Sobre la "libertad de expresión"

Comentarios al Anteproyecto de la Comisión Experta

Resumen: Esta exposición ante la honorable Comisión 3 del Consejo Constitucional tiene por objeto comentar la protección de la garantía constitucional de la llamada "libertad de expresión". Al respecto, criticamos la incorporación del concepto no definido de "expresión", que no es propio de nuestra tradición constitucional, y prevenimos de ciertos peligros que podría implicar su incorporación sin añadir una definición de la misma ni establecer límites claros. Nos parece que es necesario restringir explícitamente el ámbito de protección de este derecho, acotándolo al discurso (como hace la Constitución vigente, mediante el concepto de "emitir opinión e informar") y estableciendo claramente sus límites (la moral, las buenas costumbres, el orden público, los derechos fundamentales de terceros, la indemnidad sexual de los niños, etcétera). Ahora bien, consideramos igualmente necesario otorgar a dicho derecho —habiendo ya acotado su ámbito de protección— una protección reforzada respecto del poder político, evitando no solamente la censura previa, sino también el control del discurso.

Muchas gracias, Presidenta. Por su intermedio, saludo a los demás consejeros miembros de esta honorable Comisión. El tema acerca del cual pretendo referirme es el que se encuentra en el artículo 16.14, sobre la llamada "libertad de expresión".

Si bien este derecho no ha sido comentado hasta ahora en esta Comisión —al menos no hemos tenido noticia de ello—, se trata de una garantía fundamental para la subsistencia de nuestro régimen político y, en general, se trata de una exigencia que emana del hecho de que el ser humano es, por naturaleza, un animal político. Pido disculpas, Presidenta, si esto parece algo demasiado teórico, pero se trata, a mi juicio, de un aspecto central. En efecto, Aristóteles desarrolla este argumento al comienzo de su Política:

> *La razón por la cual el hombre es un ser social, más que cualquier abeja y que cualquier animal gregario, es evidente: la naturaleza, como decimos, no hace nada en vano, y el hombre es el único animal que tiene palabra (Logos). Pues la voz es signo del dolor y del placer, y por eso la poseen también los demás animales, porque su naturaleza llega hasta tener sensación de dolor y de placer e indicársela unos a otros. Pero la palabra es para manifestar lo conveniente y lo perjudicial, así como lo justo y lo injusto. Y esto es lo propio del hombre frente a los demás animales: poseer, él sólo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, y de los demás valores, y la participación comunitaria de estas cosas constituye la comunidad familiar y la comunidad política.*

Es por eso que **el discurso es algo tan esencial en la comunidad política y exige ser protegido frente al poder**. El siglo pasado vio, en múltiples ocasiones, mecanismos de censura que apuntaban precisamente a una afectación a la esencia de este derecho, y Chile no estuvo exento de tales defectos (aunque de manera mucho más solapada que en otros países). Ahora este tema se encuentra en boga a propósito

de las "comisiones de desinformación" propuestas por el Gobierno, pero lo que es indiscutible es que se trata de un asunto fundamental con independencia de esas circunstancias particulares, respecto del cual cada palabra debe justificarse adecuadamente. No en vano la enunciación de esta garantía tal y como está hoy redactada tiene su origen en 1818, y fue posteriormente recogida por la Constitución de 1833[1]. Se trata de un precepto clave de nuestra tradición constitucional. Nuestro punto de partida, en consecuencia, es la misma Constitución vigente: creemos que ese debe ser el estándar mínimo, sin impedir, por cierto, la incorporación de nuevos elementos cuya incorporación se encuentre debidamente justificada. En función de este criterio expondremos nuestros comentarios al Anteproyecto de la Comisión Experta.

El primer punto que vale la pena recoger es la incorporación a esta garantía del **concepto de "libertad de expresión"**, que no es propio de nuestra tradición constitucional. Es cierto que muchos académicos (por ejemplo, don José Luis Cea, quien vino a exponer la semana pasada ante esta honorable comisión) se refieren a este derecho como "libertad de expresión", y por cierto que no vemos problema en eso, pero es igualmente innegable que dicha fórmula no tiene asidero en normas constitucionales que hayan regido en nuestro país. El punto no es menor, dado que el concepto de "libertad de expresión" podría entenderse que abarca conductas más amplias que el mero *discurso*, que es lo que se debe proteger mediante esta norma. Esta garantía, hasta la fecha, ha protegido "la libertad de emitir opinión e informar". Pero si la norma cambia, debe explicarse qué es lo que cambia, y esa es nuestra preocupación. Obviamente, nadie se opone a la libre circulación de ideas ni a la prohibición de censura previa —propia de los totalitarismos—, pero sí a una ampliación del ámbito de protección de esta garantía que, a juicio nuestro, podría llegar a ser peligrosa.

