

Número 27 / 7 de febrero de 2022

Regulando la esfera pública: las propuestas sobre libertad de expresión

BOLETIN DEL MONITOR CONSTITUCIONAL

La Convención Constitucional (CC) ha venido deliberando normas para regular constitucionalmente la, por decirlo de alguna manera, “esfera pública”. Se trata de normas sobre la libertad de expresión y la libertad de prensa. También sobre el estatuto constitucional de los medios de comunicación.

Sobra decir lo importante que esta materia es para la democracia. Los precedentes que sobre esta materia hay en la CC no son, sin embargo, del todo alentadores. Al regularse a sí misma, en especial a través del Reglamento de Ética, la CC no ha exhibido demasiada confianza en la posibilidad de un debate abierto y desinhibido. El énfasis que ese reglamento hace en penalizar una definición muy difusa de “negacionismo” es un ejemplo de esa desconfianza. ¿Y qué dicen las normas constitucionales que se han presentado hasta ahora?

La respuesta a esta pregunta implica hacer un recorrido por más de una comisión temática de la CC. Esto refleja una realidad que día a día se está haciendo más evidente: muchas materias son objeto de distintas comisiones. La libertad de expresión, por ejemplo, ha sido hasta ahora materia de, al menos, dos: la Comisión de Derechos Fundamentales y la de Sistemas de Conocimiento. En la primera las iniciativas han sido solamente deliberadas, de modo que su votación ha quedado programada para este jueves 10 de febrero. En la segunda ya se han aprobado en general algunas propuestas de normas constitucionales.

En lo que sigue, examinaremos las normas sobre la esfera pública en el siguiente orden. Primero, veremos las propuestas presentadas en la Comisión

de Derechos Fundamentales sobre las conductas amparadas por la libertad de expresión. Luego, repasamos las hipótesis de negacionismo. Después, el “derecho a la comunicación” que fue aprobado en general por la Comisión de Sistemas de Conocimientos y las propuestas sobre futuros órganos reguladores. Luego, una nota sobre la posible constitucionalización del espectro radioeléctrico. Finalmente, hacemos algunas observaciones.

1/ La libertad de expresión y sus formas



Foto: **El Espectador**

LA CONSTITUCIÓN VIGENTE GARANTIZA LA POSIBILIDAD DE DOS CONDUCTAS BAJO LA IDEA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN: la libertad de emitir opinión y la libertad de informar, ambas amparadas por la prohibición de censura previa. La Constitución de 1925, en cambio, consagraba “La libertad de emitir (...) sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa, la radio, la televisión o en cualquiera otra forma”. No distinguía, por tanto, entre libertad para opinar, por una parte, y para informar, por la otra. Esta es una distinción que introdujo la Constitución de 1980. La necesidad de esta distinción no ha estado exenta de debate, pues “informar” puede entenderse como una especie del género “emitir opiniones”.

Algunos años después, en 2001, una reforma constitucional agregó otra garantía que, también, podría ser entendida como una especie del mismo género: “La libertad de crear y difundir las artes (...)”.

Algunas iniciativas presentadas en la Comisión de Derechos Fundamentales continúan esta lógica y otras agregan nuevas especies. Y algunas proyectan a las normas constitucionales una figura que, como lo demostró el debate en los meses del funcionamiento de la CC, es una amenaza para la esfera pública: el negacionismo. En lo que sigue, veremos las formas de consagrar la libertad de expresión en ellas. Luego, examinaremos el negacionismo.

Al igual que la Constitución vigente, la mayoría de las iniciativas sobre la libertad de expresión proponen regular de manera conjunta el derecho a la libertad de opinión y a la de información.

