

La libertad de expresión en la nueva Constitución



Opinión Experta

Paula Ahumada, abogada

Profesora asistente, departamento de Ciencias del
Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile

contexto+

Resumen

El presente informe tiene por objeto desarrollar los aspectos más relevantes de la libertad de expresión como derecho constitucional. Para ello, se describen los fundamentos de este derecho desarrollados a nivel comparado, que justifican su reconocimiento a nivel constitucional. Luego, se  presenta su actual regulación bajo el artículo 19 N°12 de la Constitución de 1980. Finalmente, se propone una configuración social de la libertad de expresión a nivel constitucional. 

Introducción

La libertad de expresión es una de las conquistas máspreciadas de la modernidad, tanto como un ideal político central del liberalismo, como un derecho político básico del constitucionalismo. A partir de su reconocimiento y ejercicio se desprende el valor de la tolerancia en sociedades que se asumen como inherentemente plurales y heterogéneas; y, toda vez que ‘la democracia empieza con la conversación’, corresponde a un pilar del sistema democrático que permite tanto la generación de la autoridad política como el control difuso de la misma.

En su gestación como derecho, la defensa de la libertad de expresión consistió en la prohibición de la censura previa por parte del Estado, pero dicha fórmula tradicional es insuficiente para asegurar su ejercicio en las sociedades capitalistas y complejas de la actualidad. En este sentido, paradójicamente, mientras el derecho individual de libertad de expresión puede gozar de un alto nivel de reconocimiento y protección, el nivel de noticias y de información disponible es cada vez más bajo; así también, el acceso y uso extendido de las redes sociales, no genera el debate racional y la deliberación robusta esperada. Por el contrario, surgen otros problemas: las noticias falsas, el discurso del odio y la polarización de las opiniones.

Por eso, a pesar del consenso aparente que existe en torno a la importancia de este derecho para el sistema político democrático y en función de otros valores como la autonomía o la búsqueda de la verdad, su extensión y cobertura son cuestiones ampliamente disputadas, y representan un desafío institucional para toda sociedad democrática.

La forma constitucional que adopte la libertad de expresión no es inocua, en cuanto se presenta como la condición de posibilidad de una comunidad política. Como bien advierte Hirschman, el objeto de la acción pública se refiere a *un estado futuro del mundo*, a través de un proyecto de ley, la promoción de una política pública, o el resultado de una elección, cuyo resultado concreto “depende de la imaginación de los ciudadanos para pensar el cambio social”,¹ y de la capacidad de difundir ideas, deliberar y persuadir en y para la opinión pública, y de esa forma constituir y ejercer ciudadanía. Por ello, su consagración constitucional en buena medida puede determinar el alcance de las transformaciones sociales futuras o el reforzamiento del *status quo*.

Esta minuta se organiza en tres partes. La parte (II) presenta los fundamentos de la libertad de expresión desarrollados por la doctrina comparada; la parte (III) desarrolla la actual regulación de este derecho en la Constitución de 1980; y, la parte (IV) propone la reconfiguración de este derecho que no sólo es individual, sino que tiene un carácter social y público que se identifica con el derecho a recibir información.

1. HIRSCHMAN, A.O. (2014:324).

Fundamentos de la libertad de expresión



La regulación constitucional de este derecho se explica a partir de cuatro fundamentos: a) el argumento de la autonomía; b) el argumento de la búsqueda de la verdad; y, c) el argumento democrático o del autogobierno colectivo.² El cuarto razonamiento, d) la desconfianza frente al Estado, se encuentra implícito en la fundamentación basada en la autonomía individual, pero ha tenido un desarrollo independiente dentro del contexto latinoamericano, típicamente sospechoso de la acción estatal y específicamente, del poder Ejecutivo.³

a. Autonomía individual

El reconocimiento de la libertad de expresión bajo el principio de la autonomía individual, se sostiene en la premisa que los individuos pueden formar sus propias opiniones por sí mismos, y decidir qué es lo bueno o malo en materia política, de creencias religiosas o de justicia; y, en segundo lugar, confía en la capacidad de las personas de transmitir estas creencias a los demás. Bajo esta concepción, toda restricción estatal a la expresión sería en principio inaceptable, ya que vulneraría el principio de igual consideración y respeto que se debe a las personas. Por eso, se afirma que “el gobierno *insulta* a sus ciudadanos y les niega su responsabilidad moral cuando decreta que no se puede dejar que escuchen opiniones que podrían persuadirlos sobre

2. BARENDT, R. (2007:6 y 7); POST, R. (2012:6 y ss.).

3. Ver por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte IDH, así como el desarrollo del derecho humano para el acceso a la información pública.

convicciones y creencias peligrosas u ofensivas”.⁴ En su versión más extrema, cualquier tipo de censura constituiría una ofensa no sólo individual, sino que afectaría a toda la colectividad.

La ventaja de la fundamentación en base a la autonomía radica en su extensión, ya que no sólo cubre el discurso político, sino que cualquier clase de expresión, ya sea artística, cultural, comercial, académica o cualquier otra. Por otro lado, la primacía de los intereses de los medios de comunicación o de las corporaciones en materia de libertad de expresión, es difícil de justificar, en especial por la forma que adopta el tipo de comunicación de masas, donde difícilmente se puede identificar al agente expresivo individual, sino que más bien la expresión constituye un producto institucional.⁵

b. La búsqueda de la verdad

La vinculación entre el libre intercambio de ideas y la búsqueda de la verdad es una de las razones clásicas del liberalismo para justificar la protección especial de la expresión. A partir de los escritos de John Milton y de J.S. Mill, se considera que el descubrimiento de la verdad es un proceso de ensayo y error a través del enfrentamiento libre de las ideas y opiniones, ya que es propio de la naturaleza humana su falibilidad. El conocimiento sobre una materia solo se logra a través del diálogo con los demás y “oyendo lo que pueda ser dicho por personas de todas las opiniones, y estudiando todos los modos en que una cuestión es considerada por los diferentes caracteres de espíritu”⁶. Pero para depurar información y poder distinguir entre las diversas ideas y opiniones, es necesario habilitar un espacio de competencia libre entre ellas. Toda supresión de ideas u opiniones, sin importar la veracidad o falsedad de

4. DWORKIN, R. (1996:200)

5. BARENDT, E. (2007:417)

6. Mill (2001 [1970]) 81,82

ellas, constituye “un robo a la raza humana”⁷; si son falsas, permite una mejor comprensión de la verdad, a través de la confrontación con el error; y, si son parcialmente verdaderas, sólo ante el enfrentamiento con opiniones diferentes se podría llegar a la verdad completa. De esta forma, la sociedad obtendría un *beneficio colectivo* de la competencia de ideas, tal como lo señala el juez Holmes: “la mejor prueba de la verdad es el poder que tienen las ideas de hacerse aceptar a través de la competencia en el mercado”.⁸

c. La democracia y el autogobierno colectivo

Un sistema político democrático requiere de un ejercicio robusto de la libertad de expresión, no sólo como una forma de control difuso del poder por parte de la opinión pública, sino que para llegar a decisiones racionales y ejercer el voto informado. Así, bajo este paradigma democrático no se trata de proteger al agente expresivo, sino antes bien, cautelar la calidad del debate, que demanda que todas las ideas sean presentadas. Por lo tanto, bajo este fundamento sería en principio legítimo discriminar entre quienes se expresan, siempre que sea con el fin de escuchar aquellas ideas que no han sido expuestas.⁹ El rol del Estado es precisamente preservar la integridad y la apertura del debate público, en cuanto a garantizar las condiciones para una verdadera autodeterminación colectiva. La libertad de expresión se entiende como manifestación del poder de las personas para gobernarse a sí mismas, a través de un sistema extenso de deliberación pública, manteniendo esas cadenas invisibles que unen al Gobierno con quien es el sujeto último y titular de la soberanía: el Pueblo.

7. Mill, p.77

8. *Abrams v. United States*, 250 U.S. at 630-61 (disenso).