La opinión y la información son dos conceptos cuyo ámbito se restringe únicamente al *discurso*. La opinión se refiere a las ideas, mientras que la información se refiere a hechos comprobables.

En efecto, la RAE define la opinión como un "juicio o valoración que se forma una persona respecto de algo o de alguien", o como el "concepto en que se tiene a alguien o algo". La opinión se refiere al juicio o idea sobre un asunto. Todo juicio se refiere a lo que uno considera que es verdadero, pero dado que la opinión no es algo sobre lo que se tiene certeza, no es exigible jurídicamente que la opinión que se emite sea verdadera en los hechos, sino solamente que no afecte derechos de terceros —como la honra o la libertad religiosa— o el bien público.

La RAE define informar, en cambio, como "dar noticia de algo". Se refiere, en consecuencia, a un acto de comunicación sobre hechos. Esto implica que la libertad de

[1] Así se recoge en el trabajo de Jaime Arancibia Mattar (2020): "Constitución Política de la República de Chile. Edición histórica. Origen y trazabilidad de sus normas desde 1812 hasta hoy", *El Mercurio - Universidad de los Andes*, Santiago, pp. 26-27

informar sí puede ser verificable o comprobable, y de ahí que existan "abusos a la libertad de prensa", como reconoce la Constitución vigente (y que se materializan en las sanciones establecidas en el Código Penal y en la ley de prensa). Obviamente, esto no obsta que exista una prohibición del Estado sobre los medios de comunicación, o que no pueda censurarse previamente el discurso, como ya reconoce la Constitución actual.

Queda claro, así, que estos conceptos, enraizados en nuestra tradición constitucional, se refieren al discurso, a la opinión pública, al debate… pero no a actos exteriores de naturaleza física, tales como quemar una bandera, quemar una cruz o realizar conductas en público que sean contrarias a la moral, las buenas costumbres o el orden público. E incluso si se reduce al discurso: ¿qué añade la palabra "expresión" que no esté en "opinión" e "información"? Existe un peligro de que se considere que existiría, por ejemplo, un derecho al maltrato verbal (que no es delito), o a mentir (a nivel doctrinal podríamos preguntarnos, en ese caso: ¿con qué fundamento podría entonces el Estado sancionar el delito de falso testimonio en juicio?). **Dado que en Chile el concepto siempre ha estado restringido a la "opinión e información", no parece razonable dar cabida a otras conductas, pues el capricho personal o la injusticia no pueden tener el amparo de nuestro ordenamiento jurídico** (y eso sí cabe en la redacción del Anteproyecto, dado que se incluye la fórmula "en cualquier forma y por cualquier medio", que no tiene problemas mientras se refiera a discursos, pero que sí podría tenerlo si se amplía el ámbito de protección de esta garantía). En consecuencia, creemos que es mejor mantener la redacción actual de este derecho, manteniendo únicamente la fórmula "libertad de emitir opinión e informar". Otra forma de evitar estos inconvenientes podría ser incorporar una definición clara de la "libertad de expresión". Por ejemplo, podría señalarse que "la libertad de expresión consiste en la facultad de formular juicios sobre hechos o lo que se considera verdadero, sin ser perseguido ni discriminado arbitrariamente por tales juicios". A todo evento, creemos que sería prudente incorporar como límite a esta libertad los derechos fundamentales de las personas, la moral, las buenas costumbres y el orden público.