VER TABLA 1

Como se puede ver, hay una cierta continuidad en la forma de consagrar la libertad de expresión. En general, se asegura la libertad de opinar y se prohíbe la censura previa. Hay, con todo, algunas innovaciones. Una de ellas no es totalmente nueva. Se trata de consagrar también la libertad de “recibir” informaciones. Hoy esta garantía no está en la Constitución, pero sí en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -suscrita por el Estado chileno-, y, también, en la Ley de Prensa (Ley N°19.733). Sin embargo, la Iniciativa 523-4 agrega una calificación que esos otros instrumentos no tienen: “El Estado garantizará el derecho a recibir información **veraz** y **transparente**, la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo, en las condiciones que señale la ley.” ¿Qué es una información “transparente”? ¿Cómo puede asegurarse institucionalmente la verdad de todo el contenido simbólico que circula por una sociedad? Como John Stuart Mill sostiene en su clásico *Sobre la Libertad* (1859), incluso el error y la falsedad están amparados por la libertad de expresión, pues éstos permiten, por contraste, ir generando un entendimiento más correcto de las cosas.

Otra innovación propuesta es más preocupante. Se trata de la Iniciativa 261-4 que permite la posibilidad de censura previa: “Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la infancia y la adolescencia”. Esta propuesta también viene de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero es bien discutible. Si lo que se quiere es proteger a la infancia y adolescencia de contenidos simbólicos que se consideran impropios para su edad -lo que es perfectamente razonable y así está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico-, el mecanismo adecuado es la restricción de acceso para esas personas menores, pero no la “censura previa”, que es una medida extrema e incompatible con una sociedad que valora la libertad de expresión.

La citada Convención Americana también es reproducida por dos iniciativas (142-4 y 251-4) en una materia que, al revés de las anteriores, sí es funcional a la libertad de expresión. El texto de la Convención, que las dos iniciativas reproducen más o menos literalmente, es éste:

“No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.”

Y también la Convención Americana es citada por varias iniciativas en esta materia:

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

Se trata de la prohibición constitucional de los denominados “discursos de odio”. Sin embargo, una de esas iniciativas (la 261-4) parece pecar de un exceso de casuismo ya que, en lugar de quedarse con esas categorías más o menos generales, enumera las siguientes: “(...) por motivos tales como raza, pertenencia a un pueblo indígena o tribal, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexo afectiva, la identidad y expresión de género, características sexuales, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal, la condición de salud y la capacidad.”

Ya hemos observado en otras ediciones del Boletín esta costumbre de la CC en el sentido de enumerar largas listas de posibles casos concretos de una categoría general. La realidad a la que se aplica el derecho, y sobre todo una Constitución, es cambiante (ver observaciones del **Boletín N°20**). El casuismo arriesga fosilizar un texto constitucional y hacer más difícil -o arbitraria- las futuras decisiones judiciales que deban aplicarlo.

Otras tres iniciativas también son más preocupantes, pues agregan figuras de “negacionismo”. La Iniciativa 290-4 prohíbe “(...) la negación o justificación de las violaciones graves, masivas y sistemáticas a los derechos humanos.” La Iniciativa 297-4 y 280-4, por su parte, usan definiciones más amplias, pues prohíben “el negacionismo y el negacionismo climático”. Aquí van las iniciativas en detalle:

VER TABLA 2

El Boletín del Monitor Constitucional ha criticado la figura del “negacionismo”, sobre todo por la forma en que lo ha entendido hasta ahora la CC ([ver Boletín N°5](#)). A diferencia de la experiencia comparada en estas materias, lo ha entendido en abstracto, sin condicionarlo a la posibilidad cierta de que un discurso “negacionista” gatille conductas que dañen a terceras personas. Además, en los países en que existe alguna forma de negacionismo, es materia de ley, no está en la Constitución.

También hay otras propuestas innovadoras que son inquietantes. Una es la consagración de un derecho “a la información”. El otro, la instauración de un “Consejo Nacional de Medios”. Hay propuestas sobre estas materias que fueron presentadas a la Comisión de Derechos Fundamentales, y hay otras en la Comisión de Sistemas de Conocimientos. Algunas de estas últimas ya fueron aprobadas en general en dicha comisión, por lo que ahora vamos a ella.

2/ El derecho “a la comunicación” y a la “creación artística”



Obra: Pop Shop VI: one plate, Keith Haring

SIGUIENDO EL EJEMPLO DE LAS EXPERIENCIAS CONSTITUYENTES DE

VENEZUELA, BOLIVIA Y ECUADOR, se han aprobado en general iniciativas para incluir, además del derecho a opinar e informar libremente, un “derecho a la comunicación”. Son las siguientes:

VER TABLA N°3

¿Qué significa el derecho a la comunicación? Las iniciativas no lo definen, lo hacen de un modo difuso (“derecho a estar representado y participar en la esfera pública y en el ecosistema de

comunicación y medios”), o lo hacen de una manera algo tautológica (“derecho a participar en la comunicación social”). Las iniciativas presentadas en la Comisión de Derechos Fundamentales tampoco ayudan a responder la pregunta.

Y la respuesta es importante, pues de otra manera queda una duda sobre la necesidad de agregar un nuevo derecho que abarca materias que ya están cubiertas por otros derechos asentados, como el de libertad de expresión, de información e, incluso, el derecho a votar y a presentarse a cargos de elección popular.

Una duda semejante, derivada de la superposición de derechos sobre una misma materia, queda de la consagración de otro derecho aprobado en general en la Comisión de Sistemas de Conocimientos: la libertad en la creación artística. Como se apuntó más arriba, éste es un derecho que está en la Constitución vigente desde una reforma de 2001: la “libertad de crear y difundir las artes (...)”. Si las conductas asociadas a la libertad de expresión son muchas, ya que pueden ejercitarse “en cualquier forma y por cualquier medio”, ¿vale la pena consagrarlas específicamente en lugar de hacer una referencia general?

Estas son las iniciativas sobre libertad de creación artística que la Comisión de Sistemas de Conocimientos ha aprobado en general hasta ahora:

VER TABLA N°4

Estas iniciativas abordan desde distintas perspectivas la libertad de creación artística. La N°262-4 comprende una regulación similar al artículo 19° N°25 de la Constitución vigente, con el propósito no sólo de proteger la **libertad** de creación artística, sino, también, la **propiedad** sobre ella. De hecho, la redacción pareciera inclinarse por reforzar la propiedad más que la libertad, al igual que su inciso segundo sobre las creaciones artísticas de los pueblos y naciones indígenas. La iniciativa 295-7, en cambio, se focaliza exclusivamente en la libertad, omitiendo la dimensión propietaria.

Por otro lado, hay una iniciativa recientemente aprobada en general por la Comisión de Sistemas de Conocimientos, que complementa la libertad de creación artística con otras especies de ella: “la libertad de expresión, creación, investigación, desarrollo y difusión de las manifestaciones culturales, artísticas y los conocimientos, así como a participar de sus beneficios”. De nuevo: ¿se justifica esta expansiva superposición de materias?

Con esta duda en mente, vamos ahora a las propuestas sobre órganos reguladores.

3/ Organos reguladores



Foto: **Diario Puerto Varas**

LA COMISIÓN DE SISTEMAS DE CONOCIMIENTOS APROBÓ EN GENERAL UNA INICIATIVA BASTANTE ABIERTA SOBRE ÓRGANOS REGULADORES. Se trata de la Iniciativa 310-7:

“Los organismos públicos con potestades de regulación y aplicación de normas en materia de comunicación social, soportes tecnológicos y derechos del público, cuentan con independencia formal, funcional del poder político y con mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones. Los integrantes de estos órganos serán seleccionados mediante procedimientos de concurrencia abierta, que considerarán criterios de paridad, mérito y capacidad. Las decisiones de estos organismos deberán promover y proteger la transparencia, diversidad y el pluralismo de los medios y soportes de comunicación, siempre con enfoque de género, feminismo y derechos humanos”.

Esta iniciativa sigue el ejemplo de la Constitución de 1980, en el sentido de regular el discurso mediante órganos adicionales a los tribunales de justicia. Originalmente, y por una iniciativa presentada en 1976 por Jaime Guzmán a la Comisión Ortúzar, esa Constitución consagró un Consejo Nacional de Radio y Televisión. Desde la reforma constitucional de 1989, sólo es de televisión (CNTV). La iniciativa constitucional ahora propone órganos equivalentes para la “comunicación social”. ¿Un Consejo Nacional para regular los contenidos que circulan por Internet? La definición propuesta daría

para esto. Y algunas propuestas presentadas en la Comisión de Derechos Fundamentales confirman esta respuesta. Se trata de la Iniciativa 262-4:

“Existirá un Consejo Nacional de Medios de comunicación social, autónomo y con personalidad jurídica de derecho público, representativo de los diversos tipos de medios, conforme a la ley, encargado de velar por el correcto funcionamiento de todos los medios de comunicación social, públicos o privados, de cobertura nacional, regional, local o territorial, independientemente de su soporte. Una ley señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.”

Según esta iniciativa, dicho consejo estaría encargado de velar por el correcto funcionamiento de **todos** los medios de comunicación social, públicos o privados, de cualquier cobertura e independientemente de su soporte. El actual CNTV ha tenido problemas en cumplir su ambiciosa tarea de velar por el correcto funcionamiento de la TV, pues su campo de vigilancia ha evolucionado desde un puñado de canales abiertos, al mucho más numeroso del cable y de la TV satelital. ¿Qué órgano podría velar por el correcto funcionamiento del contenido que, tendiendo hacia el infinito, circula por Internet?

4/ ¿El espectro radioeléctrico en la Constitución?

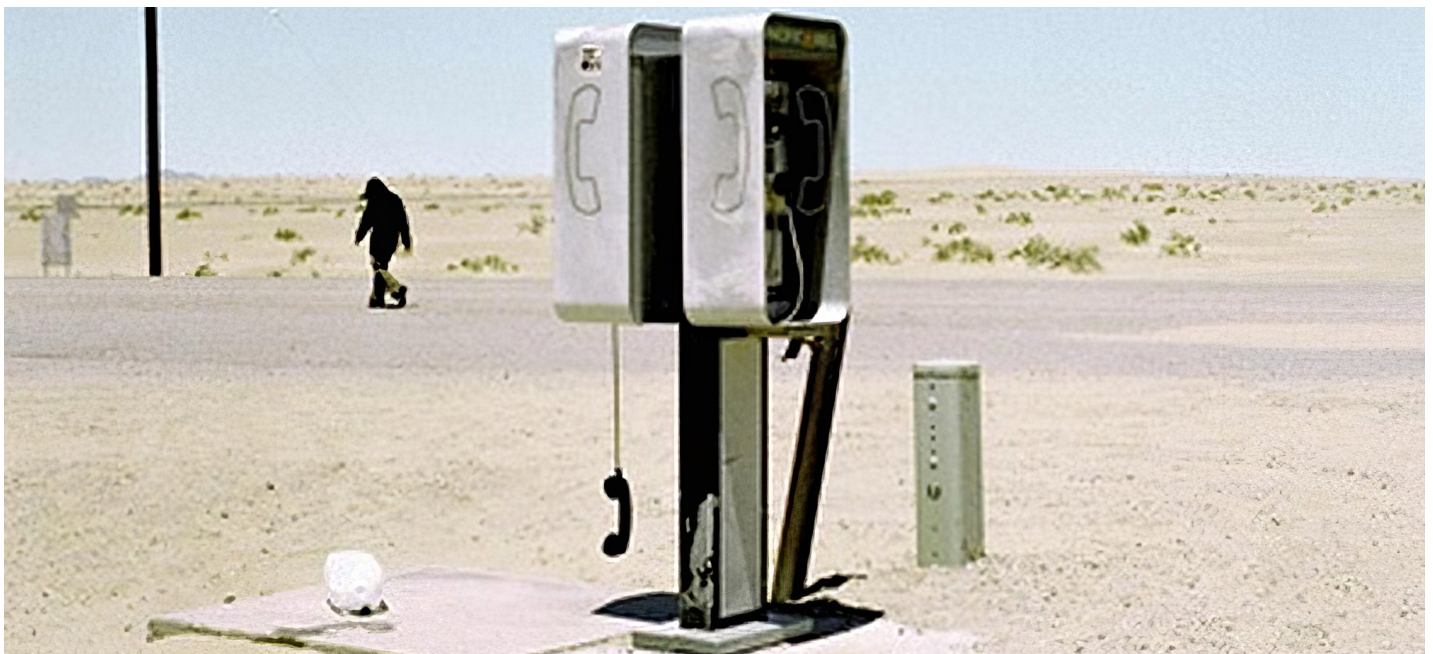


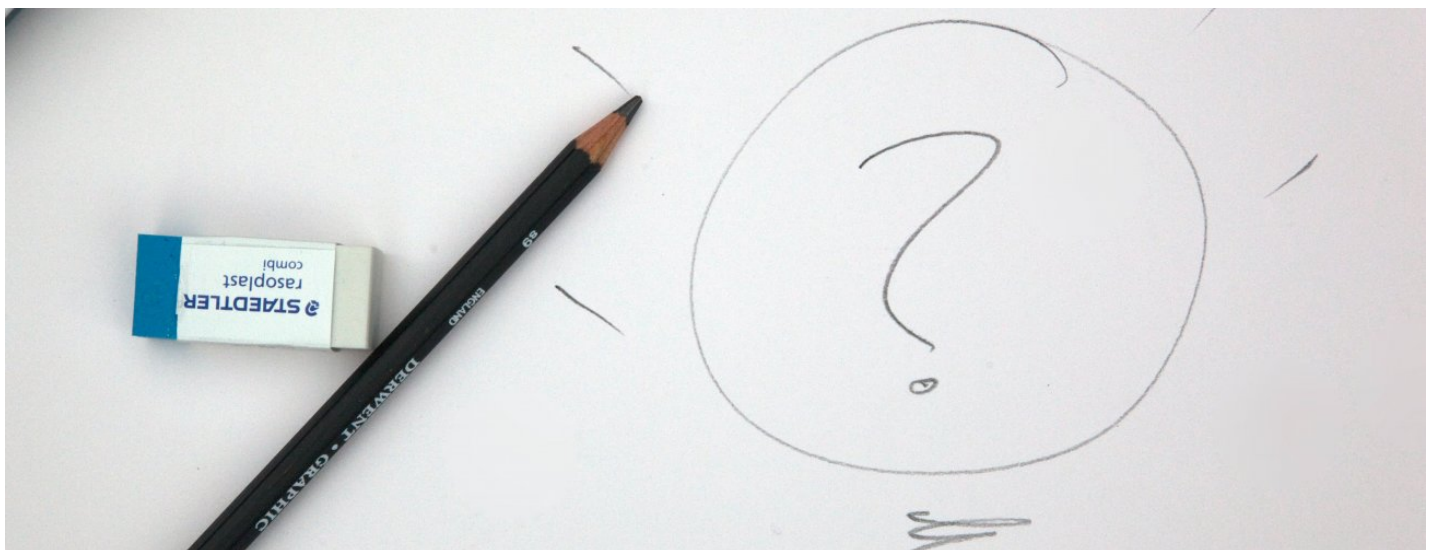
Foto: [The Economist](#)

SUBYACE EN LO RECIÉN SEÑALADO EL VÍNCULO QUE EXISTE ENTRE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LA EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA. Un aspecto de esta relación tiene que ver con el tratamiento de un recurso natural que está íntimamente vinculado a la libertad de expresión y, más en general, a la esfera pública: el espectro radioeléctrico. Hay dos iniciativas presentadas en la Comisión de Derechos Fundamentales que lo consideran.

Hasta hoy, el espectro no ha sido mencionado constitucionalmente. Las iniciativas 280-4 y 262-4, en cambio, lo mencionan. La primera le entrega el estatus de “bien estratégico de uso público”, de modo que su uso se sujeta a los derechos y deberes que imponga la misma Constitución. Agrega que el Estado debe evitar el monopolio u oligopolio, directa o indirectamente, sobre los mismos. La segunda, en cambio, lo enfoca desde la perspectiva de los derechos, señalando que la ley deberá regular y facilitar un acceso equitativo y a la distribución de tecnologías comunicacionales que hagan uso del espacio radioeléctrico.

El avance tecnológico ha generado el hecho de que hoy el espectro radioeléctrico sea un bien relativamente menos escaso que ayer. La tecnología digital ha permitido comprimir el contenido que se quiere transmitir y ha generado equipos inalámbricos que son “inteligentes”, pues evitan que sus señales se interfieran recíprocamente. Todo indica que esto va a ser una tendencia creciente hacia el futuro, lo que permite pensar en privatizar el espectro -o partes de él- a fin de maximizar la eficiencia con que se usa. El hecho de declararlo constitucionalmente como “bien estratégico de uso público” dificulta esa posibilidad, pues amarra las manos del legislador para disponer del recurso el día de mañana.

5/ Observaciones



EL PRECEDENTE A LA HORA DE REGULAR LA LIBRE EXPRESIÓN EN LA CC NO

ES AUSPICIOSO. A diferencia de la regulación de esa libertad en el Congreso, que da fuero por lo que se diga en su interior, la CC se dio a sí misma una regulación que parece desconfiar de esta libertad. El Reglamento de Ética de la CC incorporó la figura del “negacionismo” y lo hizo de un modo defectuoso: puede haber acciones y **omisiones** negacionistas. Además, se puede pecar de negacionista respecto de hechos ocurridos hace cinco siglos o de otros -como los derivados de la violencia a partir del 18 de octubre de 2019-, sobre los que aún ni siquiera se tienen resoluciones judiciales.

El Reglamento de Ética de la CC también castiga la figura de la “desinformación”: “Se entenderá por desinformación la expresión, a través de cualquier medio físico o digital, de un hecho que se presenta como real, conociendo o debiendo saber que es falso.” Ojo, que no se castiga por el efecto de haber engañado a alguien con una expresión falsa, perjudicándolo o defraudándolo; sino que por el mero hecho de haberla expresado. Por otro lado, ¿quién puede determinar lo que cada persona debe saber sobre una materia, para poder acusarla o no por desinformar? La CC parece tener una actitud vigilante hacia el discurso de las y los suyos.

De alguna manera, esa actitud se empieza a proyectar sobre las propuestas de normas que se están discutiendo y aprobando en general. Esto conlleva un riesgo para la esfera pública que resulte de este proceso. Los riesgos más grandes son las hipótesis de negacionismo y un Consejo Nacional de Medios con una extensión que ni Jaime Guzmán soñó. Por suerte, hasta hoy estas propuestas no han sido votadas. Cabe esperar que la CC, y particularmente la Comisión de Derechos Fundamentales, consideren las consecuencias que estas propuestas tendrían para un debate público robusto y desinhibido.

En lo que respecta a las iniciativas ya aprobadas en general, la pregunta es por su real necesidad. ¿Se justifica incorporar un “derecho a la comunicación” cuando al mismo tiempo se proponen derechos a la libertad de expresión, de información y derechos políticos? Quizás lo que se pretende con este derecho es introducir obligaciones de “pluralismo” y otras cargas sobre los medios y plataformas. Pero si éste es el objetivo, sería mejor plantearlo expresamente y no a través de un derecho subjetivo que parece artificioso.

La evolución tecnológica ha permitido una masificación de la libertad de expresión que es inédita. El nuevo texto constitucional que se proponga al país debe ser consciente de este fenómeno, y tiene que aprovecharlo para lograr una esfera pública aún más libre y compleja que la de hoy. Para esto debe confiar en el libre flujo de los símbolos, abandonando figuras y mecanismos de vigilancia y

control. Porque son incorrectos desde el punto de vista de la autonomía de las personas, y porque son impracticables, a menos que decidamos concentrar una cantidad de poder inaudita en el o los órganos encargados de vigilar y castigar.