

Las libertades expresivas en el imaginario constitucional

La constitución que queremos: Propuestas para un momento de crisis constituyente, BASSA, Jaime; FERRADA, Juan Carlos; VIERA, Christian. (Santiago: Lom ediciones), 2020, pp. 255-275.

JOHN CHARNEY
Profesor de derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Introducción

La tarea de pensar sobre un derecho fundamental, como la libertad de expresión, en el marco de un proceso constituyente como el que ha comenzado en Chile requiere de un ejercicio de imaginación. Y aunque esto pueda sonar extravagante a los oídos de algunos, la *imaginación constitucional* no es una idea extravagante en la disciplina del Derecho constitucional. En un artículo reciente, Martin Loughlin se refiere a ella como el modo mediante el cual las constituciones sostienen el poder narrativo, simbólico, ritual y mítico que les dio forma, proyectándolo en una manifestación política concreta que sea capaz de transformar la realidad y la práctica política. La imaginación constitucional supone una relación entre pensamiento, texto constitucional y acción que permite explicar, entre otras cosas, cómo una constitución escrita puede organizar a una asociación de personas en un agente común, con una identidad colectiva y modos comunes de acción.

La tesis central de Loughlin es que la autoridad de una Constitución no depende de la calidad de su texto ni de su técnica, sino que de su poder simbólico. El poder simbólico consiste en un relato sobre un pasado imaginario que se proyecta sobre el mundo político, alterándolo y modificándolo. Su propósito es abrir nuevas posibilidades de concebir la realidad política y motivarnos a aceptar la autoridad de un orden constitucional particular. Las obras de Hobbes, Locke y Rousseau son expresiones de lo anterior y han definido de modo sustantivo los parámetros de la imaginación constitucional. El problema de estas teorías, sin embargo, es que ellas justifican la autoridad política en una figura transcendental (el Leviathan de Hobbes, el creador divino de la ley natural en Locke y el legislador de Rousseau). El constitucionalismo contemporáneo, sin embargo, no puede hacer reposar la autoridad en este tipo de figuras. Hoy, de acuerdo a Loughlin, el poder simbólico de las Constituciones es ocupado, en cambio, por un frágil y precario equilibrio entre lo que él denomina el poder integrador de la ideología, por un lado, y el poder subversivo de la utopía, por el otro. La conclusión obligada de Loughlin es que el deterioro de la esfera simbólica es un síntoma del deterioro del constitucionalismo.

Lo que me interesa hacer en este capítulo es utilizar la relación entre pensamiento, texto y acción política, como una herramienta para avanzar en una reflexión – muy preliminar – sobre la forma que debe adoptar la libertad de expresión y la libertad de prensa (que aquí denominaré libertades expresivas) en una nueva Constitución. Sostendré que en el constitucionalismo moderno hay una tensión entre el poder narrativo y simbólico comúnmente asociado a estas libertades y las prácticas comunicativas que se han forjado a partir de su reconocimiento constitucional. Mientras el poder simbólico de las libertades expresivas tiene un contenido emancipador asociado a luchas históricas por lograr su reconocimiento; muchas prácticas comunicativas propias de las democracias liberales insertas en sistemas capitalistas tienen efectos regresivos. Quiero sugerir aquí que una de las razones que explica esta tensión se encuentra en la forma en que el constitucionalismo moderno ha entendido estas libertades, esto es, como libertades negativas. Superar esta tensión supone entonces re-imaginar la forma de las libertades expresivas fuera de los estrechos márgenes de las libertades negativas.