Es verdad que muchos de estos asuntos se resuelven por vía penal, pero hay otros que se dejarían al criterio del juez, como en aquellos casos en que supuestamente exista un "conflicto de derechos". En ocasiones ello ha dado resultados adecuados en protección de otros derechos fundamentales —como ocurrió en Chile respecto del caso Martorell, por ejemplo—, pero nada nos asegura que en el futuro ello sea así. Si vemos casos semejantes en derecho comparado, en otros países este derecho ha servido de amparo para múltiples hechos que sin duda podríamos considerar ilegítimos —incluso vulneratorios de derechos fundamentales de terceros—, aunque no constituyan ilícitos penales. Frente a esto, aunque no exista sanción penal para esos casos, nos parece que sería peligroso ampliar este derecho hasta el punto de amparar, no ya la libertad de opinión e información, sino la libertad para maltratar verbalmente a terceros, para molestar a los vecinos o para afectar la inocencia de los niños. **Es necesario dejar constancia de ciertos límites, dejando a salvo a la vez la libre**

circulación de ideas y el libre debate político frente al ejercicio del poder del Estado.

Un segundo punto que vale la pena destacar es la **incorporación de una expresión un tanto ambigua, sobre la "no restricción de la libertad de expresión por vías directas o indirectas"** (lo que trae a colación, una vez más, la complejidad de referirse a la "expresión", y no a la "información"). Es claro que la Constitución hoy protege la libre circulación de ideas —necesaria para la participación política de la ciudadanía—, y ese el uno de los motivos por los que protege este derecho, pero una fórmula como esa no deja claros los límites intrínsecos de la libertad de emitir opinión e informar (ni mucho menos de la "libertad de expresión", cuyo ámbito de protección no está definido, como ya señalamos).

En tercer lugar, creemos que la protección de **la libertad de emitir opinión e informar merece salvaguardas más concretas, habida consideración de lo que sucede hoy en el derecho comparado y en el debate legislativo nacional**. La prohibición expresa del monopolio estatal en la materia está muy bien —y es positivo que se haya conservado esa norma originada en la Constitución de 1980—, pero consideramos que la libertad de emitir opinión e informar (así como la libertad de pensamiento) ameritan en nuestros días una protección reforzada. Si consideramos que cada vez es más frecuente que el Estado imponga un relato ideológico dominante para todas las personas (como ocurre con múltiples proyectos de ley que se han discutido y se discuten a la fecha en el Congreso Nacional, tales como el "negacionismo" o la tipificación del delito de "incitación al odio"), o incluso ciertos relatos sobre hechos (lo que nos lleva al problema del control del *fact-checker*), parece razonable resguardar correctamente este derecho, frente a mayorías circunstanciales o a las facultades del poder político. Deben establecerse salvaguardas concretas (además de claras) al respecto, y a juicio nuestro la "no restricción de la libertad de expresión por vías directas o indirectas" es, por el contrario, amplia e insuficiente. En lugar de pretender establecer una libertad de expresión sin límites, parecería más razonable incluir sus límites, pero a la vez incorporar prohibiciones al Estado similares a la que existe sobre el monopolio de los medios de comunicación social. El Estado no debe tener jamás el poder para imponer un relato ideológico, ni tampoco para coaccionar a las personas a adecuarse a dicho relato (por ejemplo, mediante "capacitaciones").

En conclusión, nos parece que es necesario **restringir explícitamente el ámbito de protección de este derecho**, acotándolo al discurso (como hace la Constitución vigente, mediante el concepto de "emitir opinión e informar") y estableciendo claramente sus límites (la moral, las buenas costumbres, el orden público, los derechos fundamentales de terceros, la indemnidad sexual de los niños, etcétera). Ahora bien, es **igualmente necesario otorgar a dicho derecho —habiendo ya acotado su ámbito de protección— una protección reforzada respecto del poder político**, evitando no solamente la censura previa, sino también el control del discurso.

Anexo

Comparado de esta garantía en el anteproyecto de la Comisión Experta y en la Constitución vigente:

Art. 16. La Constitución asegura a todas las personas: *14. El derecho a la libertad de expresión, información y opinión, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores por los delitos o abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a una ley de quorum calificado.* *a) El Estado no puede restringir la libertad de expresión por vías directas o indirectas que impidan la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.* *b) Toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.*	Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas: 12º.- 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. La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social. Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida. Toda persona natural o jurídica tiene el

c) Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener medios de comunicación social, cualquiera sea su plataforma, en las condiciones que señale la ley. El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión. *d) La ley en ningún caso podrá establecer el monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.* *e) Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley institucional señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido consejo.* *f) La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica.*	derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley. El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo. La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica;