrían ser creados por ley*” (STC Rol N° 131, c. 10°). Como señala Alejandro Cárcamo, “*no nos encontramos frente a un organismo estatal, el cual siempre requiere ser creado por la Constitución Política o la ley y sus potestades atribuidas por las mismas fuentes normativas*” (Cárcamo, Alejandro en (2018). “Las Comisiones Asesoras y los Grupos o Mesas de Trabajo: ¿Mecanismos de gestión gubernamental administrativa idénticos y diferenciables?”, en *Diario Constitucional*).

A diferencia, entonces, de “*los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias*” (art. 3 inciso sexto de la Ley N° 19.880), los elaborados por una comisión asesora no constituyen actos administrativos, por cuanto no expresan la voluntad de un órgano público.

Por su parte, la Contraloría General de la República, pronunciándose sobre el reclamo de un particular en contra de la creación de una comisión asesora presidencial, “*ha precisado en los dictámenes N°s. 30.584, de 1992, y 12.857, de 2014, entre otros, que en el ejercicio de la facultad conferida en el artículo 32, N° 6, de la Constitución Política, el Presidente de la República se encuentra facultado para crear comités o comisiones de carácter asesor, como acontece en el presente caso, atendido que se verifica que el de la especie tiene por objeto sugerir medidas que permitan dar cumplimiento a solicitudes formuladas por un organismo internacional, en el contexto de una convención suscrita por el Estado de Chile, que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico*”, para luego



*afirmar que “no obstante que resulte procedente la creación del comité de la especie, es necesario considerar que dicha medida es una decisión formal emitida por un órgano de la Administración del Estado en la cual se contiene una declaración de voluntad, realizada en el ejercicio de una potestad pública y, por ende, constituye un acto administrativo, que, en este caso, debe tomar la forma de decreto supremo, conforme con lo dispuesto en el artículo 3° de la ley N° 19.880” (Dictamen N° 61.423 de 3 de agosto de 2015).*

**VIGÉSIMO CUARTO:** El acto administrativo que constituye una comisión asesora suele incluir, según Arancibia, aunque no siempre en plenitud, los siguientes aspectos: *“a) nombre oficial; b) autoridad precisa a la que asesoran; c) objetivos y funciones de la comisión, indicados de modo taxativo; d) integrantes: número, perfil y modo de designación; e) presidencia de la Comisión; f) metodología de trabajo; g) duración de la comisión: indefinida o sujeta a plazo o condición; h) plazo de entrega del informe o recomendación y de los antecedentes que lo sustentan, i) recursos disponibles para su funcionamiento; j) criterios de publicidad y transparencia de las reuniones, actas, antecedentes y resultados del trabajo de la comisión, conforme a la legislación vigente; y k) posibles divisiones en subcomisiones, indicadas de forma precisa” (Arancibia (2014), ob. cit., p 15).* Por lo general, su trabajo es coordinado por un secretario ejecutivo y apoyado por recursos financieros, materiales y además por parte de la planta del personal del organismo que tiene a su cargo el asunto que es objeto de la asesoría.

Al efecto la Contraloría General de la República, al contestar el requerimiento de autos, explica que, entre los elementos que examina antes de tomar razón del decreto supremo que crea una comisión asesora, se encuentran: *“que la constitución sea aprobada por el respectivo decreto supremo; que se encuentre precisada la autoridad a asesorar; que las labores sean asesoras y no ejecutivas; que estén determinados, nominada o innominadamente, todos los integrantes de la comisión; que los particulares manifiesten su voluntad tanto para participar ad honorem en la comisión como para aportar de cualquier forma; que el objeto de ésta se vincule con la competencia de los respectivos organismos públicos intervinientes; que los ministerios involucrados concurren con su firma y que la comisión sólo se constituya después de la total tramitación del decreto respectivo (criterios sustentados, entre otros, en los oficios Nos 30.316, de 1990; 28.686, de 1991; 30.584, de 1992; 30.032, de 1996; 7.378, de 1998; 7.874, de 2001; 31.197, de 2003; 82.134, de 2015; 29.830, de 2016; 55.825, de 2016 y 14.197, de 2018)” (fs. 167 y 168).*

**VIGÉSIMO QUINTO:** Desde el regreso de la democracia, todos los gobiernos han generado diversas y numerosas comisiones asesoras en virtud de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, destacando entre éstas la Comisión de Verdad y Reconciliación llamada comúnmente Comisión Rettig, la Comisión Asesora en Transparencia y Probidad Pública denominada Comisión Engel, la Comisión Asesora sobre el Sistema de Pensiones, la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo, la Comisión Asesora Presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad, la Comisión Nacional para la Seguridad



en el Trabajo, la Comisión Asesora del Presidente de la República para la Sequía, el Comité Interministerial de Agilización de Proyectos de Inversión, etc.

Las diferentes comisiones asesoras han debido ajustarse a los criterios que ha fijado a la Contraloría respecto de su constitución, pudiendo distinguirse aquellos formales de los sustantivos.

Así, entre los principales requisitos formales se encuentran los siguientes: a) la Comisión se debe formalizar por medio de un acto administrativo, cual es un decreto supremo (Dictamen N° 61.423/2015); b) tal decreto se encuentra sometido al control preventivo de toma de razón de la Contraloría (resolución N° 1.600, de 2008, del organismo Contralor y Dictamen N° 61.423/2015); c) solo pueden tener el carácter de invitados miembros de otros poderes del Estado u órganos autónomos, para evitar la afectación al principio de separación de poderes del Estado (Dictámenes 9.887/2006 y 7.874/2001); y, d) para el nombramiento de sus miembros no pueden fijarse criterios que vulneren las garantías fundamentales de la Carta Fundamental, como son la libertad de asociación, de trabajo y otras (Dictamen N° 12.857/2014).

En relación con los **aspectos sustantivos**, el principal límite de las Comisiones es carecer de facultades ejecutivas y resolutivas propias de otras autoridades de gobierno (Dictámenes N°s 30.584/1992 y 7.874/2001, entre otros).

**VIGÉSIMO SEXTO:** Ahora bien, Jaime Arancibia clasifica las comisiones asesoras en:

- a) **Comité o Comisión Interministerial, Intersectorial o Consejo de Ministros:** Esta entidad se constituye por Decreto Supremo (D.S.), Instructivo u Oficio Presidencial con el fin de asesorar al Presidente de la República en la satisfacción de necesidades que, por su complejidad, requieren el trabajo coordinado de dos o más ministerios o servicios públicos. Se funda, por tanto, en el principio de eficiencia de la Administración Pública, que exige a los órganos “cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción”. En particular, cuando se conforma por Ministros de Estado, la Comisión que los reúne cumple con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 33 de la Constitución: “*El Presidente de la República podrá encomendar a uno o más Ministros la coordinación de la labor que corresponde a los Secretarios de Estado*”. Estas comisiones pueden ser permanentes o temporales y están integrada exclusivamente por Ministros de Estado o por directores de instituciones administrativas.
- b) **Comisión Asesora Presidencial (CAP):** Estas instancias colegiales se instituyen por regla general por Decreto Supremo, con el objeto de proponer o pronunciarse sobre políticas, planes, programas, convenciones internacionales o proyectos específicos ante el Presidente de la República. A diferencia del Comité Interministerial, la CAP admite la integración de personas del ámbito privado, designadas por el Presidente de la República para asumir un compromiso *ad honorem*. Conforme a lo que ha señalado la



Contraloría (Dictamen N° 61.423 de 3 de agosto de 2015), frente a un instructivo presidencial que crea una comisión asesora *“no obstante que resulte procedente la creación del comité de la especie, es necesario considerar que dicha medida es una decisión formal emitida por un órgano de la Administración del Estado en la cual se contiene una declaración de voluntad, realizada en el ejercicio de una potestad pública y, por ende, constituye un acto administrativo, que, en este caso, debe tomar la forma de decreto supremo, conforme con lo dispuesto en el artículo 3° de la ley N° 19.880. En este orden de ideas, el artículo 35, inciso primero, de la Carta Fundamental, establece que los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito. Agrega el inciso segundo de ese precepto, que los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley. De este modo, correspondería al Presidente de la República, con la firma de él o los ministros respectivos, en el ejercicio de la atribución prevista en el artículo 32, N° 6, de la Constitución Política, suscribir el acto administrativo que cree la comisión asesora, no obstante, debe recordarse que la prerrogativa para firmar el decreto supremo de que se trate, por orden del Presidente de la República, ha sido delegada en los Secretarios de Estado, en virtud de lo establecido en el N° 21 del acápite I. Delegaciones de Carácter General, del artículo 1° del decreto N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Además, de acuerdo con el artículo 10, inciso quinto, de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, los decretos supremos firmados por el Jefe del Estado siempre están sometidos a toma de razón y tratándose de aquellos firmados con la fórmula “por orden del Presidente de la República”, el Contralor puede ejercer su facultad de eximirlos de ese control previo de legalidad. Pues bien, el número 10.4.2. del artículo 10° de la resolución N° 1.600, de 2008, de esta Contraloría General, que Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón, dispone que se encuentran sometidos a dicho control preventivo la constitución de comisiones asesoras mediante decreto supremo. Por ende, procede que se regularice la creación del comité mediante la dictación del correspondiente decreto supremo, emitido por la o las Secretarías de Estado que correspondan, el que deberá ser remitido a esta Entidad Fiscalizadora, para el trámite de toma de razón.”*

- c) **Consejo consultivo de órganos administrativos:** Finalmente, existen colegios asesores o consultivos de otras entidades administrativas, tales como los **ministerios** o entes descentralizados. Por regla general, los consejos asesores ministeriales son creados por Decreto Supremo conforme a la potestad reglamentaria autónoma o de ejecución del Presidente de la República.

Sin perjuicio de lo anterior, existen además consejos consultivos creados administrativamente por orden del legislador. Nos referimos, por ejemplo, a los



consejos de la sociedad civil, exigidos por la Ley N° 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública; al Consejo Asesor Fiscal del Ministerio de Hacienda, previsto en la Ley N° 20.128 sobre responsabilidad fiscal (artículo 13); a los consejos regionales de pesca, que crea el Intendente regional conforme a la Ley N° 18.892 sobre Pesca y Acuicultura (artículo 9 del Título XII), entre otros.

### c) Límites de las comisiones asesoras

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Los comités interministeriales, las CAP y las comisiones asesoras de órganos inferiores están impedidas de ejercer potestades públicas, sin que puedan, por ende, asignárseles facultades de carácter ejecutivo, en razón de que su origen se halla en un acto administrativo, no son servicios públicos y, por tal motivo, no ejercen facultades resolutorias.

Así lo confirma reiterada jurisprudencia de la Contraloría General de la República. Son muchos los dictámenes sobre la materia. Entre estos puede destacarse aquel que, al pronunciarse sobre el decreto de Salud que crea una comisión nacional de salud, familia y comunidad para asesorar al ministro del ramo en materia de atención primaria, señala que sus facultades son de carácter ejecutivo y, por tanto, ajenas a las que corresponden a una comisión asesora como la que se crea (Dictamen N° 30.316, de 30 de octubre de 1990); el ente contralor devuelve un decreto del Ministerio del Interior que modifica otro que había creado la Comisión especial de descontaminación de la Región Metropolitana, *“porque algunas de las disposiciones sustitutivas confieren facultades ejecutivas y resolutorias a tal Comisión, lo que no procede conforme el ordenamiento constitucional y legal. En tal situación se encuentran, entre otras normas, la que dispone que el comité de ministros será una instancia de coordinación que facilitará la ejecución del plan de descontaminación; la que prevé que en los casos de desacuerdos entre miembros de ese comité se elevaran los antecedentes al Presidente de la República para su decisión definitiva, siendo decisión del propio comité si actúa por unanimidad; la que indica que ese comité deberá resolver, en una primera instancia, las materias que indica”* (Dictamen N° 28.686, de 28 de noviembre de 1991); examinado otro decreto expresó que *“corresponde reparar la función que se le asigna en la letra e) del artículo séptimo del acto en estudio, y que se refiere a “coordinar la implementación de medidas de seguridad en la etapa de diseño de nuevos aeropuertos y aeródromos”, toda vez que la misma constituye una atribución de carácter ejecutiva y por tanto propia de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de la función administrativa”* (Dictamen N° 34.392, de 31 de julio de 2007); no tomó razón del decreto que crea, en el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, una Comisión Asesora Ministerial del Programa de Recuperación de Barrios, encargada de *“definir políticas, tomar decisiones y entregar orientaciones relevantes” para dicho Programa, por cuanto dicho encargo -y las facultades que se asignan a esa Comisión- “implica la realización de tareas ejecutivas, ajenas*



*a la naturaleza consultiva que tienen las comisiones asesoras (aplica, entre otros, dictámenes N°s. 30.584 de 1992, 7.378 de 1998, 16.302 de 1995 y 34.392 de 2007)” (Dictamen N° 27.559, de 13 de junio de 2008); señaló que cabe hacer presente que el objetivo asignado a una comisión “debe entenderse limitado a prestar asesoría en la integración de la reflexión ética en la atención de salud de la red de servicios del país, y en el resguardo del respeto por la autonomía, la dignidad y el derecho de los pacientes, atendido que de acuerdo con el artículo 4° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, tales cometidos pertenecen al ámbito de las atribuciones de esa Secretaría de Estado, sin que esa Cartera pueda delegarlos a una entidad de naturaleza consultiva como la de la especie (aplica criterio contenido en el dictamen N° 57.713, de 2008)” (Dictamen N° 17.209, de 03 de marzo de 2015); “Las tareas que se asignan a la antedicha comisión, en los puntos VIII, XII y XIV, del numeral 3 de este instrumento, en orden a constituir equipos de trabajo para apoyar el desarrollo de la red; participar en los procesos de diseño, implementación y evaluación de nuevas herramientas tecnológicas vía remota, y propiciar la elaboración y evaluación permanente de la cartera de prestaciones de la red, implican el ejercicio de funciones ejecutivas que son ajenas a la naturaleza consultiva de las comisiones asesoras creadas por el Presidente de la República, y que son propias de los servicios públicos” (Dictamen N° 73.881, de 15 de septiembre de 2015); devuelve un decreto del Ministerio de Justicia que modifica el decreto 509/94 mismo Ministerio, “que creó equipo de trabajo central y equipos regionales para evitar la reclusión de menores en recintos penitenciarios de adultos. Ello, porque se entrega a dichos equipos facultades para formular planes y programas, y adoptar medidas y acciones destinadas a la protección de menores, de carácter ejecutivo y resolutorio, siendo que las comisiones asesoras creadas en virtud de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, no pueden realizar acciones de esta naturaleza, pues su ejercicio compete a los servicios públicos a los que la ley les ha asignado las funciones respectivas” (Dictamen N° 16.302, de 26 de mayo de 1995); no procede que una comisión asesora, creada en virtud de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, ejerza funciones como aquellas de las que se infiere que sus miembros estarían facultados para que, a través de las visitas que realicen, “asistan a la autoridad sanitaria para la supervisión de los establecimientos de internación psiquiátrica públicos y privados”, toda vez que el ejercicio de funciones de esta naturaleza corresponde a servicios públicos, cuya creación y atribuciones es materia de ley” (Dictamen N° 39.402, de 16 de octubre de 2000), por mencionar algunos.*

**d) Diferencias entre comisiones asesoras creadas por ley y por decreto supremo:**

**VIGÉSIMO OCTAVO:** Si la ley disciplina las condiciones y forma de ejercicio de la potestad organizatoria y establece las líneas básicas de la organización administrativa, estas Comisiones Asesoras del Gobierno, creadas en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma, se distinguen de aquellas de esa naturaleza



creadas por ley y que se insertan dentro de algún organismo o servicio público, por cuanto estas últimas:

1) Nacen por la iniciativa exclusiva de ley del Presidente de la República (artículo 65 inciso segundo). Teniendo presente su calidad de colegislador y la referida facultad presidencial, como señala Miguel Angel Fernández, dentro del concepto de primacía de la ley, pareciera resultar innecesario para el Presidente *“acudir a su potestad autónoma cuando posee un control férreo del proceso formativo y del contenido de la ley, dotando de mayor y más indiscutible legitimidad a la decisión adoptada por esa vía”*, por lo que siempre puede iniciar un proyecto de ley para crear ese tipo de comisiones (Fernández González, Miguel Angel (2009). *“Antecedentes históricos y jurisprudenciales acerca de la potestad reglamentaria autónoma”* (Arancibia, Jaime y Martínez, José Ignacio coord.) en *La primacía de la persona: Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*; Santiago: LegalPublishing, pp. 751-753, citado por Cazor, Kamel (2013), ob. cit., p. 49).

2) Generalmente sus integrantes son remunerados y se les aplican algunas reglas estatutarias que son comunes a los demás funcionarios públicos, como por ejemplo, aquellas relativas a ciertas incompatibilidades, su sujeción al principio de probidad, a la responsabilidad administrativa disciplinaria, etc.

3) Son comisiones que se insertan en el organigrama de un servicio público.

4) Su existencia generalmente es de carácter permanente.

Por otra parte, tienen en común, con las comisiones asesoras creadas por reglamento autónomo, evidentemente su carácter consultivo y no ejecutivo, además del hecho que, a veces, sus integrantes también trabajan ad-honorem.

El Tribunal Constitucional, en numerosas sentencias ha considerado que estas comisiones, al no estar dotadas de facultadas resolutivas no crean un órgano ejecutivo ya que sólo se constituyen un como órgano asesor del organismo pertinente, por lo que no inciden en la organización básica de la Administración Pública, lo cual lo conduce a no pronunciarse sobre las reglas que las crean ya que éstas no recaen en una materia propia de la ley orgánica constitucional a que se refiere el art. 38 de la Carta Fundamental (STC Roles N°s 3785-17, c. 20°; 3940-17, c. 15°; 4290-18, c. 9°; 11.216-21; 13.6780, entre otras).

## B) LA DESINFORMACIÓN

**VIGÉSIMO NOVENO:** Como ya se ha expuesto, el decreto supremo que objeta el requerimiento del H. Senado crea una Comisión Asesora contra la **Desinformación**.



En la comprensión de la materia sobre que recae su labor conviene tener presente, en primer lugar, que no existe una definición única acerca del fenómeno de la “**desinformación**”, porque en su descripción convergen varios conceptos, los cuales dan cuenta de la complejidad que suscita comprenderlo. En efecto, algunos ponen énfasis en que dice relación con “información errónea”, mientras otros con la existencia de “información maliciosa”.

Ello lo constata el Informe “Contrarrestar la desinformación para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales” del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, de 12 de agosto de 2022, por cuanto afirma que: “3. No existe una definición clara del término “desinformación”, ni tampoco una postura o comprensión comunes respecto a su significado. Se ha utilizado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) para describir **contenidos falsos o engañosos que pueden provocar un daño específico, independientemente de las motivaciones, la conciencia o los comportamientos**. La Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión define igualmente la desinformación como **“información falsa que se difunde intencionalmente para causar un grave perjuicio social”**. Los estudios y aportaciones examinados para el presente informe señalan los siguientes elementos característicos de la desinformación: **“información inexacta, que tiene intención de engañar y que se comparte con el fin de causar un daño grave”**. Asimismo, el referido Informe señala que “la desinformación puede afectar a toda la gama de derechos humanos al perturbar la capacidad de las personas para tomar decisiones informadas sobre políticas relacionadas, por ejemplo, con el medio ambiente, la delincuencia, la migración y la educación, entre otras cuestiones de interés y preocupación públicos”(N° 6).

Por nuestra parte, el Consejo para la Transparencia define a la “desinformación” como: “*contenido falso difundido con el fin de engañar o manipular lo que pensamos o creemos, muchas veces apelando a las emociones. Aunque se parece a información errónea no es lo mismo, porque se usa con una intención determinada*”, <https://www.consejotransparencia.cl/informacion/campana-desinformacion/>

De lo anterior resulta que la desinformación se ha entendido principalmente como información falsa, inexacta o engañosa, creada, presentada y difundida deliberadamente para causar daño.

**TRIGÉSIMO:** De lo que no existen dudas es de que el fenómeno de la desinformación se vale principalmente de las redes sociales para su difusión por medio de las denominadas “*fake news*”. En efecto, como también señala el Consejo para la Transparencia, éstas se encuentran “*en noticias y mensajes de otras personas que leemos en redes sociales o que nos llegan por mensajería, en anuncios que son pagados y transmitidos por estos mismos canales. Estos pueden ser recortes de un medio de prensa o que se asemejan a uno, audios y enlaces que son enviados vía aplicaciones de mensajería,*



muchos vía grupos familiares o de amigos”  
(<https://www.consejotransparencia.cl/informacion/campana-desinformacion>)

Las *fake news* comprenden, sin embargo, tanto la información incorrecta o errónea (no necesariamente imbuida de mala intención) como la desinformación (deliberada creación y difusión de información falsa con el propósito de engañar o confundir al auditorio).

Los rumores y la falsedad se difunden de dos formas distintas: las cascadas sociales y la polarización de grupos. Las cascadas se generan porque todas las personas tienden a depender de los demás: si la mayoría de la gente que conocemos cree en un rumor, nosotros también nos inclinamos a creerlo. A falta de opinión propia, aceptamos las opiniones de los demás. Una cascada nace cuando un grupo de personas influyentes dicen o hacen algo y otros siguen sus pasos. La polarización de grupos, por su parte, acontece cuando se reúnen personas con afinidades intelectuales y así terminan defendiendo una versión más extremista de la que sostenían antes de empezar a conversar entre ellos.

La literatura señala que las *fake news* representan una amenaza a la integridad de la democracia, porque un gran número de personas confía en las redes sociales para informarse y dicha información puede ser engañosa, especialmente en épocas electorales.

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** De lo anterior resulta que nos encontramos en un momento de encrucijada, ya que una de las paradojas del ejercicio de la libertad de expresión e información es que, si bien se puede convenir en que en la historia de la humanidad nunca ha florecido de manera tan exuberante dicha libertad, como en la era actual de la comunicación digital, por otra parte, resulta disfuncional a las exigencias de un sistema democrático el problema de las noticias falsas, ya que éstas se han convertido en una amenaza para la libre formación de la opinión pública. Ello se agudiza por la pérdida de conexión de la libertad de información con una búsqueda de la verdad efectuada con responsabilidad. Es que, en la medida que todos pueden opinar e informar a través de las redes sociales, cuyos receptores, a su vez, muchas veces no conocen el origen de los hechos y de las opiniones divulgadas, resulta muy difícil determinar cuál es la verdad detrás de tales noticias y quien es el auténtico responsable de divulgarlas.

De este modo la desinformación contenida en los diversos medios electrónicos, e incluso en medios de comunicación tradicional que muchas veces se nutren de la difundida a través de éstos, resulta ser inhibitoria de la libertad de expresión, libertad que está en la base de todo sistema democrático.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las historias de *fake news* tendrían garantizada una protección mínima, análoga o quizás menor que la tutela que se le da a las publicaciones cuyo único propósito es satisfacer la curiosidad de los lectores. Sin embargo, cuando se trata de combatir el revisionismo negacionista,



valora, por una parte, la legitimidad de la interferencia en la libertad de expresión conforme el artículo 10 de la CEDH (Convención Europea de Derechos Humanos) - que reclama que la restricción esté prevista en la ley, que persiga una finalidad legítima y que sea necesaria en una sociedad democrática- y, por el otra parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la referida Convención –sobre prohibición de abuso del derecho– reserva la aplicación de este último precepto para los casos de negacionismo de hechos históricamente comprobados, como, por ejemplo, del Holocausto (“*Garaudi v. France*”, nro. 65831/01). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, si bien no admite la negación o minimización de hechos históricos indiscutidos tales como el Holocausto, cuando se trata de hechos históricos cuya calificación es controvertida, como el caso del genocidio armenio, ha privilegiado la libertad de expresión (Katsirea, Irini, 2018, citado en Melo, V., (2022) Fake News, Thomson Reuters, p. 108)

Por otra parte, la “Declaración Conjunta Sobre Libertad De Expresión y “Noticias Falsas” (“Fake News”), Desinformación y Propaganda”, adoptada en Viena el 3 de marzo de 2017 por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), indica que las prohibiciones generales de difusión de información basadas en conceptos imprecisos y ambiguos, incluidas las “noticias falsas” (“fake news”) o la “información no objetiva”, son incompatibles con los estándares internacionales sobre restricciones a la libertad de expresión y deberían ser derogadas (2.a). Asimismo, señala que los Estados tienen la obligación positiva de promover un entorno de comunicaciones libre, independiente y diverso, incluida la diversidad de medios, que es clave para abordar la desinformación y la propaganda (3.a). En cuanto a la desinformación indica que los Estados deberían considerar otras medidas para fomentar la igualdad, la no discriminación, la comprensión intercultural y otros valores democráticos, incluso con el objeto de abordar los efectos negativos de la desinformación y la propaganda (3.f).

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Como puede observarse, el fenómeno de la desinformación se encuentra íntimamente ligado al ejercicio de la libertad de expresión y a sus límites en una sociedad democrática. La necesidad de analizarlo y hacerle frente dice relación con el conocimiento y consecuente toma de decisiones de los ciudadanos en una serie de materias, pero, especialmente, en relación a la información que requieren para formarse un juicio fundado a efectos de participar adecuadamente en los procesos electorales democráticos, los cuales pueden verse seriamente amenazados por la referida desinformación.



#### IV. LOS CUESTIONAMIENTOS DEL REQUERIMIENTO EN CONTRA DEL DECRETO SUPREMO N° 12/2023

**TRIGÉSIMO TERCERO:** Los reproches que se formulan dicen relación con que el decreto supremo impugnado: a) es nulo porque, siendo su verdadera naturaleza un reglamento, debió haber sido firmado por el Presidente de la República y no por las ministras que lo suscribieron por delegación de su firma; b) adolece de un vicio de competencia por invadir el campo de la reserva legal a que se refieren los artículos 19 N° 12 y 63 N° 2; y, por último, c) es inconstitucional por vulnerar la libertad de expresión.

Las mencionadas impugnaciones se revisarán en el orden expuesto para ir desechando cada una de ellas.

**a) En cuanto a que el decreto supremo N° 12/2023 adolecería de un vicio formal**

**TRIGÉSIMO CUARTO:** Como ya dimos cuenta, en estrados se sostuvo que el decreto supremo que crea el Consejo Asesor contra la Desinformación sería nulo por cuanto, al ser propiamente un reglamento –ya que se dijo que el acto administrativo cuestionado no pone fin a sus mandatos sino que establece un estatuto permanente de funcionamiento– debió haber sido suscrito directamente por el Primer Mandatario y no por las ministras que lo firmaron bajo la fórmula “por orden del Presidente de la República”. Con ello se habría vulnerado lo dispuesto en el artículo 35 de la Constitución, según el cual:

*“Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito.*

*Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley”.*

**TRIGÉSIMO QUINTO:** Al revisar si la dictación de un decreto supremo autónomo, como el que se impugna, se ajustó a lo dispuesto en el ya mencionado artículo 35 de la Constitución, habrá que analizar cuáles son las características del acto respectivo.

**TRIGÉSIMO SEXTO:** Cabe anotar al efecto y, en primer lugar, que el decreto supremo que crea el Consejo Asesor contra la Desinformación no ejecuta una ley, sino que es emanación de la potestad de gobierno (como sinónimo este último vocablo de poder del Estado, en cuanto conducción del Estado hacia el bien común) que la Constitución confía al Presidente de la República en el artículo 24, y,



por lo tanto, es dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma que le reconoce el artículo 32 N° 6.

Recae entonces en una materia que no es propia de ley, ni tiene por objeto hacerla aplicable. Pero, como todo acto emanado de la potestad reglamentaria del Ejecutivo está subordinado a la ley, ya que tiene una jerarquía inferior a ella, por lo que no puede contradecirla e innovarla y una ley puede derogarlo.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO:** En segundo lugar, el Decreto Supremo impugnado constituye una Comisión Asesora Ministerial, es decir, una de aquellas a que aludimos en tercer lugar en el considerando 26° de esta sentencia.

Tal característica dice relación con la ejecución de una de las funciones que le reconoce a los ministros tanto la Constitución como la ley. En efecto, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 22 de la Ley N° 18.575, precepto que, a su vez, recoge lo consagrado en el artículo 33 de la Carta Fundamental<sup>†</sup>, los Ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, y, *“para tales efectos, deberán proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector”*. Es por ello que resulta lógico que, para la elaboración de tales propuestas, puedan consultar previamente a comisiones asesoras a objeto de que, sobre la base del análisis de determinadas materias, les propongan y recomienden medidas que contribuyan al desarrollo de políticas públicas vinculadas a ellas.

**TRIGÉSIMO OCTAVO:** Pues bien, la *“creación de las comisiones asesoras ministeriales”* –de acuerdo a lo que indica el numeral 21 del artículo 1° del Decreto Supremo N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia– así como su *“fijación y ampliación de los plazos para el cumplimiento de sus cometidos y nombramiento de representantes de los Ministerios en comisiones técnicas o asesoras”*, es materia de decreto supremo suscrito bajo la fórmula *“por orden del Presidente de la República”*.

Mientras tanto, las denominadas comisiones interministeriales, de coordinación entre ministerios, a las que también aludimos en el considerando 26° de este fallo, deben establecerse por decreto supremo suscrito por el Presidente de la República, como ha señalado la Contraloría en Dictamen N° 9887, de 1 de marzo de 2006, cuando advirtió que sólo las comisiones asesoras ministeriales pueden ser creadas por decreto firmado bajo la fórmula *“por Orden del Presidente de la República”*. Es por ello que un decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el cual se buscaba crear una comisión interinstitucional denominada “Comisión Coordinadora para dar Cumplimiento a las Obligaciones del Estado de Chile en

---

<sup>†</sup> Los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado.

Materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos", no se ajustaba a derecho, entre otros motivos, porque *"atendido que el decreto en estudio tiene como propósito la creación de una "comisión interinstitucional", por su naturaleza, su integración –al incluir un representante de un órgano autónomo, como es el Ministerio Público– y funciones, "excede el carácter de una comisión asesora puramente "ministerial", por lo que no ha correspondido que en la especie se haya utilizado la fórmula referida, debiendo el instrumento respectivo ser suscrito por el Presidente de la República". Asimismo, en otro Dictamen el órgano Contralor sostuvo que, "atendido que el decreto en estudio tiene por propósito la creación de un "Comité Nacional de Seguridad de la Aviación Civil" que, por su naturaleza, integración y funciones, excede el carácter de una comisión asesora puramente ministerial, no ha correspondido que en la especie se haya utilizado la fórmula referida, debiendo el instrumento respectivo ser suscrito por el Presidente de la República."* (Dictamen N° 34.392, de 31 de julio de 2007).

**TRIGÉSIMO NOVENO:** Ahora bien, si el Decreto Supremo N° 12/2023 del Ministerio de Ciencias, que crea la Comisión Asesora contra la Desinformación, no hay duda de que es expresión de la voluntad del Ejecutivo y mira al interés del gobierno, el acto administrativo que la constituye no es un reglamento, porque no reúne las características de éste, que ya fueron expuestas en el considerando 16° de esta sentencia, por los siguientes motivos:

a) **No es general:** sus efectos se radican en el propio órgano que se crea y, siendo un órgano asesor del Ejecutivo, sus efectos se proyectan sobre él. Por lo tanto, no tiene aplicación general, sus efectos no alcanzan a los particulares, quienes no se encuentran obligados a ceñirse a él, sino que sus reglas sólo se aplican a quienes integrarán el órgano en su calidad de asesores y a los ministros y demás funcionarios públicos a quienes van dirigidos sus preceptos.

b) **No es abstracto:** no se proyecta a un número indeterminado de situaciones, sino que sus normas son particulares, específicas, aplicables a una situación precisa y que tienen un sentido acotado.

c) **No es permanente:** el decreto no se proyecta en el tiempo, ya que la Comisión que crea es temporal, por cuanto desaparece al cumplir con su misión y en el plazo por el cual fue establecida. Ello se encuentra explícitamente consagrado en el Decreto Supremo por cuanto, por una parte, según lo que dispone la primera parte de su artículo 1°: "Créase una Comisión Asesora Ministerial denominada "Comisión Asesora contra la Desinformación", en adelante "la Comisión", **de carácter temporal**" y, por otra, de acuerdo a ese mismo artículo, su misión es "asesorar al Ministro o Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y al Ministro o Ministra Secretario(a) General de Gobierno, en adelante "Segegob", en los aspectos que permitan analizar el fenómeno global de la desinformación y su manifestación a nivel local en Chile". Para ello tiene un plazo cierto y determinado para evacuar informes de actividades sobre las temáticas a que alude el art. 2 y que se indican en el art. 12: el primer informe con fecha 28 de agosto de 2023 (ya despachado) y, el segundo, el 27 de noviembre de ese mismo año.



La temporalidad del funcionamiento de la Comisión no obsta a que los integrantes “durarán en sus cargos un año, pudiendo ser designados (as) por nuevos períodos de manera sucesiva” (artículo 3° inciso cuarto), debido a que, en la medida que cumpla con su cometido en relación a las temáticas que señala el artículo 2 del DS, por medio de las recomendaciones, asesoramiento y elaboración de los informes de actividades que contengan propuestas o conclusiones que señala el inciso segundo del referido artículo 2, dejará de funcionar.

Es que, el solo hecho de que nos encontremos frente a un ente asesor que, por su esencia, se constituye en forma previa a la adopción de una determinada política pública, cuyas conclusiones podrían eventualmente conducir a que los órganos con capacidad decisoria dicten órdenes de carácter administrativo o promuevan un determinado proyecto de ley, afirma su temporalidad, más aún cuando el propio decreto supremo que lo crea se expresamente le reconoce tal característica.

**CUADRAGÉSIMO:** De todo lo anterior resulta que **nos encontramos frente a un simple decreto supremo, porque consiste en un acto administrativo que rige una situación puntual, ya que sus reglas carecen de generalidad, abstracción y permanencia.**

En este punto, cabe tener presente lo que ha dicho la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional respecto a la diferencia que existe entre los decretos supremos de carácter particular y los decretos reglamentarios.

Así, en sentencia Rol N° 254, esta Magistratura, sostuvo: “5°. *Que, como puede apreciarse, la norma constitucional distingue entre los reglamentos, por una parte, y los decretos e instrucciones por la otra, disponiendo que sólo respecto de los primeros no es admisible que ellos se dicten “por orden del Presidente de la República”. No acontece así, por el contrario, en cuanto a los decretos supremos y a las instrucciones, porque como expresamente lo prescribe el inciso segundo de la norma constitucional en análisis, ellos pueden ser dictados por orden del Presidente en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley; 6°. Que, corresponde entonces determinar si el Decreto No 1.679 constituye un reglamento o un decreto supremo. Conforme a la doctrina universalmente aceptada y a lo resuelto por este mismo Tribunal en la causa Rol No 153, el decreto supremo se diferencia del reglamento en cuanto a que no es de general aplicación y a su temporalidad. El Decreto Supremo No 1.679 que regula la forma de aplicación de la Ley de Presupuestos no reviste, desde luego, el carácter de generalidad que tipifica al reglamento, tanto porque por su contenido como por sus destinatarios, contiene disposiciones particulares. Y, al propio tiempo, se distingue por su temporalidad, pues se agota con el ejercicio presupuestario para el cual está destinado a regir. En consecuencia, resulta evidente que se está en presencia de un decreto supremo y no de un reglamento y, por ende, es posible que él se dicte por el Ministro de Hacienda por orden del Presidente de la República. Cabe recordar que los propios requirentes califican el acto del Ministro como decreto”.*



Por otra parte, en sentencia Rol N° 591, esta Judicatura da a conocer las características fundamentales que presentan los decretos y las resoluciones, para lo cual cita diversa doctrina, entra la cual se halla la proveniente del profesor “Enrique Silva Cimma, quien, por su lado, explica que *“en términos generales, entendemos por decreto la resolución dictada por cualquier autoridad sobre los asuntos o negocios de su competencia. Cuando esta resolución es dictada por el Presidente de la República, toma el nombre de Decreto Supremo, que según sea mayor o menor generalidad se denomina Decreto Reglamentario o simple Decreto Supremo. Cuando lo dictan los jefes de servicios, en nuestro derecho se denomina habitualmente resolución (Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes, 1996, p. 176)”*, la de Emilio Pfeffer Urquiaga, “quien explica que *“se entiende por decreto todo mandato u orden dictado por cualquier autoridad sobre asuntos o negocios de su competencia. Cuando esa resolución es dictada por el Presidente de la República, toma el nombre de decreto supremo y según sea su mayor o menor generalidad, se llamará decreto reglamentario o simple decreto supremo. El carácter general o permanente cualifica el reglamento, mientras que la especialidad y particularidad es esencial del decreto”* (Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, 1990, p. 80)”; recuerda asimismo la del profesor Hugo Caldera Delgado, quien señala también que *“uno de los rasgos distintivos tanto de la ley como del reglamento consiste en que las disposiciones de estas normas no están referidas a personas o situaciones concretas o específicas sobre las que recaigan exclusiva y excluyentemente (...) Por el contrario, la generalidad como característica de la ley y del reglamento consiste en que estas categorías normativas son aplicables a un número indeterminado de personas y situaciones que queden comprendidas dentro de los requisitos y circunstancias previstos por aquéllas”* (Tratado de Derecho Administrativo, 2001, Tomo II, p. 199)” para finalmente citar al “profesor Germán Bolona Nelly precisa que los reglamentos *“son medidas de incidencia general e impersonal, obligatorias, permanentes y expedidas por órganos administrativos, de índole presidencial o ministerial”*. (El acto administrativo, 2005, p. 61)” (c. 21°).

Por último, en la sentencia Rol N° 1153, sostuvo que *“las características de aplicación general y de carácter permanente son ciertamente propias de los decretos supremos “reglamentarios”, pero no de otros decretos supremos que, por su propia naturaleza, no están llamados a regular situaciones de carácter general, sino que específicas o particulares”* (c. 15°).

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO:** En consecuencia, de acuerdo a lo expresado anteriormente, **no cabe más que rechazar los reproches de la parte requirente vinculados a la presunta infracción por el decreto supremo impugnado del ya mencionado artículo 35 de la Carta Fundamental, por cuanto, al encontrarnos frente a un simple decreto supremo y no a un reglamento, no se requería que éste fuera suscrito por el Presidente de la República, bastando para su formalización las firmas de las Ministras de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y de la Secretaría General de Gobierno, quienes actuaron por “orden del Presidente de la República”**. Ello condujo, por lo demás, a que la Contraloría tomara razón del Decreto Supremo N° 12/2023 por cumplir con los requisitos que tanto la



Constitución establece en su artículo 35, como con lo consagrado en el numeral 21 del artículo 1° del DS N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

**b) En cuanto a que el decreto supremo impugnado adolecería de un vicio de competencia**

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO:** Como ya sostuvimos al comienzo de esta sentencia, el principal reproche de inconstitucionalidad que formula el requerimiento del H. Senado al Decreto Supremo N° 12/2023, del Ministerio de Ciencias, que crea la Comisión Asesora contra la Desinformación, es que adolecería de un vicio de competencia, consistente en haber regulado una materia que está reservada a la ley conforme a lo que dispone el artículo 63 N° 2 en cuanto se relaciona con el artículo 19 N° 12, en virtud del cual la Constitución asegura a todas las personas la *“libertad de emitir opinión y la libertad de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”*.

Por lo tanto, según el libelo, nos encontraríamos frente a uno de aquellos casos en que la Constitución directamente atribuye al legislador la regulación de ciertas materias, como sucede con la de los delitos y abusos que se cometan en ejercicio de las libertades de opinión e información que asegura el numeral 12 del artículo 19 de la Carta –en este caso la desinformación–, siendo ello, específicamente, objeto de una ley de quórum calificado, sin que pueda, por lo tanto, un decreto supremo invadir tal esfera.

Conforme al N° 2 del artículo 63, sólo son materias de ley: *“2) Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”*, por lo tanto, es materia reservada al legislador democrático fijar normas sobre la libertad de opinión e información, las cuales deben ser generales, obligatorias y recaídas sobre materias básicas esenciales, sin que el Ejecutivo pueda regular tal materia a través de un decreto o reglamento.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir, en materia de libertad de expresión, que si bien el Constituyente exige que esta sea regulada por una ley con un quórum más alto de votación que el de una ley común, como es la de quórum calificado, esta última igualmente debe regular sus bases esenciales. Por lo tanto, nada obsta a que un reglamento pueda complementarla en aquellos aspectos que no sean esenciales. El profesor José Luis Cea señala al respecto que *“por intenso que sea el Principio de Reserva Legal, nunca excluirá del todo o por completo la intervención de los órganos administrativos. Imaginar lo contrario equivale a convertir la ley en reglamento y a concentrar en el órgano legislativo las dos potestades aludidas, quebrantando el Principio de Separación de Órganos y lesionando la eficiencia que se gana, con sujeción al mismo*



*Principio, en la división de las funciones estatales” (Cea Egaña, José Luis (1998). “Los Principios de Reserva Legal y Complementaria en la Constitución Chilena”. Revista de Derecho de la Universidad de Valdivia, Vol. 9, N°. 1). Es por ello, que, según jurisprudencia de esta Magistratura, “la colaboración reglamentaria, no se encuentra entonces excluida por el principio de reserva legal, salvo los casos en que la propia Constitución ha dispuesto que sólo la ley puede regular una cierta materia o disponer en ciertas cuestiones” (STC Rol N° 480, c. 15º, entre otras sentencias).*

**CUADRAGÉSIMO TERCERO:** En el examen del vicio constitucional esgrimido, resulta indispensable analizar el contenido del decreto supremo impugnado, a fin de determinar si las características que atribuye a la comisión asesora que crea la conducen a regular materias que afecten la reserva de ley establecida en el art. 19 N° 12 de la Carta Fundamental.

Al revisar el texto decreto supremo N° 12/2023, se puede apreciar, en primer lugar, que expresamente su artículo 2 dispone que **“sus funciones son de naturaleza consultiva”**, lo que se refuerza al disponer luego que **“en ningún caso (tales funciones) pueden importar el desarrollo de acciones de carácter ejecutivo por parte de la Comisión Asesora”**.

El vocablo “consultivo” empleado en tal disposición es definido por el Diccionario de la Lengua Española, en la acepción pertinente, como “dicho de una junta o de una corporación: establecida para ser oída y consultada por quienes gobiernan”. Por su parte, “consulta” es “parecer o dictamen que por escrito o de palabra se pide o se da acerca de algo”, siendo tal “dictamen”, como señala asimismo dicho Diccionario, “opinión o juicio que se forma o emite sobre algo”, en este caso sobre la materia a que se aboca la Comisión, cual es la desinformación.

Por lo anterior, mediante una opinión o juicio la Comisión “asesora”, en este caso, a las Ministras de Ciencia y de Secretaría General de Gobierno. En efecto, sus formas de actuación -señaladas en el inciso segundo del art. 2 del DS- se efectúan mediante los verbos “asesorar”, que significa “dar consejo o tomar consejo del letrado asesor, o consultar su dictamen” o dicho de una persona, “tomar consejo de otra, o ilustrarse con su parecer”; pero también a través de “recomendar”, que es “aconsejar algo a alguien para bien suyo”; de “proponer” (recomendaciones), es decir, “manifestar con razones algo para conocimiento de alguien, o para inducirle a adoptarlo”; y de “elaborar” (informes): “transformar una cosa u obtener un producto por medio de un trabajo adecuado”. El “informe” que contiene sus opiniones, recomendaciones y proposiciones significa, por su parte, la “descripción, oral o escrita, de las características y circunstancias de un suceso o asunto”.

**CUADRAGÉSIMO CUARTO:** Consecuentemente, y en primer lugar, la Comisión Asesora, al constituirse como un órgano asesor, sólo busca entregar insumos a los ministros que sirve a través de la recomendación de medidas que contribuyan al desarrollo de políticas públicas vinculadas a la desinformación, del



asesoramiento para la participación de la Segegob en instancias internacionales en que se aborde tal temática y de la elaboración de informes de actividades que contengan propuestas o conclusiones (artículo 2 inciso segundo), no es propiamente un órgano público, por cuanto éste -como dice don Alejandro Silva Bascuñán- *“es un cuerpo, integrado por una o más personas, cuya voluntad o voluntades, debidamente expresadas, valen como si fueran manifestación directa y propia del querer del Estado, o sea, se imputan a éste, de modo que sus consecuencias, favorables o adversas, son experimentadas por la colectividad organizada, en cuyo nombre actúan”* (Silva Bascuñán, Alejandro (1980). *Derecho Político, ensayo de una síntesis*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, pp. 57-58).

Es que, como recuerda Eduardo Cordero, estas comisiones asesoras *“son entidades que carecen de existencia jurídica formal (no son órganos ni personas jurídico-públicas); carecen de potestades públicas y de presupuesto, pues todas estas materias son de reserva legal”* (Cordero (2009), *ob. cit.*, p. 435).

En efecto, la Comisión Asesora de que se trata no es un órgano del Estado, por cuanto no adopta decisiones vinculantes y por ello no expresa una voluntad estatal, sino que sólo expresa el parecer de quienes la integran.

Conforme a lo que ya hemos dado cuenta en el considerando 27° de esta sentencia, para ajustarse a su naturaleza propia, como explica Jaime Arancibia, *“la Contraloría General de la República ha sido estricta en preservar la naturaleza puramente asesora y consultiva de las comisiones frente a intentos de la autoridad administrativa de conferirle poderes o funciones de contenido ejecutivo o potestativo. De esta forma, ha evitado la expansión del poder del Estado mediante formas no autorizadas por la Constitución y la ley”* (Arancibia Mattar, Jaime (2014). *“Las comisiones asesoras administrativas”*. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 19, p. 13).

**CUADRAGÉSIMO QUINTO:** La mera asesoría que se expresa a través de las opiniones y juicios que se formulen sobre una materia no reúne los caracteres de obligatoriedad y coercitividad que necesariamente debe tener toda norma. Sus opiniones no son vinculantes para el Gobierno, sino que el resultado de su actividad es un insumo, una herramienta que el Gobierno, a través de los ministros que la solicitan, puede o no tomar en cuenta para elaborar una determinada política pública, sin que se encuentre obligado a ceñirse a él en la toma de decisión.

No expresa, por lo tanto, como ya dijimos, una voluntad estatal, sino sólo la de las personas expertas que componen a la Comisión, quienes, a su vez, no integran un órgano público ni lo forman.

Como señala Carlos Carmona, en general el problema que a veces plantean estas comisiones está en determinar *“cuándo hay de ejecución y cuándo existe una subordinada norma administrativa a medias; con toques de creacionismo de derecho”* (Carmona, Carlos (2016). *“Un nuevo estadio en la relación ley-reglamento: el ámbito del reglamento”*. *Revista de Estudios Públicos*, Vol. 63, p. 181).



**CUADRAGÉSIMO SEXTO:** En definitiva, la voluntad estatal sólo puede manifestarse por un órgano del Estado, en este caso por el Ejecutivo a través de la elaboración y puesta en marcha de una determinada política pública sobre la materia, como podría ser a través de una iniciativa de ley que recaiga, en este caso, sobre la desinformación. La Comisión realizaría en tal caso un trabajo pre-legislativo dirigido a uno de los poderes colegisladores, cuyas conclusiones y recomendaciones, como hemos reiterado, no obliga ni siquiera para quien la ha consultado.

Al efecto, como señala la Contraloría General de la República en su escrito en estos autos, *“dado que conforme lo dispuesto en el artículo 65 de la Carta Fundamental las leyes pueden tener origen en el Presidente de la República, nada obsta a que este constituya una comisión asesora con el objeto de obtener propuestas sobre un determinado asunto que le proporcione insumos necesarios para dirigir un mensaje al Congreso Nacional, en su carácter de colegislador”* (fs. 168).

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO:** Ahora bien, el requerimiento entrega una serie de argumentos para desvirtuar de que nos encontremos ante una auténtica comisión asesora.

Así, al insistir en que se trata de una Comisión ejecutiva aunque parezca asesora, en primer lugar, se apoya en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría para sostener lo evidente: *“que las comisiones asesoras no pueden ejercer potestades públicas, pues ello corresponde exclusivamente a los órganos administrativos creados por la ley, conforme a lo dispuesto por los artículos 7° y 65, inciso 4°, numeral 2° de la Constitución”*.

Apunta además a que la Comisión está presidida por un Ministro de Estado, que éste tiene voto dirimente, que su Secretaría Ejecutiva se ubica en la Segegob y que su integración ha sido decidida por el Gobierno, lo cual en nada cambia su naturaleza asesora y no decisoria.

Su convicción de que esta Comisión no ejerce funciones ejecutivas la transforma en una medición de efectos o consecuencias. Para ello plantea *“¿producirán efecto esas “conclusiones” que serían solo recomendaciones? ¿Afectarán el ejercicio de las libertades de opinión e información o son inocuas, intrascendentes, irrelevantes?”* (fs. 30).

Como señala el requerimiento, este *“es un juicio constitucional que no admite dudas: esas “conclusiones” oficiales impactan en el ejercicio de la libertad de opinión e información y la amenazan, pues pueden entorpecer, tanto dentro como fuera de la Administración del Estado, su libre despliegue”* (fs. 30). Entonces, aunque se afirma que la Comisión no tiene funciones ejecutivas -lo cual se dice en varias ocasiones a lo largo del requerimiento- ese carácter lo reformula mediante la lógica de los **efectos y consecuencias**.



**CUADRAGÉSIMO OCTAVO:** Pero, ¿cuál es el efecto de una recomendación? Partiendo por lo que significa recomendar, no se ve cómo ella pueda alterar, imponer, subordinar, impactar, inhibir o provocar actos de quién solicitó esa recomendación.

Este puede, en primer lugar, tomar o no esa opinión, porque su libertad permanece incólume. Y, en segundo lugar, lo único que importa es si normativamente la Comisión contiene dentro de sus atribuciones una innovación que altera el ordenamiento jurídico. Innovar, cambiar una realidad es lo propio de una norma jurídica o una ley y, como ya hemos sostenido, el trabajo de esta Comisión no tiene efecto ninguno en ese plano.

Basta simplemente recordar cuáles son sus tareas: la elaboración de dos informes:

- a) Informe I. 28 de agosto de 2023. **Sobre el estado del arte a nivel local y/o global sobre el fenómeno de la desinformación, experiencia local (cómo funciona en Chile) y comparada.**
- b) Informe II. 27 de noviembre de 2023. **Entrega de lineamientos y/o recomendaciones para la alfabetización digital y regulación de plataformas digitales.**

**CUADRAGÉSIMO NOVENO:** El requerimiento argumenta, además, que el DS N° 12/2023 del Ministerio de Ciencias no es parte del desarrollo de las competencias de esa Cartera ni del Ministerio Secretaría General de Gobierno. Y por lo mismo sostiene que no podría crearse en ninguno de ellos una Comisión que tenga por objeto un estudio de *“la desinformación”, para luego expresar que en “las comisiones asesoras del Poder Ejecutivo, la función asesora del consejo consultivo se ordena a las potestades del órgano que asesora, de modo tal que no podría pronunciarse sobre aspectos ajenos a su competencia.”* (fs. 26).

El DS, sin embargo, menciona dos argumentos legales de las competencias de los Ministerios respectivos, a partir de los cuales, como faculta la Constitución, se puede *“ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”* (artículo 32 N° 6):

- a) Una de las funciones del Ministerio Secretaría General de Gobierno es *“identificar las **necesidades globales y específicas de comunicación** de las diferentes instancias gubernamentales y proponer a éstas las estrategias adecuadas para satisfacerlas;”* (art. 2 literal f) de la Ley N° 19.032).
- b) Y dentro de las atribuciones del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación se establece que dicha Secretaría de Estado es la encargada de asesorar y colaborar con el Presidente o Presidenta de la República en el **diseño, formulación, coordinación, implementación y evaluación de las políticas, planes y programas destinados a fomentar y**



**fortalecer la ciencia**, la tecnología y la innovación derivada de la investigación científico-tecnológica con el **propósito de contribuir al desarrollo, incrementando el patrimonio cultural, educativo, social y económico del país y sus regiones**, y propendiendo al bien común, al fortalecimiento de la identidad nacional y regional y a la sustentabilidad del medio ambiente (artículo 3° de la Ley N° 21.105).

Cuestionar la naturaleza del alcance de la ejecución de estas normas respecto de la Comisión Asesora, es introducirnos directamente en un **conflicto de legalidad o en cuestiones de mérito** respecto de la decisión misma, pero no en un reproche constitucional, por lo que no cabe a esta Magistratura pronunciarse al respecto.

**QUINCUAGÉSIMO:** De todo lo que hemos afirmado precedentemente, en cuanto al presunto vicio de competencia por invadir la reserva legal, no cabe más que concluir que el requerimiento intenta responder **por qué es materia de ley la que aborda la Comisión** en forma confusa, sin tener presente lo que dispone expresamente el decreto supremo cuestionado en cuanto a la naturaleza consultiva del órgano que crea y a la falta de efecto vinculante y decisorio de un ente que no es público.

Pareciera, por lo tanto, que el motivo del requerimiento es plantear que **no se puede crear una Comisión asesora mediante un decreto supremo**, lo que resulta no sólo contrario a la evidencia de haberse constituido múltiples comisiones asesoras mediante la misma vía, sino por la forma en que se hace referencia al artículo 32 N° 6 de la Constitución.

Por otra parte, el requerimiento no puede sostener la evidencia de la existencia de un vicio formal de incompetencia porque **la única forma de consolidar ese supuesto vicio es recurriendo a una interpretación sobre los efectos y consecuencias que produciría el trabajo de asesoramiento de la Comisión al ejercicio de la propia libertad de información y no sobre el contenido del decreto**, que es lo que esta Magistratura debe revisar

Todo lo anterior, por lo tanto, nos lleva a rechazar asimismo este reproche del requerimiento.

**c) En cuanto a la presunta vulneración del derecho a la libertad de expresión**

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERO:** Al hacernos cargo de este reproche, íntimamente vinculado al que acabamos de desechar, digamos, en primer lugar, que bajo la tesis dominante de este requerimiento variados decretos supremos no podrían haber nacido a la vida del derecho porque también su objetivo recaía en la creación de comisiones asesoras cuya labor consistía en elaborar informes que recogieran propuestas y recomendaciones vinculadas a derechos que -como el de la



libertad de expresión e información reconocidos en el artículo 19 N° 12 de la Constitución- deben ser regulados por ley de quórum calificado. Así sucedió, por ejemplo, con la Comisión creada durante el primer Gobierno de Michelle Bachelet, para pronunciarse sobre un Sistema de Seguridad Social, derecho cuya regulación, asimismo, es materia ley de quórum calificado (artículo 19 N° 18).

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO:** Pues bien, entrar al fondo de lo planteado por el requerimiento supone definir cuál es el vicio que le imputa al decreto supremo que crea la Comisión contra la Desinformación y para ello existen variadas estrategias confundidas todas en el texto del requerimiento.

Para ello se pueden formular las siguientes hipótesis con relación al tema sobre el cual gira la labor de la Comisión, cual es la desinformación: primera hipótesis, la desinformación interviene en la calificación de las opiniones como verdaderas o falsas; segunda hipótesis, la desinformación es un medio indirecto de violación de la libertad de expresión como un régimen de censura previa; tercera hipótesis, la desinformación está en la base de la configuración de un delito; y, en fin, cuarta hipótesis, la desinformación es un abuso de la libertad de expresión y hay que sancionarla como tal.

Todas estas hipótesis están presentes a la vez en el requerimiento, sin advertir que la desinformación en **las dos primeras operarían ex ante o durante la opinión o información** afectando su esencia, como dice el requerimiento: *“La infracción al contenido esencial del derecho a la libertad de expresión al convocar a una Comisión, al amparo del poder político, cuyas funciones suponen calificar la veracidad o falsedad de ciertas opiniones o ideas, determinado el ejercicio abusivo de la libertad de expresión. Lo anterior produce razonablemente un potencial efecto inhibitor en la libre circulación de ideas, infringiendo la prohibición de censura previa que prescribe el artículo 19 N°12 de la CPR, y menoscabando el derecho a recibir información garantizado en dicha norma.”* (fs. 59 del requerimiento).

Y **las otras dos hipótesis (delito o abuso)**, son una consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión y operan *ex post*, bajo el régimen de hacerse responsables de las opiniones una vez emitidas.

La regulación de la desinformación por la Comisión tendría, entonces, el don de la ubicuidad, obra *ex ante* y *ex post* a la vez, sería censura, baremo de la verdad, abuso y delito, todo al mismo tiempo, lo cual da cuenta de la falta de rigor del requerimiento. Todo ello, por lo demás, termina por volver al reproche central del requerimiento (y que ya hemos rechazado) y que dice relación con que, sin perjuicio de su aparente calidad consultiva, la Comisión encargada de analizar la desinformación, en verdad ejerce facultades ejecutivas.

**QUINCUAGÉSIMO TERCERO:** Así, siguiendo entonces las hipótesis del requirente, partamos por preguntarnos: ¿la Comisión, al abordar la desinformación, es una modalidad de censura previa?



Basta relacionarlo con las atribuciones que le confía el decreto supremo para indicar que ello no es posible. Cualquier motivo que no se funde en la regla carece de sentido, por lo que no cabe sobre abundar en explicaciones que no se corresponden con un control normativo.

**QUINCUAGÉSIMO CUARTO:** La otra hipótesis que se da, en forma previa a ejercer la libertad, es que la sola definición de la desinformación implicaría su afectación, primero respecto a los funcionarios públicos bajo dependencia jerárquica y después extensiva a la sociedad. Es decir, la desinformación sería un medio indirecto de vulneración de la libertad de expresión.

Sin embargo, si tomamos en cuenta que los informes que ha de elaborar la Comisión dicen relación con: 1) el estado de la cuestión de la desinformación en Chile y en derecho comparado, y 2) entregar lineamientos y/o recomendaciones para la alfabetización digital y regulación de plataformas digitales (art. 12), podemos concluir que el primer texto recae sobre el estado del fenómeno. No se ve en principio que, en nombre de la libertad de expresión, el Estado directamente no pueda, por ejemplo, publicar ese texto. Si no fuese así, sería un caso curioso donde el requerimiento de los senadores impondría una verdadera censura previa de un documento (informe, libro, etc.), que contiene un estudio y una opinión sobre la materia.

El segundo informe no tiene por destinatarios a los medios de comunicaciones ni a la industria de la información en forma directa o indirecta. Su enfoque es ciudadano y está centrado en la alfabetización digital y en la recomendación sobre la regulación de las plataformas digitales, lo que se orienta a un ámbito más cercano a las redes sociales y a los mecanismos naturales de desarrollo de la desinformación. Es que ese es el problema que ha conducido a muchos a tener una preocupación pública sobre la desinformación y dice relación con los efectos de las redes sociales, su manipulación, la forma en que operan las plataformas tecnológicas y los mecanismos que permiten estrechar el pluralismo y radicalizar las democracias, como ya dijimos en otra parte de esta sentencia. Aquí es donde el avance tecnológico importa por la masificación de su uso. Esto es un fenómeno real, para lo que, antes de revisar siquiera sus consecuencias, hay que identificar cuál es el alcance del fenómeno por el bien de la propia democracia. (Hernando Masdeu, Javier (2022). "Partidos políticos y desinformación. ¿Pueden los gobiernos defender la verdad?", *Visual Review*) y donde sigue resonando la pregunta de algunos articulistas (BORN, Kelly (2021), "Can Digital Disinformation Be Disarmed?", *Project-Syndicate*).

La verdad es que la sola circunstancia de que el requerimiento busque impedir que se emitan informes dando a conocer una opinión sobre un tema debatible, sobre la base de entender que los efectos que ellos produzcan vulnerarían la libertad de expresión, como ya expresamos, constituiría también una especie de censura previa, lo cual es un contrasentido. Recordemos que opinión es "*un parecer*



*inseguro sobre un aspecto cuestionable”* (Silva Bascañán, Alejandro (1997). *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, p. 11-12) En este caso, nos encontramos ante un juicio especulativo y abstracto que dice relación con un tema vinculado al interés social.

El requerimiento no demuestra que sea inútil constituir una Comisión sin potestad ejecutiva alguna pero que le otorgue herramientas a los Ministerios con competencias en la materia. Es que, ¿puede el Estado permanecer inerte frente a los riesgos que se le planteen desde las plataformas digitales sin que ni siquiera pueda estudiar el fenómeno?

**QUINCUGÉSIMO QUINTO:** En cuanto a la **desinformación como delito**, resulta imposible de sostener ese vicio porque estudiar la desinformación no es “regular la libertad de información”, ni ello establece un límite a tal libertad al considerarse la desinformación como “delito”. Por ello, toda la referencia hecha por el requerimiento al caso del “*delito de negacionismo*” (STC Rol N° 9529), olvida la doble tipicidad legal: la propia del delito (artículo 19 N° 3 incisos octavo y noveno) y aquella que es cualificada por la misma Constitución en los delitos por los cuales se debe responder en el ejercicio de la libertad de información, la que exige que su establecimiento sea mediante una ley de quórum calificado (artículo 19 N° 12 inciso primero).

Eso es un tema de legalidad y no existe nada en el DS impugnado que conduzca a la imposición de una sanción penal. El establecimiento de delitos configura una disciplina propia sometida a una fuerte relación con el principio de legalidad que parece difícil sortear. No hay vulneración posible entonces en el caso de la desinformación entendida como “delito”. Cuestión distinta es el examen del “abuso”.

**QUINCUGÉSIMO SEXTO:** En cuanto a la **desinformación como abuso**, si tomamos la definición de la Unión Europea sobre tal fenómeno, que lo caracteriza como “*información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para inducir a error deliberadamente a la población y que puede causar un perjuicio público*” (Hernando, (2022), *ob. cit.*), parece claro que el fenómeno colinda con los riesgos a que está sujeta la libertad y, por ende, al establecimiento de límites normativos.

El “abuso” es aquel ámbito no penal que impone limitaciones a las libertades de opinión e información. El requerimiento sostiene que el DS sería inconstitucional porque permitiría “*juzgar el medio por el cual el Presidente creó una comisión y un procedimiento destinado a crear estándares o parámetros de abusos de este derecho*”.

Lo anterior, si bien nos envía nuevamente a las competencias de la Comisión, permite transformarse en una pregunta: el documento de recomendaciones de la Comisión ¿puede crear estándares o parámetros de abuso de estas libertades?

La respuesta no tiene una certeza total. En efecto, podemos responder que **no** y el alcance del documento estaría referido a su ámbito específico: el de las redes



sociales y las plataformas digitales, lo que obligaría a realizar un examen de variados derechos, ya no de información sino que de derechos digitales, pudiendo remitirnos al artículo 19 N° 4 de la Constitución. Pero también se puede responder que **sí**, en la medida que el texto de la Comisión podría desarrollar estándares o criterios normativos que tienen un potencial efecto sobre derechos. Pero, aún así no sería inconstitucional, por las siguientes razones:

- a) No cualquier regulación es abuso, sino que es aquella conducente a un régimen no penal de responsabilidad (civil, pecuniario, administrativo, etc.) y ninguna de estas cuestiones las puede normar la Comisión asesora.
- b) Si se estableciera ese listado, es indudable que el ámbito normativo de las mismas exigiría reserva de ley.
- d) Por último, como el informe de la Comisión no es vinculante, no puede entrar a la dimensión sustantiva para señalar qué es verdad y qué no lo es.

## V. CONCLUSIONES

**QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO:** En definitiva, según todo lo ya explicado, el Decreto Supremo N° 12/2023 del Ministerio de Ciencias no adolece de un vicio formal que conduzca a la vulneración del artículo 35 de la Constitución; tampoco infringe la reserva legal contemplada en el artículo 19 N° 12 con relación al artículo 63 N° 2; no atropella las libertades de opinión e información garantizadas en el mismo artículo 19 N° 12, desde que las funciones de la Comisión que crea no son resolutorias, sino simplemente consultivas; por lo mismo, tampoco vulnera el artículo 19 N° 26, por cuanto, si bien la ley es la que puede establecer limitaciones que no afecten la esencia de libertad de expresión e información, el D.S. no entrega facultades decisorias a los integrantes de la Comisión.

La tarea consiste en dar opiniones, por lo que las normas del Decreto Supremo impugnado no crean un efecto inhibitorio, limitante o disuasivo para las libertades que reconoce el artículo 19 numeral 12 de la Constitución cuando la Comisión que establece ejecuta su tarea de analizar y recomendar medidas que puedan servir para impulsar políticas públicas en contra de la Desinformación.

**QUINCUAGÉSIMO OCTAVO:** Sirvan, por lo tanto, todos los argumentos que se han desarrollado en esta sentencia para rechazar el requerimiento de autos.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93 inciso primero, N° 16°, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,



**SE RESUELVE:**

QUE SE **RECHAZA** EL REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1 RESPECTO DEL DECRETO SUPREMO N° 12 DEL MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN, QUE CREA COMISIÓN ASESORA MINISTERIAL DEL MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN, DENOMINADA “COMISIÓN ASESORA CONTRA LA DESINFORMACIÓN”, DE 12 DE MAYO DE 2023, Y PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE 20 DE JUNIO DE 2023.

**DISIDENCIA**

Los Ministros señores **CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ** estuvieron por **acoger** el requerimiento, atendiendo a las siguientes razones:

**I. ANTECEDENTES GENERALES**

1°. Que el presente requerimiento de inconstitucionalidad ha sido interpuesto por el Honorable Senado de la República respecto del Decreto Supremo N°12 del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, publicado en el Diario Oficial el día 20 de junio de 2023, el que fue otorgado bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”, siendo suscrito por las titulares de los Ministerios Secretaría General de Gobierno y de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y por cuyo medio se crea Comisión asesora Ministerial del Ministerio de Ciencias, Tecnología e Innovación, denominada “Comisión Asesora contra la Desinformación”.

2°. Que, en relación al requerimiento presentado por el Senado de la República, cabe indicar que el elemento central de su argumentación se funda en plantear que por medio del indicado Decreto Supremo se ha transgredido el mandato contemplado en el artículo 19 N° 12 de nuestra Constitución en orden a encargar a la ley -una de quórum calificado- la regulación de los abusos que pudieran producirse en el ejercicio de la libertad de emitir opinión e informar. En tal sentido, los requirentes exponen que la creación de esta “Comisión Asesora contra la Desinformación” tiene como fundamento de su existencia precisamente abocarse a un aspecto que constituiría expresión de una práctica abusiva como es el fenómeno de la desinformación. A partir de ello se estima que correspondía a la ley en los términos que consigna la disposición constitucional, asumir la regulación de esta



problemática, sin que resulte conforme al orden constitucional que ello se haya llevado a cabo por medio de un decreto como el dictado en la especie.

3°. Que, en directa relación con la infracción reseñada, los requirentes indican que también se produce una afectación a la garantía del artículo 19 N° 26 constitucional, haciendo presente que toda iniciativa que pueda implicar una limitación al ejercicio de los derechos garantizados constitucionalmente está sujeta a que sea la ley y no la potestad reglamentaria su vehículo de expresión normativa y, en tal sentido, exponen que en caso alguno puede un Decreto Supremo contemplar una regulación que establece “parámetros o condicionamientos” para el ejercicio de la libertad de opinión e información, más aún cuando el concepto mismo de desinformación carece de una definición legal que permita siquiera concebir el alcance del mismo.

4°. Que es a partir de lo descrito que el Senado requirente cuestiona el eventual carácter de órgano meramente asesor con que se describe a la indicada Comisión, expresando que de una revisión del Decreto Supremo objetado es posible advertir que las labores “consultivas” no son tales y presenta elementos con incidencia decisoria que impactan directamente en el ejercicio de la garantía del artículo 19 N° 12 de la Constitución, todo lo cual evidencia que el contenido del acto administrativo no resulta compatible con el texto constitucional, cuestión que en definitiva es sometida a conocimiento de esta Magistratura.

## II. SOBRE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 19 N° 12

5°. Que tal como se desprende de los planteamientos del Senado requirente, el núcleo de la cuestión de constitucionalidad se vincula con el reconocimiento y protección que el texto fundamental entrega al ejercicio de la libertad de expresión. En relación a esta garantía se ha entendido que esta abarca tanto la libertad de opinión como la de información. Al respecto y citando a Jaime Guzmán en la Comisión Constituyente *“La libertad de expresión es el género y las especies son la libertad de información, que es aquella forma de libertad de expresión que tiende a dar una noticia, a dar cuenta de un hecho, y la libertad de opinión, que es aquella forma o manifestación de libertad que tiende a emitir un juicio respecto a la realidad o de cualquier materia conexas con ella”*.

6°. Que en relación al valor de asegurar constitucionalmente esta libertad se ha indicado que *“asegurar constitucionalmente la libertad de opinión se identifica con la participación ciudadana en las sociedades democráticas y, por tanto, cobra gran relevancia, porque son una cualidad de la democracia el pluralismo y la tolerancia. La opinión del público en la democracia supone, junto con una forma libre de expresarse, tanto la comprensión del fin inherente a esa opinión como la ética que debe regir los medios empleados para difundirla y el uso que se haga de ellos”* (citas contenidas en Vivanco Martínez, Ángela. “Curso de Derecho Constitucional”. Tomo II. Ediciones Universidad Católica, p. 403)



7°. Que por su parte y en el mismo sentido, esta Magistratura ha expresado que *“La libertad de expresión tiene dos dimensiones: la individual, que se identifica con el derecho a hablar o escribir, así como con el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios; y la social, que se refiere al derecho a tratar de comunicar a otras personas los puntos de vista personales, implicando también el derecho de todos de conocer opiniones, relatos y noticias”*. (STC 1849 c. 22)

8°. Que a su vez, en referencia con el reconocimiento amplio que se ha entregado a esta garantía, se ha manifestado que *“Su contenido comprende las declaraciones sobre hechos y las meras opiniones independiente de su fundamentación, alcanzando su protección tanto a las ideas como a la forma de expresarlas, pudiendo incluso ser causal de justificación de imputaciones por afectación a la honra o el honor”*. (STC 1463 cc. 16 y 17). El reconocimiento de esta amplia libertad en caso alguno supone desconocer las consecuencias que de su ejercicio pudieran derivar. En tal sentido se ha reconocido que la contrapartida a esta garantía se encuentra en la responsabilidad por los delitos y abusos que de su ejercicio pueda surgir, los que deben estar contemplados en una ley de quórum calificado, entendiendo que tales abusos que pudieran generarse no constituyen fundamento para establecer una restricción de entrada, pues ello equivaldría a aplicar censura previa.

9°. Que del mismo modo, se ha reconocido a nivel de nuestra jurisprudencia la trascendencia de esta libertad para el orden democrático al indicar que *“la libertad de expresión desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica y el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor y la existencia de una opinión pública informada”*. (STC 567 c. 32) (En el mismo sentido, STC 2541 c. 16). En línea con lo anterior se ha concordado - a propósito de los estándares constitucionales y de derecho internacional para la restricción de la libertad de expresión- que *“Estos estándares son susceptibles de sistematizarse en tres elementos: a) la restricción debe estar en la ley; b) su objetivo debe ser legítimo, vale decir, tendiente a garantizar otro derecho en contradicción con la libertad de expresión, y c) las limitaciones deben ser solo las que sean necesarias en una sociedad democrática.”* (STC 3329 c. 55)

10°. Que la vinculación de la garantía de la libertad de expresión con nuestra democracia llevó a esta misma Magistratura a reconocer el papel determinante que juega en el respeto del pluralismo como elemento integrador de nuestra sociedad, trascendiendo a la sola idea de pluralismo político del artículo 19 N° 15 de la Constitución. En efecto, en STC Rol 567 se planteó que *“Que la democracia únicamente puede existir de la mano del pluralismo, cuyo antecedente histórico es la tolerancia. El pluralismo se enmarca dentro de la libertad, tanto en el campo de las creencias e ideas como en el de las organizaciones voluntarias, entre las que cabe señalar a los partidos o movimientos políticos. Se define por el reconocimiento de la diversidad. Su nombre deriva de*



la pluralidad de los ciudadanos y sus derechos. Es la antítesis de la uniformidad. El pluralismo comprende la libertad para elaborar ideas, el derecho a difundirlas y a organizarse para llevarlas a la práctica. En este sentido, es posible afirmar que “la democracia es tanto más real cuanto mayor libertad existe para que las corrientes de opinión y de voluntad de los individuos desemboquen, por medio de pequeñas y grandes asociaciones, en la formación de la voluntad estatal a través del parlamento” (c. 22)

11°. Que la trascendencia de esta libertad ha justificado, como ha indicado la doctrina, que se haya optado “por un sistema represivo de penalidad, diferente de uno preventivo, denominado según la doctrina y jurisprudencia emanada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de “responsabilidades ulteriores”. Significa en otras palabras que la responsabilidad en el ejercicio de las libertades de expresión, opinión e información sólo puede nacer a partir del momento en que son publicadas o difundidas, no antes, lo cual se armoniza con la prohibición de censura previa”. (Anguita Ramírez. Pedro. “El derecho a la información en Chile”. Lexis Nexis, 2005, p. 60). Este sistema es al que el profesor José Luis Cea Egaña prefería denominar “de responsabilidad ex post, o que se ejerce la responsabilidad después de haber disfrutado del derecho” (“Estatuto Constitucional de la Libertad de Información. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo, 1998 p.26).

12°. Que por lo demás, el legislador se ha preocupado de regular el derecho a la libertad de opinión y de informar, tal como lo establece la garantía constitucional, a través de la Ley N° 19.733, reiterando expresamente que aquellos: “constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio” y, asimismo, que de los abusos y delitos que se cometa contra aquella libertad, se responderá de conformidad a la ley, de modo que la tipificación y sanción de tales abusos corresponde al legislador y no a la autoridad administrativa. Precisa la misma disposición legal que tal libertad “comprende el derecho de toda persona natural o jurídica de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social, sin otras condiciones que las señaladas por la ley”.

13°. Que, en consecuencia, sólo el legislador puede establecer medidas destinadas al desarrollo de una política pública contra la desinformación y el debilitamiento de la democracia, precisamente por tratarse de un tema controvertible que requiere discusión pública democrática, lo que corresponde en un Estado constitucional de derecho al ámbito parlamentario. Y es, precisamente, en consideración a esta misma relación entre información y democracia, que debe evitarse que un poder del Estado como el Ejecutivo, que actúa a través de actos administrativos unilaterales y obedece a una visión programática partidista, que debe abstenerse de intervenir en la determinación de una política pública altamente sensible al libre juego democrático y el pluralismo político. En similar sentido lo ha afirmado recientemente el destacado académico de la Universidad de California, experto en información y comunicación y Coordinador del Programa Sociedad de la



Información de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) Martin Hilbert, al constatar que *“...en ningún país son buenas las regulaciones contra la desinformación. Eso nunca ha sido muy eficiente, y también es muy difícil por la libertad de expresión. No saben cómo hacerlo y todavía no se resuelve. Además los países tienen leyes que podrían aplicar hoy en día, pero no lo hacen”*. Agrega que *“El gobierno se llama “Ejecutivo”, porque su tarea es ejecutar las leyes que existen. Y si no hay una ley, es tarea del Congreso actualizar las leyes”* (Entrevista en El Mercurio, 2 de octubre de 2023, cuerpo C Nacional, p.5). En fin, valiéndose del expediente de atacar la desinformación y de regularla, existe el riesgo y la tentación natural de que un gobierno la defina y la limite unilateralmente, estableciendo su propia verdad política, la utilice contra sus enemigos políticos y afecte la libertad de expresión de la sociedad en general, generando el peligro de una deriva totalitaria.

14°. Que tal como se indicó en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución *“(...) Este derecho fundamental se encuentra incorporado a nuestro ordenamiento jurídico desde los primeros tiempos de nuestra vida republicana, pero el siglo actual presenta una importante evolución con respecto a esta garantía como resultado del avance de la técnica y del rol del Estado en el mundo moderno. Es el siglo de la mecanización de los sistemas informativos, de la internacionalización de las noticias, de la concurrencia informativa de los medios audiovisuales, de la comunicación instantánea con el uso de satélites artificiales, todo lo cual hace que los medios de comunicación social constituyan, como lo dijimos entonces, un arma poderosísima capaz de influir no sólo en los procesos políticos, económicos y sociales, sino en la mentalidad y comportamiento de los pueblos. Esta evolución ha hecho que la libertad de expresión, que es un derecho individual, tenga hoy, también el carácter de un derecho social, representado por el derecho de la comunidad a recibir las informaciones que son el resultado de la libre expresión de las ideas. La libertad de opinión, llamada también libertad de expresión es la más amplia de las libertades intelectuales, pues las de enseñanza, culto, petición, reunión y asociación pueden estimarse como una derivación de aquella...”* (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución “Informe con Propositiones e Ideas Precisas” (16 de agosto de 1978), reproducido en VIII Revista Chilena de Derecho N° 1-6 (1981). Cita contenida en Cea Egaña, José Luis “Derecho Constitucional Chileno, Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 740)

15°. Que lo anteriormente expuesto encuentra concordancia con lo que han señalado organismos internacionales en relación con el fenómeno de la desinformación y su relación con la libertad de expresión. Así, el Informe A/77/287 del Secretario General de Naciones Unidas denominado “Contrarrestar la desinformación para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales” (disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/459/27/PDF/N2245927.pdf?OpenElement>) nos entrega importantes elementos en relación a la problemática en cuestión, los que sin duda merecen ser analizados. En primer lugar, nos indica que *“No existe una definición clara del término “desinformación”, ni tampoco una postura o*



*comprensión comunes respecto a su significado. Se ha utilizado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) para describir contenidos falsos o engañosos que pueden provocar un daño específico, independientemente de las motivaciones, la conciencia o los comportamientos. La Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión define igualmente la desinformación como “información falsa que se difunde intencionadamente para causar un grave perjuicio social” . Los estudios y aportaciones examinados para el presente informe señalan los siguientes elementos característicos de la desinformación: información inexacta, que tiene intención de engañar y que se comparte con el fin de causar un daño grave”. (énfasis agregado)*

16°. Que a partir de la conceptualización reseñada, la cual tal como indica el análisis de Naciones Unidas responde al desarrollo incipiente del mismo, sin que exista un consenso definitivo respecto a su alcance, el mismo informe expone que estas mismas definiciones *“no deben restringir de manera indebida en ningún caso, bajo el pretexto de combatir la desinformación, aquellas expresiones que adoptan la forma de ironía, sátira, parodia o humor y que buscan cuestionar o incluso ridiculizar las normas individuales o sociales. En este contexto, permitir o exigir la censura de estos contenidos bajo la etiqueta de “desinformación” implica el riesgo de suprimir el trabajo artístico, científico y periodístico y el debate público en general”*. (énfasis agregado)

17°. Que el informe internacional en revisión se hace cargo también de analizar las iniciativas de los Estados en orden a regular el fenómeno de la Desinformación, expresando al respecto que *“las propias respuestas de los Estados a la desinformación deben evitar la violación de derechos, como el derecho a la libertad de opinión y de expresión”*, agregando que *“[l]a Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos han reconocido que las respuestas a la difusión de desinformación deben cumplir con el derecho internacional de los derechos humanos y promover, proteger y respetar el derecho de las personas a la libertad de expresión, incluida la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones.”* (énfasis agregado)

18°. Que tal como se desprende de la reseña efectuada, forma parte del reconocimiento esencial de los Derechos Humanos de conformidad al estándar de instrumentos internacionales, el respeto irrestricto a la libertad de expresión, garantía recogida en nuestro ordenamiento por el artículo 19 N° 12 de la Constitución. Y, en tal sentido, toda iniciativa que pudiese enfocarse en el fenómeno de la desinformación debe tener como parámetro que no admite afectación, el respeto amplio de la libertad de expresión.

19°. Que tal como continúa señalando el informe de Naciones Unidas a que hemos hecho referencia expresa *“El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 19 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protegen el derecho a tener opiniones sin injerencia. Como indica el Comité de Derechos Humanos, este derecho incluye los derechos a formarse una opinión, a cambiar de opinión y a*



*desarrollar opiniones por medio del razonamiento, así como el derecho a no expresar ninguna opinión*<sup>9</sup>. **Quedan protegidas todas las formas de opinión, como las de índole política, científica, histórica, moral o religiosa. Criminalizar la tenencia de una opinión, o acosar, intimidar, estigmatizar, arrestar, detener, enjuiciar o encarcelar a una persona simplemente por las opiniones que pueda tener es incompatible con el artículo 19 1)**<sup>10</sup>. A continuación, señala que *“El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 19 2) del Pacto también protegen el derecho a la libertad de expresión, que incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin limitación de fronteras, y por cualquier medio de expresión, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección. El derecho humano a la libertad de expresión no se limita a la información recibida favorablemente, sino que abarca las ideas e informaciones que puedan “conmover, ofender o perturbar”*<sup>11</sup>, *independientemente de la veracidad o falsedad de su contenido. Como ha dejado claro el Comité de Derechos Humanos, la prohibición general de la expresión de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de hechos pasados no está permitida por el Pacto”*. (énfasis agregado)

20°. Que pronunciándose acerca de las posibilidades efectivas de establecer ciertas limitaciones al ejercicio de la libertad en comento, el organismo internacional expresa que *“La libertad de expresión y el acceso a la información pueden estar sujetos a ciertas restricciones que cumplan criterios específicos. Para que sean legales, de acuerdo con el artículo 19 3) del Pacto, dichas restricciones deben estar fijadas por la ley y ser necesarias para respetar los derechos y la reputación de otras personas, para proteger la seguridad nacional o el orden público o por razones de salud o moral públicas. Los Estados no pueden añadir motivos adicionales ni restringir la expresión más allá de lo que permite el derecho internacional. Por lo tanto, para ser legal, cualquier limitación a la libertad de expresión que pretenda impedir o restringir la desinformación debe cumplir con las razones legítimas para introducir una restricción que se enumeran en el artículo 19 3).”* (énfasis agregado).

21°. Que el estándar internacional a que hemos hecho referencia, constituye un presupuesto básico de cualquier regulación que recaiga en el ejercicio de la libertad en estudio, el que esta se encuentre contenida en una regulación de rango legal. Esta exigencia sin duda se vincula con la protección del ejercicio de la libertad antes descrita, pues es la regulación surgida del poder legislativo, la que asegura una deliberación amplia, capaz de involucrar a las distintas visiones de la sociedad y no únicamente la de la autoridad de turno. Y junto con lo anterior, es aquella deliberación legislativa la que entrega las garantías de plena observancia del mandato constitucional a que hemos hecho referencia.

22°. Que, por último, en relación a la referencia del informe de Naciones Unidas respecto a la desinformación, el mismo ha expresado *“Los esfuerzos de los Estados para dar respuesta a los efectos de la desinformación deben evitar planteamientos que impongan una carga indebida a la libertad de expresión o que*



*sean susceptibles de una aplicación politizada. No toda la información inexacta es perjudicial, y solo algunos perjuicios — como los que de involucran realmente a la salud pública, los procesos electorales o la seguridad nacional— pueden justificar la intervención del Estado. Incluso si existe un propósito legítimo de interés público, los riesgos inherentes a la regulación de la expresión requieren un enfoque cuidadosamente adaptado que cumpla con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad en virtud de la legislación de derechos humanos”. (énfasis agregado).*

23°. Que a modo de sintetizar las ideas reseñadas en el presente acápite, parece del caso traer a la memoria lo resuelto por esta misma Magistratura que ha expresado de manera clara que *“desde otra perspectiva, hemos puesto de relieve también las importantes consecuencias constitucionales para la libertad de expresión que se derivaron de la derogación, en 1989, del texto original del artículo 8° de la Carta Fundamental con lo que “(...) se puso término a toda posibilidad de fiscalizar y prohibir la difusión de ideas (...)” (c. 14°, Rol N° 567), por lo que “(...) es posible sostener que, a partir de la reforma constitucional de 1989, se establece un modelo radicalmente distinto al previsto de conformidad al derogado artículo 8° de la Constitución. El actual artículo 19 N° 15°, inciso sexto, no consagra una excusión ideológica ni limita el pluralismo; por el contrario, lo considera como un valor” (c. 18°), de tal manera que “(...) la reforma constitucional de 1989 implicó un cambio sustancial en la forma de resguardar la Constitución, dejando atrás la “democracia protegida” y estableciendo un sistema de resguardo de menor intensidad que el empleado por los países donde impera la denominada “democracia militante”, surgida luego de la 2ª Guerra Mundial en algunos países europeos como reacción al nazismo y al fascismo (...)” (c. 19°), concluyendo que “(...) en una democracia todas las ideas deben ser respetadas, aun las que parecen más adversas a la autoridad (...). Distintos son los casos en que no se trata simplemente de la difusión de ideas sino de la realización de actividades contrarias a la Constitución y a las leyes, especialmente cuando se hace en forma organizada” (c. 23°). Particularmente, en relación con el derecho asegurado en el artículo 19 N° 12°, en dicho pronunciamiento, expusimos que “(...) la libertad de expresión, por su parte, desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica y el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor, y la existencia de una opinión pública informada” (c. 30°), comprendiéndose en ella “(...) las declaraciones sobre hechos y también las meras opiniones, con independencia de si son fundadas racionalmente o no (...)” (c. 34°), sin llegar a “(...) protege[r] la comisión de delitos o el ejercicio abusivo de la misma, pero en ningún caso es admisible la censura previa (...). Esas limitaciones no pueden afectar las ideas, aunque irriten, alarmen, sorprendan o inquieten a las autoridades, como lo han señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie, p. 43, y Refah Partisi et autres c. Turquie, p. 89) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (c. 36°). [...]” (STC 9529-20 c. quincuagesimoprimer).*



24°. Que, en definitiva, podemos señalar que existe un consenso tanto a partir de la historia fidedigna de la norma constitucional como del desarrollo doctrinario y jurisprudencial, en el sentido de encontrarnos ante una libertad de amplio alcance, que no admite controles previos que restrinjan su ejercicio y que como elemento fundamental del orden democrático cuenta con un reconocimiento que trasciende el ámbito de derechos individuales, en términos tales que su protección resulta particularmente sensible si consideramos que esta garantía se entiende como presupuesto ineludible de una serie de otras garantías que forman parte de la configuración constitucional de derechos, en términos tales que los efectos de su eventual transgresión imponen a esta Magistratura un deber de análisis que no admita dudas o cuestionamientos acerca de la compatibilidad de cualquier iniciativa de la autoridad y el respeto absoluto a este derecho.

### III. DEL CONTENIDO DEL DECRETO SUPREMO N° 12 Y SU COMPATIBILIDAD CON EL TEXTO CONSTITUCIONAL

25°. Que entrando a la revisión del Decreto Supremo impugnado podemos apreciar que la institución que se crea es calificada de “asesora” y “temporal”, en los términos que expone el artículo 1° del mencionado acto administrativo. En este sentido, se indica que el objeto de esta comisión será la de *“asesorar al Ministro o Ministra de Ciencia Tecnología, Conocimiento e Innovación y al Ministro o Ministra Secretario (a) General de Gobierno [...] en los aspectos que permitan analizar el fenómeno global de la desinformación y su manifestación a nivel local en Chile”*.

26°. Que tal como se puede apreciar, estamos frente a un órgano que tiene una tarea de asesoría permanente con los ministerios que indica respecto de las materias que la misma disposición contempla. Lo anterior fluye de analizar la naturaleza de esta asesoría, pues como resulta evidente, no se trata de una actividad puntual, referida a un evento específico. Muy por el contrario, se trata de un fenómeno en permanente desarrollo como es el de la “desinformación”, el que como es de conocimiento general, conforme avanza el tiempo encuentra nuevas formas de manifestación, de manera tal que resulta lógico entender que una estructura organizacional como esta “Comisión Asesora contra la Desinformación” tiene un rol permanente que trasciende a un evento específico y acotado.

27°. Que en el orden de ideas reseñado podemos señalar que en lo relativo a las funciones de esta Comisión Asesora, encontramos que en el artículo 2° del Decreto Supremo se consignan como funciones del ente asesor:

*“i. Recomendar a los Ministros o Ministras de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y Secretaría General de Gobierno, las medidas y/o elementos que contribuyan al desarrollo de la política pública sobre la base del análisis de los distintos conocimientos asociados a la relación entre la desinformación y el debilitamiento de la democracia.*



ii. *Asesorar técnicamente la participación del Ministerio Secretaría General de Gobierno en el Hub de Desinformación de la OCDE y en las instancias internacionales relevantes para la temática de la desinformación y su impacto en la democracia. Sin perjuicio de las atribuciones que le corresponda ejercer al Ministerio de Relaciones Exteriores .*

iii. *Elaborar informes de actividades que contengan las propuestas o conclusiones que surjan en el marco de su funcionamiento, proponer recomendaciones y resolver consultas sobre las temáticas señaladas, previamente formuladas por parte de Segegob y/o del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación."*

28°. Que en relación a las funciones indicadas cabe preguntarse si cuando el literal "i" habla de "*Recomendar [...] las medidas y/o elementos que contribuyan al desarrollo de la política pública*", en realidad ello puede enmarcarse en el contexto de una labor de consulta, ajena a cualquier decisión vinculante que emane de ella. En tal sentido, al menos parece discutible que un ente que entrega bajo la forma de "recomendaciones" elementos que incidirán directamente en la elaboración de políticas públicas sobre la materia "desinformación y el debilitamiento de la democracia" -aspectos que evidentemente quedan cubiertos por la regulación del artículo 19 N° 12 constitucional- sea simplemente un órgano asesor que no incida en aspectos cubiertos por el mandato que la norma constitucional expresamente entrega a la ley, la que además debe ser de quorum calificado.

29°. Que, por otra parte, el literal c) del reseñado artículo 2 del Decreto Supremo en comento regula lo relativo a la elaboración de informes que contengan propuestas o conclusiones, unido a recomendaciones y resolución de consultas, las que quedan supeditadas a las interrogantes que le efectúen los Ministerios Secretaría General de Gobierno y de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación. En este sentido, no se trata de una simple labor consultiva que desarrolla el Consejo Asesor a partir de sus estudios o análisis y que se expresa finalmente en un informe (sin perjuicio de los dos informes que debe entregar a partir de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Supremo). Por el contrario, se trata de una labor dirigida y orientada a partir de las consultas que realicen los Ministerios en cuestión, los que cuentan con las facultades para adoptar medidas concretas en relación a la materia, de lo cual se desprende que tales insumos de la comisión inciden directamente en decisiones que ejecutan los ministerios en comento.

30°. Que, refuerza la conclusión anterior, lo expuesto por el inciso final del artículo 2 cuando prescribe: "*Las funciones antes señaladas son de naturaleza consultiva y en ningún caso pueden importar el desarrollo de acciones de carácter ejecutivo por parte de la Comisión Asesora*". Esta expresión no tiene otro sentido que intentar controvertir la verdadera naturaleza del organismo creado y que se desprende de la descripción de funciones y reseñada. De otro modo carece de razón incluir una declaración de este tenor. En tal sentido, no cabe duda de que el análisis de constitucionalidad que se requiere de esta Magistratura no puede quedarse con la descripción normativa sin



considerar la real naturaleza de la organización creada. Lo anterior no se condice con el ejercicio de la función jurisdiccional encomendada a este tribunal.

Que lo antes descrito podemos graficarlo del siguiente modo. Frente a la consulta de alguno de los Ministerios en cuestión a propósito de asuntos referidos a desinformación y su impacto en la democracia, será la Comisión la encargada de resolver tal interrogante, acción que conforme define la RAE equivale a *“Decidir algo o formar la idea o el propósito firme de hacerlo”*, y en tal sentido la respuesta que *“resuelva”* aquella interrogante será la que determinará el accionar del Ministerio correspondiente en materia de información. Tal definición no concuerda con la función de un organismo meramente asesor o consultivo.

31°. Que, por su parte, en lo referente a los informes que debe evacuar esta comisión cabe señalar que tal como se expuso en estrados, siguiendo el planteamiento del actual ministro de justicia, señor Luis Cordero Vega *“Los informes son aquellas actuaciones de un órgano, consultivo o no, distinto de aquel a quien corresponde iniciar, instruir o resolver un procedimiento, en las que se realiza una valoración jurídica o técnica de aspectos planteados por el procedimiento. Su finalidad es permitir al órgano responsables del procedimiento fundamentar, en un sentido u otro, la resolución que se adopte”* (Lecciones de Derecho Administrativo, Legal Publishing, 2° edición, p.403). Como se advierte, el informe que emana del órgano, en este caso la Comisión Asesora contra la Desinformación, constituye el elemento fundante de la decisión que adoptará la autoridad ministerial en relación a la materia, cuestión que no resulta compatible con el sentido de la norma constitucional del artículo 19 N° 12, cual es entender que aspectos como la desinformación configuran abusos derivados del ejercicio de esta libertad y en tal contexto, compete a la ley -de quórum calificado- establecer las consecuencias derivadas de tal conducta abusiva y no a una regulación de rango infralegal.

32°. Que en este orden argumentativo, entendiendo la relevancia de la garantía constitucional del artículo 19 N° 12 dentro de una sociedad democrática como la nuestra, en la cual la posibilidad de expresarse sin censura previa constituye un estándar que no admite afectaciones directas o potenciales, el rol de esta Magistratura es evitar cualquier actuación que pueda permear esta libertad en un sentido contrario al pretendido por el constituyente. Y son precisamente estos *“mínimos”* esenciales los que son puestos en riesgo a través del Decreto Supremo objetado que Crea la Comisión Asesora contra la Desinformación, al entregar a esta atribuciones que pese a ser descritas como *“consultivas”* o de *“asesoría”* en la práctica se convierten en una manifestación de potencial limitación respecto a la garantía del artículo 19 N° 12 de la Constitución, lo que no resulta concordante con el mandato que dicha norma contempla en cuanto a exigir que sea una ley de quórum calificado la que determine las consecuencias de un ejercicio abusivo del derecho a emitir opinión e informar y no a partir de la actuación de un ente asesor instituido a través de un Decreto Supremo como ocurre en la especie.



33°. Que la posibilidad de establecer limitaciones a la garantía en comento, que vayan más allá de lo permitido en la norma constitucional constituye una cuestión que ya había sido considerada en el seno de la Comisión de Estudio que elaboraba la Carta Fundamental de 1980. En efecto, tal como ha recogido nuestra jurisprudencia *“cabe consignar que se produjo un extenso debate en la Comisión de Estudio acerca de si, junto a los delitos y abusos que establecería la ley, cabía imponer limitaciones al ejercicio de las libertades de opinión e información, fundadas en conceptos jurídicos abiertos o indeterminados, desechándose, en definitiva, esa alternativa, por cuanto, como sostuvo don Alejandro Silva Bascuñán, “(...) le preocupa extraordinariamente esa indicación, y no está de acuerdo en aceptarla. Porque le parece que, siendo la libertad de opinión el resorte básico de la democracia, no debe tener otras restricciones que las que corresponden a la responsabilidad por los delitos y abusos. Esa es la tradición jurídica de nuestro país. Esa es la base de la democracia” (Sesión 231ª, celebrada el 8 de julio de 1976)” (STC 9529-20 c. trigesimonoveno)*

34°. Que, en clara oposición con lo recién expuesto, no podemos dejar de expresar que la propia denominación que se entrega a esta “comisión asesora”, al ser concebida como una “Comisión asesora **contra** la Desinformación” denotando una finalidad, un objetivo particular que es el de actuar en contra de la desinformación. Nótese la sutileza, pero trascendencia a la vez de la conceptualización del organismo. De ser verdaderamente un órgano “asesor” como sostienen sus impulsores, seguramente tendría que ser una “Comisión sobre la Desinformación” o similar, pero no un concepto que denote una predisposición, un prejuizgamiento de una situación que tal como expusimos, ni siquiera cuenta con un concepto claro, delimitado y consensuado, como es la desinformación; asimismo, tendría que partir de la base de la concepción y definición de la información misma, que tendrían que encontrarse previamente delimitada legalmente.

35°. Que lo anterior no constituye una apreciación antojadiza o infundada por parte de estos disidentes, sino que, por el contrario, responde a la revisión específica del enunciado de esta Comisión. En efecto, siguiendo a la Real Academia de la Lengua Española, el concepto “contra” está definido -en su primera acepción- (<https://dle.rae.es/contra?m=form>) como aquello que *“denota la oposición y contrariedad de una cosa con otra”*. Vale decir, no se trata de una posición neutral frente a una determinada situación o temática (en este caso la desinformación), sino que, por el contrario, se trata de tener una predeterminación contraria, tendiente a combatir o eliminar aquello que constituye el fundamento de su existencia.

36°. Que en este sentido, cabe preguntarse cómo podría efectivamente tener un rol asesor, un órgano cuyo propósito se dirige a atacar el fenómeno respecto del cual dice asesorar, el que además no se encuentra definido legalmente y, por si lo anterior no fuera suficiente, aquel elemento que se ataca se encuentra estrechamente vinculado con el ejercicio de una garantía constitucional que reconoce un ejercicio amplio de tal libertad y además regula la forma (ley de quorum calificado) y las



situaciones (delitos y abuso del derecho) que habilitan tal restricción, elementos que no concurren en la especie.

37°. Que, como un cuestionamiento adicional, resulta del caso indicar que tampoco es posible entender que esta comisión y las funciones ya precisadas vayan a tener un carácter temporal como se enuncia en el mismo Decreto Supremo. En efecto, a juicio de estos disidentes no basta con indicar que una determinada estructura no será permanente en el tiempo, pues lo verdaderamente determinante es lo que fluye del contenido mismo del acto administrativo que describe y es precisamente lo que ocurre en la especie, donde de la simple lectura del decreto se advierten elementos que contradicen esa supuesta temporalidad que se enuncia en el acto ya indicado.

38°. Que, en efecto, no obstante, el “carácter temporal” con que se define a este ente en el artículo 1° del Decreto Supremo, lo cierto es que de la descripción de su labor de “asesoramiento” a los Ministerios no se advierte una limitación concreta de funcionamiento en el tiempo. Por el contrario, es posible advertir que en el artículo 3° se expresa que quienes integren esta Comisión *“Durarán en sus cargos un año, pudiendo ser designados (as) por nuevos períodos de manera sucesiva”*. Como resulta lógico de concluir, una descripción como la antedicha no resulta armónica con el supuesto carácter temporal que tendría este órgano.

39°. Que en estrecha relación con este aspecto vinculado a la temporalidad, cabe preguntarse cuál sería el sentido de conformar una comisión cuyos integrantes durarán al menos un año en el cargo y que conforme al artículo 12 del Decreto Supremo debe emitir dos informes con fechas 28 de agosto de 2023 y 27 de noviembre de 2023 respectivamente. No parece lógico ni razonable una designación que exceden con creces a tales informes y ello refuerza la conclusión de que la ausencia de una fecha determinada de duración de este organismo es señal de una permanencia en el tiempo.

40°. Que a mayor abundamiento, el artículo 13 del decreto señala que *“En todo lo no regulado en el presente acto en relación al funcionamiento de la Comisión, éste estará facultado para fijar normas al respecto”*. Vale decir, se deja en manos del mismo organismo la facultad de regular su funcionamiento y en tal sentido esa “temporalidad” no pasa de ser aparente, pues en la práctica la duración en el tiempo podrá ser modificada por el mismo organismo en cuestión, con lo que la potencial afectación del artículo 19 N° 12 constitucional a que hemos hecho referencia, se puede extender a discreción del mismo ente.

41°. Que al respecto huelga indicar que la labor de esta Magistratura debe encaminarse a que la libertad de opinión e información se exprese sin mayores limitaciones que las que el constituyente ha mandado, y tal como hemos señalado, ello reconduce a la exigencia de un control posterior de los actos ejercidos en ejercicio de esta libertad, por medio de una regulación de los abusos que se cometan, que debe ser materia de ley, en los términos del artículo 19 N° 12 constitucional. Por



ende, toda iniciativa que pudiera poner en riesgo esta garantía requiere de una respuesta clara de parte de esta Magistratura, sin dejar abiertos espacios difusos de afectación, tal como se aprecia en la especie, a partir de los argumentos expuestos.

#### IV. DEL CONTENIDO FORMAL DEL DECRETO SUPREMO N° 12 Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

42°. Que sin perjuicio de los fundamentos desarrollados, vinculados a la vulneración del artículo 19 N° 12 constitucional en lo relativo a la reserva legal para el caso de abusos en el ejercicio de la libertad de expresión, estos disidentes no pueden dejar de pronunciarse respecto de una cuestión de carácter formal, advertida en el Decreto Supremo objetado y su contraposición a los antecedentes jurisprudenciales emanados de esta Magistratura constitucional.

43°. Que tal como hemos indicado, un aspecto que no logra ser resuelto de manera clara y disipando toda incertidumbre jurídica en el acto administrativo en comento, es aquel referido a la temporalidad del organismo creado y derivado de ella, la permanencia en el tiempo de sus atribuciones y propósitos. Lo anterior, no resulta baladí para analizar la formalidad del Decreto Supremo el que tal como se ha indicado, ha sido dictado bajo la fórmula “por orden del Presidente de la República”. Al respecto y tal como fuera expuesto en STC N° 153, esta Magistratura sostuvo: *“De acuerdo con lo expresado por el profesor don Alejandro Silva Bascuñán, decreto supremo es aquella disposición de gobierno o administración del Estado que, fundada en la Constitución o en la ley, dicta el presidente de la República con carácter especial y particular”* (c. 7)

44°. Que en contrapartida a la definición reseñada, el destacado jurista citado expresó que *“Si el decreto reviste un carácter general y permanente, con el objeto de favorecer la ejecución de la ley o el ejercicio de alguna de las funciones de administración o de gobierno, toma el nombre de reglamento”*. En este sentido, sin pretender adentrarnos en una discusión de naturaleza legal sin duda que el caso de la especie se emparenta con la segunda de las conceptualizaciones, atendido su carácter de generalidad como órgano asesor ministerial y perdurabilidad en el tiempo, cuyo propósito consiste en “favorecer” funciones de gobierno llevadas a cabo por los ministerios respectivos, lo que evidencia que en tal entendido, no admite la posibilidad de ser creado mediante Decreto Supremo emitido “por orden del Presidente de la República” únicamente con las firmas de sus Ministros, pues el artículo 35 de la Constitución delimita tal posibilidad circunscribiéndola únicamente a los decretos y no a los reglamentos. Tal disposición constitucional señala:

*“Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito.*



*Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley."*

45°. Que tratándose de un decreto cuya regulación responde a elementos propios de un cuerpo reglamentario y no a tratar situaciones particulares o específicas como es la razón propia de un acto administrativo como el de la especie, su dictación bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República" evidencia otra transgresión constitucional, tal como por lo demás se concluyó en la reseñada STC N° 153 de esta Magistratura al señalar *"Que la sola lectura del artículo 35 de la Constitución Política es dable concluir que los reglamentos han sido excluidos de la posibilidad de la delegación de firma y necesariamente debe ser suscritos por el Presidente de la República y además, por el Ministro respectivo;"* (considerando 16).

46°. Que por lo demás este criterio jurisprudencial constitucional ha sido recogido por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, tal como se aprecia en dictamen N° 45.350 de 2010, el que analizando la dictación de un acto administrativo que aprobaba un reglamento bajo la fórmula en cuestión, indicó: *"Al respecto cabe indicar que la Constitución Política de la República establece en su artículo 32, N° 6, que es atribución especial del Presidente de la República "ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes". En el mismo sentido, la Norma Fundamental señala, en el inciso primero de su artículo 35, que, "los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito". Complementa lo anterior el inciso segundo, estableciendo que "los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley". Sobre este punto, el Tribunal Constitucional ha recalcado en el considerando vigésimo tercero de su sentencia de fecha 11 de enero de 2007, recaída en la causa Rol N° 591, de 2006, y citando una jurisprudencia anterior, que, "de la sola lectura del artículo 35 de la Constitución es dable concluir que los reglamentos han sido excluidos de la posibilidad de la delegación de firma y, necesariamente deben ser suscritos por el Presidente de la República y, además, por el Ministro respectivo".*

47°. Que en opinión de estos magistrados disidentes, al margen de la denominación de decreto que identifica al acto administrativo en análisis, al analizar su contenido es posible advertir que -a diferencia de lo que enuncia el acto- no se trata de una regulación puntual (ya planteamos la inconsistencia entre los informes específicos con fecha que se indican en el artículo 12 y las normas sobre permanencia en el cargo de sus integrantes) sino que alude a una institucionalidad general, con un rol que perdura en el tiempo, que configura un antecedente directo y necesario para las medidas que puedan adoptar los Ministerios Secretaría General de Gobierno y de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y que, en tal sentido, responde a lo



que podemos calificar como “funciones de gobierno” alejándose en definitiva de los fundamentos de un acto administrativo específico, de aquellos que permiten -a la luz del artículo 35 de la Constitución en relación con los artículos 6 y 7; 63 y 32 N° 6 del mismo texto- ser dictados bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”, motivo por el que la modalidad adoptada en este caso concreto no resulta concordante con la Constitución en los términos reseñados y como tal, deja en evidencia un vicio de forma que no puede dejar de ser observado por esta Magistratura.

48°. Que entendemos que el núcleo de la objeción de constitucionalidad que recae en el Decreto Supremo N° 12 se vincula con su contenido y la transgresión de la reserva legal que contempla aquella norma constitucional respecto de los abusos en que se pudiera incurrir, siendo esta vulneración constitucional la que sustenta la posición de estos magistrados constitucionales, deficiencia que transforma en inconstitucional el acto administrativo, resultando inoficioso -en esa lógica- el segundo de los puntos que hemos observado, no obstante lo cual nos ha parecido pertinente exponerlo para evidenciar la doble falencia que presenta el decreto en cuestión, que no hace más que reforzar el reproche de constitucionalidad que sustenta la posición de estos jueces.

## V. CONCLUSIONES

50°. Que tal como hemos expuesto a lo largo del presente razonamiento, el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por el Senado de la República cuestiona la compatibilidad del acto administrativo en cuestión frente a la exigencia de reserva legal del artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental. En relación a esta objeción, estos disidentes comparten el cuestionamiento de constitucionalidad, estimando que la creación de una comisión cuya función se vincula directamente con elaborar informes y entregar respuestas a cuestiones vinculadas con un fenómeno como la desinformación, que además de no tener una conceptualización legal del sentido natural del concepto, alude a una acción de ejercicio abusivo de la libertad de opinión e información, aspectos que por mandato constitucional deben ser regulados por ley de quorum calificado -lo que no se ha verificado en la especie- transgiriéndose la indicada disposición constitucional.

51°. Que la infracción constitucional indicada a su vez se expresa en una vulneración de la garantía del artículo 19 N° 26, en cuanto la restricción a que se expone la libertad de opinión y expresión no tiene un fundamento legal, como lo exige la norma constitucional y en segundo término la afectación a la amplia libertad con que fue concebida la garantía de la libertad de expresión supone una afectación a su esencia misma al restringir su ejercicio pleno, en los términos contemplados por el constituyente.



52°. Que, el Decreto impugnado vulnera además la garantía constitucional de la reserva legal, en cuanto corresponde sólo el legislador establecer medidas destinadas a desarrollar de una política pública sobre la libertad de información, contra la desinformación y el debilitamiento de la democracia. Aspecto este último, en extremo sensible para al libre ejercicio democrático y el pluralismo político, que obliga a cualquier Gobierno -que ineludiblemente actúa de acuerdo a una visión programática partidista-, a determinar unilateral y sesgadamente una política pública en materia de desinformación. Porque valiéndose del expediente de atacar la desinformación y de regularla, existe el posibilidad de que un gobierno la defina, estableciendo su propia verdad política, la utilice contra sus enemigos políticos y afecte la misma libertad de expresión e información de la sociedad en general, con el riesgo de una deriva totalitaria.

53°. Que finalmente y como un cuestionamiento de constitucionalidad vinculado con aspectos formales del decreto objetado, estos disidentes consideraron del caso plantear las deficiencias derivadas de la dictación del acto bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República" incumpliendo con el artículo 35 de la Carta Fundamental y consecuentemente con los artículos 6 y 7; 63 y 32 N° 6, en los términos de la jurisprudencia constitucional de este origen contenida en STC 153 y STC 591.

54°. Que, de este modo, por los argumentos ya expresados, los que evidencian que el Decreto Supremo N° 12 no se conforma de manera jurídicamente rigurosa con los preceptos constitucionales señalados precedentemente, y repercutiendo en una vulneración a la garantía de la libertad de opinión y de información, estos disidentes estiman que el presente requerimiento de inconstitucionalidad debió ser acogido.

**El Ministro señor Miguel Ángel Fernández González concurre a la disidencia** teniendo especialmente presente:

1°. Que, estuvo por acoger el requerimiento del Senado habida consideración que, como lo exponen S.E. el Presidente de la República y la Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, a fs. 207 y 208, el Decreto Supremo N° 12 ha sido dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma contemplada en el artículo 32 N° 6° de la Constitución, esto es, en aquellas materias que no son propias del dominio legal, a propósito del cual, como precisa el profesor Eduardo Cordero Quinzacara, "(...) el único espacio que ha dejado la Constitución [fuera del dominio legal] es la creación de Comisiones asesoras, que son entidades que carecen de existencia jurídica formal (no son órganos ni personas jurídico-públicas); carecen de potestades públicas y de presupuesto, pues todas estas materias son de reserva legal" ("El Sentido Actual del Dominio Legal y la Potestad Reglamentaria", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, 2009, p. 435).



2°. Que, sólo la razonable decisión de buscar asesoría especializada en asuntos complejos y la costumbre constitucional, fundada en la función atribuida al Presidente de la República en el artículo 24 inciso segundo de la Carta Fundamental, justifica el apego de las comisiones asesoras a la Constitución, no obstante la categórica regla contenida en su artículo 7° inciso segundo, desde que, como sostuvimos en el Rol N° 131 en 1990, *“está conforme con la Constitución Política de la República, en el entendido que tales Consejos no constituyen un Servicio Público, puesto que si así fuera ellos solo podrían ser creados por ley”* (c. 10°).

3°. Que, en definitiva, el acto por el cual el Gobierno crea una Comisión Asesora es ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma y, como tal, conforme a lo dispuesto en el artículo 35 debe firmarse por el Presidente de la República, de tal manera que el Decreto Supremo N° 12, impugnado por el Senado en estos autos, es, por ello, inconstitucional, al haber sido suscrito *“por orden del Presidente de la República”* y no basta, en contrario, invocar el Decreto Supremo N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, entre cuyos antecedentes se mencionan dos leyes preconstitucionales (Ley N° 16.436 y Ley N° 16.840), esto es, dictadas cuando ni siquiera se contemplaba la potestad reglamentaria autónoma en la Carta Fundamental entonces vigente.

4° Que, tal ha sido, por lo demás, la jurisprudencia de esta Magistratura, especialmente, en los Roles N° 153 y 591, como lo recuerda la disidencia, particularmente, en sus considerandos 43°, 45° y 53°.

5°. Que, sin perjuicio de la objeción referida y que resultaba suficiente para acoger el requerimiento planteado por el Senado, lleva razón la disidencia cuando expone, en el considerando 32°, que, *“(…) entendiendo la relevancia de la garantía constitucional del artículo 19 N° 12° dentro de una sociedad democrática como la nuestra, en la cual la posibilidad de expresarse sin censura previa constituye un estándar que no admite afectaciones directas o potenciales, el rol de esta Magistratura es evitar cualquier actuación que pueda permear esta libertad en un sentido contrario al pretendido por el constituyente. Y son precisamente estos “mínimos” esenciales los que son puestos en riesgo a través del Decreto Supremo objetado que Crea la Comisión Asesora contra la Desinformación (...)*”.

6°. Que, efectivamente, es posible discutir -como lo sostiene el requerimiento- acerca de la genuina naturaleza de la Comisión que se crea por el Decreto impugnado, en cuanto a su carácter consultivo o resolutivo, para esgrimir que, en este último caso, incurriría en los vicios denunciados por el Senado, así como también se puede argumentar, como lo hacen S.E. el Presidente de la República y la Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, a fs. 194-195, que las objeciones planteadas por aquella Corporación son meras conjeturas.

Sin embargo, a juicio de este Ministro, la decisión que se tome acerca de una u otra cuestión así planteadas no es relevante para pronunciarse acerca de la impugnación sustantiva sobre la que se ha debatido en estos autos, vinculada con la reserva legal (y de quórum calificado en ciertas materias) en relación con la libertad



de emitir opinión e informar que la Constitución asegura en su artículo 19 N° 12°, la que impediría la creación, por vía de decreto autónomo, de una Comisión Asesora del Gobierno en este ámbito.

7°. Que, cualquiera sea la naturaleza de la Comisión que se crea (verdaderamente asesora o realmente resolutoria) y más allá de si los fundamentos del requerimiento importan vulneraciones actuales o futuras, lo relevante es que, como han indicado los Ministros Vásquez y Letelier, la libertad asegurada en el numeral 12°, en una sociedad democrática, no admite afectaciones *directas ni potenciales*, especialmente si, “(...) hablando en términos generales, en los países constitucionales no es de temer que el gobierno -sea o no completamente responsable ante el pueblo- intente controlar a menudo la expresión de las opiniones, excepto cuando al hacerlo se convierta a sí mismo en órgano de la intolerancia general del público. (...) la peculiaridad del mal que supone silenciar la expresión de una opinión es que supone un robo al género humano, tanto para la posteridad como para la generación existente, y para los que disienten de esa opinión todavía más que para los que la sostienen. Si la opinión es correcta, se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; si es errónea, pierden lo que es un beneficio casi igual de grande, una percepción más clara y una impresión más viva de la verdad, producida por su confrontación con el error. Es necesario considerar separadamente estas dos hipótesis, a cada una de las cuales le corresponde un aspecto distinto del argumento. Nunca podemos estar seguros de que la opinión que estamos intentando reprimir sea falsa” (John Stuart Mill: *Sobre la Libertad*, Madrid, Ediciones Akal, 2014, p. 40);

8°. Que, según consta en el requerimiento del Senado, la materia a que se refiere la Comisión que crea el Decreto Supremo impugnado ha sido objeto de regulación por medio de la ley en Alemania, Francia y Canadá o mediante actos de ejecución de la ley, como en España, en tanto que, en el caso de Estados Unidos, se dictó una orden ejecutiva en 2017 que creó una Comisión que debió ser disuelta pocos meses después (fs. 43), al tiempo que, a raíz de la vía adoptada en Chile, “[e]l presidente de la SIP, Michael Greenspon, expresó: “Más allá de lo loable que puedan parecer los objetivos, debe haber preocupación cuando los gobiernos se involucran en forma directa en el análisis de información, expresión, medios o periodismo”. Greenspon, director global de Licencias e Innovación de Impresión de The New York Times, agregó: “Las comisiones, los observatorios u otras formas gubernamentales de vigilancia siempre suelen mirar la realidad desde ópticas ideológicas, aconsejando políticas públicas sesgadas, con efectos negativos sobre las libertades de expresión y de prensa”.

El presidente de la Comisión de Libertad de Prensa e Información de la SIP, Carlos Jorner, director periodístico de La Voz del Interior de Argentina, dijo: “Como organización favorecemos que los gobiernos promuevan la alfabetización digital y que los legisladores exploren la adopción de políticas públicas para combatir la desinformación”. Sin embargo, agregó que “es muy distinto cuando el Estado crea una comisión propia, estudia y busca determinar, desde su óptica, lo más conveniente”.



*Greenspon y Jornet recordaron que tanto la Declaración de Chapultepec como la Declaración de Salta no dejan resquicios para que los Estados impongan requisitos, condiciones o lineamientos en materia de libertad de expresión o desinformación. "El espíritu de estos documentos -dijeron- es defender las libertades de prensa y expresión como principios esenciales de la democracia y por ello prescriben que los gobiernos no deben imponer medidas, para evitar la tentación de instaurar mecanismos de censura".*

*Las autoridades de la SIP dijeron que para combatir la desinformación, el gobierno de Chile debería incentivar medidas de apoyo al periodismo, a los medios, a la academia y a las organizaciones de la sociedad civil, pero no involucrarse en forma directa en las soluciones. "De esa forma -dijeron- dará mayor relevancia al tema, para que sea tratado con mayor apertura, diversidad y pluralidad en la sociedad" (<https://www.sipiapa.org/notas/1215992-preocupa-la-sip-comision-oficial-contra-la-desinformacion-chile>).*

9°. Que, de esta manera, no basta para configurar un reproche que la Comisión que se crea incida en un derecho fundamental, pues, desde luego, se han creado Comisiones Asesoras vinculadas a ellos, como sucede por ejemplo con el derecho a la educación o la seguridad social, sino en que, en esta oportunidad, refiere a la libertad de expresión en particular y, más todavía, a un ámbito de ella que carecería de regulación legislativa (a diferencia de lo que ha sucedido en el caso de Comisiones anteriores que se ocupan más bien de estudiar y proponer modificaciones a la legislación vigente), pues, como señalan S.E. el Presidente de la República y la Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, "[l]a gestión y reducción de riesgos o problemáticas asociadas a la creación, uso y expansión de nuevas tecnologías en el ámbito del intercambio de información se ha transformado en un importante desafío para los Estados en todo el mundo, haciendo imprescindible explorar las vías más idóneas para dar una respuesta a estos fenómenos" (fs. 238). De ahí, entre otros, la preocupación de la OCDE en la materia, la que debe ser orientada, en nuestro país, con pleno respeto de la normativa vigente en Chile, comenzando por la Constitución.

10°. Que, por ello, no resulta extraño que, incluso, encargar estudios vinculados con la libertad de expresión sea dispuesto explícitamente por la ley en nuestro ordenamiento jurídico, como lo ha hecho, en relación con la televisión, el artículo 12 letra c) de la Ley N° 18.838, o el artículo 4° inciso final de la Ley N° 19.733 que impone a la Ley de Presupuestos del Sector Público contemplar, anualmente, recursos para la realización de estudios sobre el pluralismo en el sistema informativo nacional, los que serán asignados mediante concurso público por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, puesto que "[e]n el libre mercado de las ideas, como lo llamó el juez Holmes, determinar qué es falso y qué es verdadero no es tarea fácil. Menos aun cuando se trata de expresiones insertas en el debate político donde la retórica y la interpretación dispar de los mismos hechos juega un rol. El afán por controlar las noticias falsas puede caer, muy rápidamente, en un intento de censura de las minorías"



(Sebastián Soto Velasco: “Escribir Constituciones en Tiempos de Transformación Digital. El Caso de Chile 2019-2022”, Nuria Reche Tello y Rosario Tur Alsina: *La Teoría Constitucional frente a la Transformación Digital y las Nuevas Tecnologías*, Valencia, Aranzadi, 2022, p. 60).

11°. Que, así las cosas, concuro a la disidencia redactada por el Ministro Vásquez, por la especial naturaleza y valor de la libertad de emitir opinión y de informar, en cuanto derecho fundamental, pero, sobre todo, como principio esencial para la democracia, conforme a lo dispuesto en el artículo 4° de la Carta Fundamental, dentro de las Bases de la Institucionalidad, lo que requiere de una cautela preventiva particularmente estricta, como es la que reclama el Senado en su requerimiento, en especial cuando se trata de ámbitos nuevos que plantean desafíos acuciantes y donde el límite entre la asesoría y recabar opiniones expertas, de un lado, y generar reglas que comporten exclusiones, atisbos de censura o regulaciones excluyentes, de otro, pueden ser hoy expresa y genuinamente delimitados, pero fácilmente atenuados o susceptibles de ser instrumentalizados a futuro, acudiendo, sin contexto ni cuidado, a las opiniones o recomendaciones de los asesores expertos.

Ciertamente, la autoridad gubernamental, más en situaciones como ésta, actúa con prudencia y razonablemente cuando reclama apoyo y consejo, los que siempre puede recabar, pero, en el ámbito de la libertad de expresión, la creación de una Comisión Asesora integrada por expertos, aun en los términos acotados sostenidos por los requeridos, con afanes meramente consultivos y no resolutivos, carente de potestades y sin determinaciones conclusivas, entraña un riesgo que, conforme al artículo 19 N° 12° de la Constitución, merece la pena evitar.

Redactó la sentencia la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO. La disidencia fue escrita por el Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ.

La prevención corresponde al Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 14.539-23-CDS.**

0000434

CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señor Cristian Omar Letelier Aguilar, señor Nelson Roberto Pozo Silva, señor José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz y la Suplente de Ministro señora Natalia Marina Muñoz Chiu.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.



372829D8-F1CB-4623-A022-AAD3A7726717

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) con el código de verificación indicado bajo el código de barras.