9. Por eso, una de las citas más conocidas y reproducidas en otros trabajos es aquella donde se afirma que “Lo esencial no es que todos hablen, sino que se diga todo lo que valga la pena de ser dicho”, (“*What is essential is not that everyone shall speak but that everything worth saying shall be said*”) MEIKLEJOHN, A. (1965:26).

d. Desconfianza frente al Estado

Finalmente, la defensa de la libertad de expresión como derecho se funda en el argumento negativo de la desconfianza en el Estado. Particularmente en los países latinoamericanos, se trata de la desconfianza hacia el Gobierno, el cual se considera especialmente peligroso por su tendencia a expandir su poder y abusar de los derechos de los ciudadanos.¹⁰ Por ello, este derecho lejos de ser el reflejo de las más nobles aspiraciones sociales, es fruto de sus peores miedos.¹¹ En este sentido, la prensa se entiende guardián (*watchdog*) de los intentos expansivos del poder estatal y protector del público, y por ende, se debe considerar de forma especial los intereses de los medios de comunicación, cuyos privilegios son justificados bajo este supuesto. El problema de este poderoso razonamiento es su limitada respuesta frente a la dispersión del poder que se verifica en las sociedades modernas, y donde el Estado ha dejado de tener el monopolio del poder, existiendo poderes iguales o más amenazantes que cruzan la separación clásica de las esferas públicas y privadas.¹²

10. Kelley y Donway sostienen que el liberalismo clásico reconocía en la libertad de prensa un rol político de control frente a la expansión del poder estatal y la función de proveer de información para el electorado, KELLEY, D. y DONWAY, R. (1990:70 y ss.).

11. SCHAUER, F. (1989:2)

12. POST, R. (1998:1,2)

La libertad de expresión en el texto constitucional de 1980



La Constitución de 1980 consagra la libertad de opinión e información en el artículo 19 N° 12, sin perjuicio que para determinar su cobertura y protección se debe interpretar sistemáticamente a partir del bloque normativo expresivo, el cual se extiende por ejemplo a algunas de las disposiciones del capítulo I “Bases de la Institucionalidad” y del capítulo III “Derechos y Deberes Constitucionales”.¹³

La libertad de expresión se entiende como un derecho que incluye tanto la libertad de opinión, como la de información y, dentro de esta última, el derecho a [recibir] información. Sin embargo, la principal posición protegida por el ordenamiento constitucional es la libertad individual para exteriorizar todo tipo de pensamientos, opiniones o ideas, así como difundirlas por cualquier medio, es decir, a través de la radio, prensa, televisión, internet, folletos o revistas, etc. al modo de una inmunidad normativa frente a los poderes del Estado. Por ello, la Constitución de 1980 mantiene la redacción de la Constitución de 1925 y prohíbe la censura previa.

13. Véase en particular, los artículos N°s 1, 4, 5, 8 y 9, 19 N°15, N°26 y 20 de la Constitución.

Ahora bien, no se trata de un espacio donde todo es posible. La libertad de expresión no es -ni puede ser, como todo derecho- absoluta. Como bien se sabe, no se protege a quien grita fuego en un teatro lleno,¹⁴ ni tampoco se puede proteger “[A]l que diere falsa alarma de incendio, emergencia o calamidad pública a los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública”, como lo establece el Código Penal chileno.¹⁵ Por eso, se habilita constitucionalmente al legislador para regular las responsabilidades ulteriores por “los delitos y abusos”, y se determina que la ley debe ser de quórum calificado.

Por su parte, la norma constitucional dedica cinco de sus siete incisos a la regulación de los medios de comunicación social. Los incisos segundo y cuarto configuran el mercado de las ideas de la prensa escrita en Chile, y consagran la plena concurrencia de los privados al proceso de adquisición, dirección y administración de medios.¹⁶ En primer lugar, se establece la prohibición del monopolio estatal de medios y, en segundo lugar, se reconoce la plena libertad para fundar, editar y mantener medios de comunicación escritos. La disposición constitucional que prohíbe el monopolio no se extiende a prevenir los efectos de los diferentes tipos de concentración.¹⁷ Por su parte, el derecho de réplica (declaración, rectificación y enmienda) recogido en el inciso tercero, habilita la imposición de un deber de difusión a los medios de comunicación, cuando se cumplen las hipótesis normativas. Su antecedente histórico es el D.L. N° 425 de 1925, anterior a la Constitución de 1925. Posteriormente, este derecho se eleva a nivel constitucional en la reforma constitucional de 1971, conocida como el Estatuto de Garantías.¹⁸

14. *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

15. Artículo 268 bis, Código Penal chileno.

16. GARCIA, G. (2012:114)

17. SILVA, A. (2008:347) Desde la teoría económica clásica que sustenta el mercado de las ideas en materia informativa, el monopolio constituiría una falla de mercado típica. En el ámbito de la discusión en la CENC el fin era garantizar que los medios pertenecieran a diversos dueños junto con evitar la intervención del Estado.

18. SILVA, A. (2008:337)

Finalmente, los incisos quinto y sexto, modifican radicalmente el régimen de televisión previo a 1973, permitiendo el ingreso de la televisión privada o comercial.¹⁹ A diferencia de otros medios, se reconoce la titularidad restringida del Estado y ciertas universidades de acuerdo al sistema de servicio público que primaba hasta 1973, pero permitiendo la titularidad de privada.²⁰ El posterior desarrollo del mercado de la televisión, confirma la primacía del modelo del mercado como mecanismo regulador de la televisión y el rol del Estado como garante de su funcionamiento,²¹ especialmente a través de la constitucionalización del Consejo Nacional de Televisión (CNTV). Este órgano que comprende una autonomía normativa, institucional y organizadora, está encargado de velar por su correcto funcionamiento²² y su antecedente directo es la Ley Orgánica de Televisión de 1970.²³

19. Como afirma Sierra, esta reconfiguración constitucional abre paso para la nueva ley de televisión de 1989 que permite la televisión privada o comercial. SIERRA, L. (2001:112). Sin embargo, desde 1977 la flexibilización del sistema de contratación de publicidad y el término del financiamiento público permitió la mayor influencia del sector privado. SUNKEL, G. y TIRONI, E. (1993:223).

20. SIERRA, L. (2001:122)

21. Para un análisis de la internacionalización de los canales de televisión nacionales con posterioridad a 1990, véase MÖNCKEBERG, M.O. (2009:281-316).

22. Para una visión crítica de la posición institucional del CNTV como un órgano autónomo para la regulación de la televisión, véase SIERRA, L. (2008:71).

23. Pero, a diferencia del Consejo de los setenta, bajo la Constitución de 1980 se incrementaron sus competencias reguladoras, sancionatorias y fiscalizadoras, así como también se le reconoce el poder para asignar las concesiones. Ver SIERRA, L. (2001:232). Sierra destaca que el órgano diseñado por la dictadura tenía la particular característica que compartía el incremento de sus poderes normativos con la disminución de su publicidad.

Los desafíos y oportunidades del proceso constituyente: los derechos expresivos y los medios de comunicación

El momento constituyente actualmente en curso, nos demanda reflexionar sobre los problemas institucionales que afectan al orden constitucional chileno, y aprovechar la oportunidad para remediar las deficiencias de la esfera pública en la actualidad. Este espacio institucional es esencial para mantener la legitimidad del orden político democrático, y por ello no basta con la garantía de los derechos individuales del potencial agente expresivo. Bajo el paradigma individualista de la libertad de expresión e información, el derecho se entiende como inmunidad negativa para activamente emitir opiniones e informaciones, lo que incluye la discrecionalidad en la selección del contenido que será difundido. La discrecionalidad del emisor es habilitada por el derecho como un permiso normativo. El punto que se debe tener en cuenta es lo que este permiso significa para la esfera pública. La libertad de informar no sólo puede entenderse como un derecho derivado de la libertad de expresión en su sentido individual, sino lo que su ejercicio implica para la determinación de lo que es el *interés del público* y el *interés privado*.

El problema de la teoría de la libertad de expresión que la entiende desde el punto liberal individualista, es que no es capaz de diferenciar cuando el titular deja de ser un individuo particular –el orador de la esquina, como lo cataloga Fiss²⁴ y se transforma en una empresa de medios, como sucede en las sociedades modernas. El funcionamiento de los medios de comunicación no puede quedar sujeto meramente a las dinámicas del mercado y a la oferta y demanda de productos informativos. La concentración de la propiedad e ideológica de ellos atenta contra la generación del debate público, que corresponde a un bien colectivo participativo. Estos bienes se caracterizan porque su producción y consumo es simultáneo y son producto de la acción colectiva antes que individual, y necesita un diseño institucional que promueva el pluralismo informativo.

Por el rol protagónico de los medios de comunicación en la esfera pública, y en atención a los intereses sociales involucrados en la difusión de información, se justifica que se impongan determinados deberes, porque de lo contrario, su posición dejaría de ser un derecho para transformarse en un privilegio. Especialmente hoy, cuando los rumores se propagan como el fuego en el mercado de las ideas virtuales, se hace más evidente la importancia que tienen los medios tradicionales de comunicación para informar verazmente, liderar la agenda informativa y no sólo beneficiarse de los canales virtuales para expandir su influencia y potenciar su discurso. La libertad de expresión como un derecho público demanda reconocer explícitamente el derecho de *recibir informaciones* u opiniones de los demás, y la protección del interés colectivo de la comunidad.

24. FISS O. (1996:12)



Bibliografía:

BARENDT, E. Freedom of Speech. Nueva York, Oxford University Press. 2007. 526p.

DWORKIN, R. Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press. 1996. 404p.

FISS, O. Liberalism Divided. Free speech and the many uses of state power. Boulder, Colorado, Westview Press. 1996. 192p.

GARCIA, G. Estudios sobre jurisdicción constitucional, pluralismo y libertad de expresión. Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional 49. 2012. 149p.

HIRSCHMAN, A.O. Interés privado y acción pública. En su: Más allá de la Economía. Antología de ensayos. (José Woldenberg comp.) México, Fondo de Cultura Económica. 2014. pp.293-382.

KELLEY, D. y DONWAY, R. Liberalism and Free Speech. En: LICHTENBERG, J. (ed.) Democracy and the Mass Media. Nueva York, Cambridge University Press. 1990. pp.66-101.

MEIKLEJOHN, A. Political Freedom. The Constitutional Powers of the People. Nueva York, Oxford University Press. 1965. pp. 164.

MILL, J. S. Sobre la Libertad (3ª reimpresión). Madrid, Alianza editorial. 2001. 209p.

MÖNCKEBERG, M.O. Los Magnates de la Prensa. Concentración de los medios de comunicación en Chile. Santiago, Chile, Debate. 2009. 520p.

POST, R. Democracy, Expertise and Academic Freedom: A First Amendment jurisprudence for the modern state. New Haven, Yale University Press. 2012. 177p.

SCHAUER, F. The Second-Best First Amendment. William and Mary Law Review, Vol. 31, 1:1-23. Otoño, 1989.

Who decides? En: LICHTENBERG, J. (ed.) Democracy and the Mass Media. Nueva York. Cambridge University Press. 1990. pp. 202-228.

SIERRA, L. The Development of Law Governing Television Broadcasting in Chile 1958-2000. Tesis (Doctor en Filosofía). Cambridge, Reino Unido. Universidad de Cambridge, Facultad de Ciencias Sociales y Políticas, 2001. 301p.

Regulación de las Telecomunicaciones en Chile: Potestades Normativas, Tradición Divergente y Desafíos de la Convergencia. En: González, A. (ed.). Telecomunicaciones: convergencia y nuevos desafíos. Santiago, Universidad de Chile, Facultad Economía y Negocios, 2008. p. 15-74.

SILVA, A. Tratado de Derecho Constitucional Tomo XII. De los derechos y deberes constitucionales. 2ª edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2008.

SUNKEL, G. y TIRONI, E. Modernización de las comunicaciones y democratización de la política. Los medios en la transición a la democracia en Chile. Centro de Estudios Públicos. (52):215-246, primavera, 1993.