Este capítulo tiene tres partes. La primera de ellas presenta la tensión existente entre el poder simbólico de las libertades expresivas y las prácticas regresivas de los modelos de comunicación desarrollados en los sistemas capitalistas al alero del constitucionalismo moderno. La segunda sección explora el aparato teórico que ha reforzado una comprensión negativa de las libertades expresivas (a través de la teoría de la verdad, la teoría de la autonomía y la teoría democrática) y sus limitaciones. La última sección propone una aplicación del concepto de libertad como no dominación a las libertades expresivas. Este concepto ofrece herramientas necesarias para abordar los problemas estructurales de los medios de comunicación y podría servir como modelo normativo para superar – en un eventual texto constitucional futuro – las tensiones identificadas en la primera sección y que a continuación se examinarán.

La dialéctica liberal: de la emancipación a la dominación

La historia de las luchas por el reconocimiento de las libertades expresivas es indisoluble de la historia de las luchas por la emancipación política. Y es que la tiranía, en cualquiera de sus manifestaciones, ejerce un férreo control sobre las ideas, opiniones y discursos que emergen en una sociedad. Por esa razón es que en períodos de opresión han surgido voces defendiendo las libertades expresivas que tienen, por supuesto, un importante contenido emancipador. La *Areopagítica* de John Milton escrita a mediados del S. XVII es un buen ejemplo. Este texto defiende la idea de que la libertad de expresión es un instrumento fundamental para la búsqueda y el descubrimiento de la verdad. Su propósito es demostrar que en la medida en que se eliminen los obstáculos a la libre circulación de ideas y opiniones, la verdad surgirá. Esta defensa, que hoy es conocida como la teoría de la verdad, mantiene su vigencia casi cuatro siglos

después de su primera versión y ha probado ser, sino una de las más influyentes justificaciones de las libertades expresivas, al menos la más longeva.

Areopagítica es más que la justificación de una libertad. El texto es, en sí mismo, una práctica política emancipadora. Escrita en la forma de un panfleto, fue la respuesta de Milton a la represión política de su tiempo en Inglaterra. Más específicamente, fue un ataque en contra del poder censor del Estado que previamente había rechazado una licencia para publicar su libro sobre “Doctrina y Disciplina del Divorcio”. Sus palabras desafían al parlamento y hablan de un sistema represivo que se resistía a perder el control sobre la circulación de ideas y opiniones en la esfera pública. La *Areopagítica* de Milton reúne pensamiento, discurso y práctica emancipadora en un solo acto. Y es precisamente esa síntesis la que caracteriza la fuerza simbólica de las libertades expresivas.

La historia de Chile contiene múltiples episodios en los que la lucha por el reconocimiento de las libertades expresivas es indisoluble de la lucha en contra de gobiernos represivos. El periodismo de oposición a la dictadura de Pinochet, liderado por medios escritos como las revistas *Apsi*, *Hoy* y *Análisis*, fueron esfuerzos para hacer frente a la dictadura militar y, a su vez, defender la libertad de prensa. Por su parte, la prensa obrera de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX también fue un combate que desde la prensa se dio en contra de los poderes económicos y en contra del poder represivo y censor del Estado. Antes que ellos, y desde otro lugar, Andrés Bello atacaba en *El Araucano* del 28 de Abril de 1832 al gobierno de Prieto por un ambiente de franca hostilidad hacia la circulación de ideas y pensamientos en los siguientes términos: “comprimir la conciencia y someter el entendimiento y la razón a la voluntad de un calificador arbitrario; condenar a las llamas trabajos mentales que descubren verdades porque se oponen a las conciencias privadas; obligar a juzgar del modo que se manda, sin permitir que se piense, privar al hombre del ejercicio de todas las facultades intelectuales dejándolo reducido al estado de un bruto domesticado, son cosas que el tiempo hará increíbles”.¹ Estos episodios han dado forma al poder simbólico de las libertades expresivas. Nos recuerdan que la lucha por el reconocimiento de estas libertades ha sido también una lucha por la emancipación política. Y desde este punto de vista, es indudable que el valor que atribuimos a estas libertades no puede disociarse del disvalor que asociamos a formas de gobierno represivas.

La forma que el reconocimiento de las libertades expresivas adopta en las constituciones occidentales es una consecuencia de los procesos históricos y políticos que las preceden. Es la consecuencia de la lucha moderna e ilustrada que por generaciones se dio en contra del poder censor del Estado, en contra de sus Tribunales y Comités de Censura, en contra de sus leyes represivas, en contra de la clausura de medios de comunicación social y la confiscación de sus bienes, en contra de las penas aplicadas a quienes levantaban su voz para oponerse a la autoridad (y que aún lo

¹ Extracto sacado de Subercaseaux, B., *Historia del Libro en Chile* (Alma y Cuerpo), Santiago: Lom, 2003, p. 41.

hacen). Por este motivo, cuando las libertades expresivas triunfan por sobre la opresión y se las reconoce, finalmente, en los textos constitucionales, ellas tienden a reafirmar que el Estado, su enemigo histórico, debe abstenerse de interferir, en lo que sigue, en los procesos comunicativos desarrollados en la sociedad civil. ¿Cómo lo hace? Las libertades expresivas adoptan en las constituciones modernas la fórmula de una libertad negativa. En su versión más *pura*, la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos, dice que el Congreso no hará ley alguna (...) que coarte la libertad de expresión o de la prensa. El texto chileno vigente, en una redacción similar a la que ya contenía la Constitución de 1833, reconoce a todas las personas en su artículo 19 N° 12: “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa...” Lo que se protege es la libertad de expresarse en la esfera pública sin interferencias externas, en especial, aquellas que provengan del Estado. De este modo, la carga simbólica de estas libertades, su espíritu emancipador, se vierte en un texto constitucional que mira con sospecha cualquier intervención del Estado en la circulación de ideas y opiniones en la esfera pública, incluso cuando esas intervenciones persigan – e incluso cuando logren material y efectivamente – reforzar dichas libertades.

Ahora bien, la categorización de las libertades expresivas como libertades negativas no solo es el producto de una lucha histórica – y en muchos casos exitosa – en contra de Estados censuradores. Dicha categorización es fundamental, además, para comprender la trayectoria que la economía política del mercado de las comunicaciones adoptó en el mundo occidental. En efecto, producto del debilitamiento del control estatal sobre los procesos comunicativos surge y se desarrolla un poderoso mercado de las comunicaciones a nivel global. De acuerdo a R. McChesney este mercado está compuesto por menos de 100 conglomerados que son los principales proveedores de contenidos mediáticos a las audiencias globales de los cuales los diez más grandes obtuvieron ingresos que sobrepasaron los 250 billones de euros en el año 2015.² El sostenido proceso de liberalización de las comunicaciones ha sometido la producción de contenidos informativos a las exigencias y a la racionalidad de este mercado. Esto ha producido, entre otras cosas, altos niveles de concentración de la propiedad de los medios, excesiva dependencia financiera en los avisadores y ha convertido a las utilidades en un elemento determinante de las decisiones editoriales.

El vertiginoso desarrollo del mercado de las comunicaciones no ha estado exento de críticas. Desde diversas disciplinas se ha cuestionado el modelo de medios que ha surgido en las democracias liberales. Una de las más influyentes es la crítica de la economía política de los medios de comunicación. Chomsky y Herman han sido sus precursores. De acuerdo a ellos los medios de comunicación son “poderosas y efectivas instituciones ideológicas que desarrollan una función de propaganda del modelo a través de su apoyo a las fuerzas del mercado a premisas internalizadas y a la auto-censura”.³ El propósito fundamental de la crítica de la economía política es demostrar que los medios de comunicación en las

² Ver ranking del Institute of Media and Communications Policy en <http://www.mediadb.eu/en.html>

³ Herman, S. & Chomsky, N., *Manufacturing Consent*, London: Vintage, 1994, p. 306.

democracias liberales no son libres e independientes, como se intenta hacer creer, sino que por el contrario, están sujetos a un conjunto de trabas y limitaciones que tienen su origen en las lógicas del mercado y que distorsionan seriamente su capacidad de comunicar adecuadamente la realidad social.

Uno de los principales problemas asociados a la liberalización de los medios de comunicación es la concentración de la propiedad. Por supuesto que Chile no es ajeno a este problema. Aunque la cantidad de concesiones de radiodifusión (más de 3.000) existentes hacen que el fenómeno de la concentración en la radio sea difuso, estudios demuestran que son los grandes holdings transnacionales los que concentran la torta publicitaria. Por otro lado, los mismos estudios indican que al transmitir desde los centros urbanos (Santiago) una programación estándar para todo el país, se invisibiliza la diversidad regional y local del país.⁴ Tratándose de la prensa escrita, el problema de la concentración en Chile es especialmente serio. Ella se encuentra controlada por un duopolio compuesto por Copesa y por El Mercurio. Ambos grupos concentran más del 85% del mercado, considerando la cantidad de compradores, lectores y publicidad. El problema de la concentración de la propiedad de la prensa escrita se agrava puesto que la prensa tradicionalmente ha sido un medio de comunicación con un marcado sesgo ideológico. Y en Chile los dos grupos empresariales que concentran la propiedad en el mercado de la prensa escrita comparten una visión ideológica de derecha. Así, las puertas de entrada a la construcción de la opinión pública – en el que la prensa escrita juega un rol importantísimo – se encuentran custodiadas en Chile por dos poderosos grupos económicos que no difieren sustancialmente en su visión política, económica y social. Ello no quiere decir, necesariamente, que las voces disidentes se encuentran completamente marginadas del debate. Sin embargo, la relevancia de esas voces dependerá de la voluntad de estos grupos de darles visibilidad lo que, desde una perspectiva democrática, es completamente inaceptable.

Los problemas de la liberalización de los medios de comunicación no se reducen a la concentración de su propiedad. Otro problema es que el competitivo mercado de las comunicaciones obliga a los medios a maximizar sus utilidades. Para hacerlo deben reducir costos y aumentar audiencias. De esta forma deben bajar los estándares de sus contenidos a un denominador común que capte el interés de audiencias masivas. Más aun, como los medios compiten entre sí por estas audiencias, sus contenidos tienden a uniformizarse. Este fenómeno, que ha sido denominado por G. Doyle ‘duplicación competitiva’ es bastante evidente en televisión, en especial en los noticieros nacionales, que dedican parte importante de su programación a la crónica policial, a la farándula y al fútbol en desmedro del periodismo investigativo. Por otro lado, la dependencia de los medios de comunicación en los avisadores ha transformado a estos últimos en referentes normativos cuyas demandas y requerimientos deben ser satisfechas por los medios, si estos quieren mantenerse en el mercado. De esta forma, los avisadores

⁴ Vea en general Ramírez, J.D., “La concentración de la propiedad radial en Chile: las exigencias de nuevos paradigmas entre globalidad y localidad”, Redes.Com N° 5, 2009.

pueden marginar posiciones disidentes, dejando de colocar sus avisos en aquellos medios que puedan ser contrarios a sus ideas o que puedan afectar sus intereses. A su vez, el financiamiento vía publicidad es un mecanismo de protección de intereses económicos en contra de la ‘mala prensa’ puesto que los medios serán muy cautos cuando se trate de denunciar escándalos que afecten a sus avisadores. La prensa radical que canaliza la disidencia y que, en general, enfrenta los intereses de las grandes corporaciones es la primera víctima de un sistema de medios de comunicación que descansa en los hombros de la publicidad y del mercado.

Los medios digitales y las redes sociales han adquirido un protagonismo innegable en la construcción de la esfera pública. Hoy existen diarios que solo circulan online y mucha información tiene su fuente en las redes sociales. A pesar de ello, las principales críticas que se han formulado a la dominación del mercado en el área de las comunicaciones siguen plenamente vigentes. Esto se debe a que las lógicas del mercado se han instalado en la web. En el ámbito de las comunicaciones esto se traduce en que los diarios más importantes (por lectoría y circulación) antes del surgimiento de Internet, siguen siendo hoy los diarios más importantes (por tráfico) en la web. En Chile El Mercurio y La Tercera a través de sus sitios online lideran el ranking de los medios digitales con mayor tráfico. Independiente de las razones que explican este fenómeno, lo cierto es que con el surgimiento de tecnología digital la crítica de la economía política de los medios de comunicación sigue tan vigente como antes.

Si en el pasado los medios de comunicación estuvieron sometidos al control del Estado, hoy se encuentran controlados por el mercado. El reconocimiento constitucional de las libertades expresivas asociado a las luchas por la emancipación política ha devenido en nuevas ataduras. Sujetos a las lógicas implacables del mercado, los medios de comunicación han devenido en poderosos aparatos ideológicos que con sus mecánicas internas tienden a reproducir los modos de producción imperantes y las relaciones de poder existentes. Por lo mismo, si bien la estructura de dominación ha cambiado a lo largo del tiempo, ella no ha desaparecido. Y el principal afectado sigue siendo la ciudadanía. Nuestro proceso constituyente es una oportunidad para romper con esta dialéctica liberal. Hacia allá se dirige este capítulo. Antes es necesario, sin embargo, explorar en más detalle el aparato teórico que ha reforzado la idea de que las libertades expresivas han de ser comprendidas bajo el molde de la libertad negativa.

La libertad de los modernos

En “Dos Conceptos de Libertad”, el famoso ensayo que leyó para inaugurar su *Chichele Chair* de Teoría Social y Política en Oxford en 1958, Isaiah Berlin defiende un concepto negativo de libertad, que caracteriza como la libertad de los modernos. Allí, Berlin señala que “soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad”. La libertad política – agrega –

es “el espacio en el que el hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros”.⁵ Según Berlin, la libertad negativa contrasta con la libertad positiva, o la libertad de los antiguos. Esta última no presta atención a la esfera de acción en la cual el individuo puede desempeñarse sin interferencias externas sino que se enfoca en “[e]l deseo de ser gobernado por uno mismo o, en todo caso, de participar en el proceso por el que se controlará mi vida”.⁶ De ahí que mientras la libertad positiva – desde una perspectiva política – responde a la pregunta sobre “¿quién me gobierna?”, la libertad negativa responde a la pregunta sobre “¿hasta qué punto sufro la interferencia del gobierno?”.⁷

Las libertades expresivas, como se dijo en la sección anterior, han sido categorizadas por el constitucionalismo moderno como libertades negativas. Independiente de las disputas teóricas que puedan surgir sobre la determinación del contenido protegido y sobre su ámbito de extensión, su categorización como libertades negativas significa que – una vez identificado su contenido protegido – cualquier interferencia, en especial si esta tiene su origen en una acción u omisión de un órgano estatal, constituye un atentado en contra de su ejercicio. La categorización de las libertades expresivas como libertades negativas por parte de la jurisprudencia y de la doctrina (nacional y comparada) se nutre de un conjunto de teorías que han justificado la importancia de estas libertades en base a distintos argumentos. Ya se dijo que un argumento relevante ha sido el de la verdad. A este se suma el de la democracia y el de la autonomía. Cada uno de estos argumentos, según se analizará a continuación, ofrece poderosas razones de por qué las libertades expresivas deben ser resguardadas por el orden constitucional. Estos argumentos, sin embargo, pierden su fuerza cuando son asociados al concepto negativo de libertad. En esta sección se sugerirá que no existe una conexión necesaria entre un concepto de libertad negativa y los principales argumentos que se han dado para defender las libertades expresivas. Más aún, la vinculación de estos argumentos con un concepto negativo de la libertad puede producir efectos regresivos en la búsqueda de la verdad, en el fortalecimiento de la democracia y en la autonomía individual. A continuación se analizarán, por separado, cada uno de estos argumentos y las consecuencias que se siguen de asociarlos a un concepto negativo de libertad.

El argumento de la verdad

Al comienzo de este capítulo, se señaló que el argumento de la verdad fue desarrollado por primera vez en su versión moderna por John Milton. Sin embargo, quien le dio su forma más sofisticada fue J.S. Mill en el capítulo segundo de *Sobre la Libertad*. Allí, Mill sostiene que el debate de ideas y opiniones en la esfera pública es un mecanismo fundamental para el desarrollo del conocimiento y el descubrimiento de

⁵ Berlin, I., “Dos Conceptos de Libertad”, en *Sobre la Libertad*, ed. H. Hardy, Madrid: Alianza, 2005, p. 208.

⁶ *Ibid.*, p. 217.

⁷ *Ibid.*, p. 208.

la verdad. El propósito de la libre expresión, desde este punto de vista, se traduce en el progreso intelectual de la sociedad. Partiendo de esa premisa, Mill señala que cualquier restricción del gobierno a las libertades expresivas, necesariamente afectará esta finalidad. Por lo tanto, en la medida en que estas barreras se eliminen, el conocimiento podrá desarrollarse y la verdad surgirá. En síntesis, el argumento de la verdad sostiene que las libertades expresivas, entendidas como libertades negativas, son una garantía para el progreso intelectual de una comunidad política.

El argumento de la verdad ha tenido influencia en nuestra tradición constitucional. La Constitución de 1925 reconoció un derecho especial a las Universidades para “organizar, fundar y mantener diarios, revistas, periódicos y transmisoras de radio”. Además, entregó a las Universidades (junto al Estado) el derecho exclusivo de establecer y mantener estaciones de televisión. En un sentido muchísimo más acotado, la Constitución de 1980, en su artículo 19 N° 12 inciso quinto indica que “El Estado, aquellas Universidades, y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión”. Hoy este es un reconocimiento meramente formal ya que en la práctica las Universidades no tienen control sobre los canales de televisión (salvo por el canal UCV cuyo propietario es la P. Universidad Católica de Valparaíso). Es evidente, sin embargo, que el reconocimiento de un derecho especial de las Universidades en el desarrollo de las comunicaciones se vincula a la idea del progreso intelectual. Ahora bien, dicho propósito no es necesariamente compatible con un concepto negativo de libertades expresivas. En efecto, conferir derechos especiales a las Universidades supone – desde luego – restringir, desde una perspectiva negativa, la libertad de los privados. Esto es especialmente cierto cuando se trata de medios de comunicación, como la televisión o la radio, que requieren de concesiones otorgadas por el Estado para el uso del espectro radioeléctrico, espacio que es esencialmente limitado.

Hay una razón más de fondo que explica la tensión entre el argumento de la verdad y las libertades expresivas cuando estas son categorizadas como libertades negativas. De acuerdo a Hannah Arendt, los modos de pensamiento y de comunicación asociados a la búsqueda de la verdad, ya sea racional o factual, comparten un grado de coerción en su modo de afirmación. La verdad no está relacionada con el acuerdo, la opinión o el consenso. La persuasión no es una herramienta retórica que pueda alterar el hecho de que la tierra gira alrededor del sol o que dos más dos son cuatro o que el Holocausto ocurrió. Asimismo, el número de personas que apoye o rechace estos enunciados no afecta el hecho de que sean verdaderos o falsos. Desde este punto de vista es perfectamente plausible afirmar, tal como Arendt parece hacerlo, que la búsqueda de la verdad y la libertad son valores que se encuentran en tensión, al menos si a la libertad la caracterizamos negativamente. En efecto, los métodos que las Universidades, los centros de investigación y la comunidad científica, en general, utiliza para organizar y desarrollar el conocimiento se sujetan a rigurosas lógicas a las que los investigadores deben ceñirse si

desean participar del mismo. Estas lógicas en poco o nada se parecen a las que gobiernan los procesos comunicativos que inspiran a las libertades expresivas. Por lo mismo, cada vez que los procesos comunicativos de una sociedad se han orientado hacia el desarrollo del conocimiento o la búsqueda de la verdad, se ha hecho necesaria la interferencia o regulación por parte del Estado. Obligaciones legales de imparcialidad y de precisión en la transmisión de contenidos noticiosos en la televisión pública británica son solo ejemplos de lo anterior. Estos ejemplos demuestran, sin embargo, que orientar las libertades expresivas hacia el desarrollo del conocimiento o la búsqueda de la verdad es incompatible con categorizarlas como libertades negativas.

La autonomía individual

Otra influyente defensa de las libertades expresiva es la de la autonomía individual. A pesar de que su influencia se concentra en el mundo anglo-sajón, es importante analizarla puesto que es la que llega más lejos en la caracterización negativa de las libertades expresivas. Ronald Dworkin es uno de sus principales exponentes. Un aspecto constitutivo de una sociedad política justa, de acuerdo a Dworkin, es que trata a sus miembros adultos como agentes morales responsables. Esto significa no solo que los individuos son libres de formar sus propios juicios sobre lo que es bueno o malo, correcto o incorrecto, justo o injusto en la moral, en la política, o en los negocios, entre otras dimensiones de la vida humana. Significa además que los individuos puedan definir por sí mismos sus planes y proyectos de vida y que puedan vivir sus vidas de acuerdo a esas definiciones. Las libertades expresivas son fundamentales para lograr lo anterior. Ellas permiten que los individuos puedan tomar decisiones en base a un abanico amplio de posibilidades y que puedan expresar esas decisiones en la esfera pública.

A partir de esas premisas, Dworkin afirma que el gobierno insulta a sus ciudadanos, violando el respeto que les debe como agentes morales cuando declara que ciertas opiniones deben ser restringidas como, por ejemplo, opiniones que puedan persuadir a quienes las reciben de adherir convicciones ofensivas o peligrosas. A una conclusión similar llega Thomas Scanlon a través de la formulación de su principio *Milliano*, que sostiene que en base al respeto a la autonomía individual, la libertad de expresión no puede limitarse, incluso cuando conduzca a la formación de ideas erróneas o cuando ellas sean la causa de acciones dañosas.⁸ Cualquier restricción a las libertades expresivas son consideradas, en consecuencia, un atentado en contra de la agencia moral. De esta forma, los autonomistas defienden las formas más extremas de expresión, incluidas las expresiones racistas, sexistas y xenófobas.

El principal problema de estas teorías, tal como lo advirtiera J. Waldron, es que confunden la autonomía individual con la libertad negativa. De acuerdo a Waldron, la autonomía evoca la imagen de

⁸ Scanlon, T., "A theory of freedom of expression", *Philosophy and Public Affairs* 1 N° 2, 1972, p. 213.

una persona que está a cargo de sí mismo. Un aspecto fundamental de la autonomía consiste en la capacidad de cada individuo de ser el “autor” de su propia vida, esto es, diseñar un plan de vida y vivir de acuerdo a él. Ahora bien, si la autonomía depende de que nuestras acciones y decisiones sean el producto de nuestra propia voluntad, entonces la autonomía supone una capacidad auto-reflexiva. Por lo mismo, hay expresiones que circulan en la esfera pública que contribuyen a fortalecer la autonomía individual, mientras que hay otras expresiones que la dañan. Quienes son víctimas de discursos racistas, sexistas o xenófobos que se expresan de manera permanente y sistemática en la esfera pública, por ejemplo, pueden ver severamente afectada su capacidad de definir sus propios planes de vida, puesto que ellos se estructurarían en base a una identidad vejada. Es por ello que en esos casos las restricciones a las libertades expresivas más que limitar la autonomía individual, pueden fortalecerla. Quienes afirman lo contrario confunden autonomía con libertad negativa.

La teoría democrática

Los argumentos proporcionados por la teoría democrática y por el constitucionalismo democrático para justificar la importancia de las libertades expresivas han sido los que más influencia han tenido en los tribunales y en el diseño de políticas gubernamentales relacionadas con dicha materia. El argumento sostiene, básicamente, que las libertades expresivas son fundamentales para el correcto funcionamiento de un sistema democrático ya que permiten reforzar algunos de sus presupuestos básicos, como la participación, la deliberación, el derecho a la información y el control de los actos de gobierno.

Partiendo de estas premisas algunas versiones del argumento democrático vinculan la protección de las libertades expresivas con un concepto negativo de libertad. Uno de sus precursores fue Alexander Meiklejohn. En contra de la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos de los años cuarenta del siglo pasado denominada “clear and present danger” que permitía restricciones a las libertades expresivas cuando estas constituían un peligro inminente a los valores que el Congreso estaba llamado a defender, Meiklejohn defiende una protección absoluta de estas libertades. De acuerdo a él, el autogobierno colectivo del pueblo solo es posible allí donde el debate y la discusión de ideas no está sujeto a ningún tipo de restricción. En efecto, el autogobierno colectivo supone que los ciudadanos deciden por sí mismos aquellos asuntos que son fundamentales para la vida en común. Por lo mismo, para que sus decisiones sean las mejores posibles, es necesario que cuenten con toda la información disponible y con todas las opiniones existentes del asunto sobre el cual han de decidir. Para justificar el carácter absoluto de las libertades expresivas, Meiklejohn recurre a la imagen de la Asamblea. Una Asamblea requiere de un debate completamente desinhibido, en el que no existan trabas de ningún tipo a la expresión de ideas, a la difusión de opiniones y a la circulación de información. Solo un debate de esas características podría

conducir a decisiones debidamente informadas. Lo mismo se aplica, dice Meiklejohn, a una sociedad democrática.⁹

Las libertades expresivas no solo han sido defendidas, desde la tradición democrática, por su contribución al proceso deliberativo. Ellas también han sido defendidas por ser poderosos instrumentos de control de los actos de gobierno y de los políticos. Este argumento es de larga data y es posible encontrarlo tanto en el pensamiento conservador como en el liberal. Desde este punto de vista, los medios de comunicación, en la medida en que son libres e independientes y que cuentan con los recursos necesarios para desarrollar investigación periodística autónoma son garantía de buen gobierno ya que al mantener a las autoridades sujetas a un permanente escrutinio las obligan a orientar sus acciones hacia el bien común. Tal como aquellos argumentos que defienden las libertades expresivas en base a su contribución al proceso deliberativo, el argumento de la prensa como un mecanismo de control y de garantía de buen gobierno ha sido, en general, vinculado a un concepto negativo de libertad. Desde esta perspectiva, la regulación estatal de la prensa es vista con sospecha puesto que se presume que ella siempre se realizará con el propósito de favorecer los intereses del gobierno, perjudicando así los de la prensa y por ende los de la ciudadanía en su conjunto.

Desde la propia teoría democrática, sin embargo, han surgido voces que se oponen a una caracterización negativa de las libertades expresivas. Estas posiciones sostienen que la regulación estatal de las libertades expresivas es un instrumento y no un impedimento para el correcto desarrollo y funcionamiento de un sistema democrático.¹⁰ Según C. Susteín, la regulación estatal de los medios de comunicación es necesaria para generar una estructura comunicativa que permita una deliberación adecuada en la esfera pública y que sea capaz de garantizar que todas las visiones sean oídas. O. Fiss, por otro lado, afirma que la libertad de expresión debe ser limitada cuando produzca un efecto silenciador sobre sus víctimas. Se trata principalmente de limitar el denominado discurso del odio, es decir expresiones xenófobas, racistas, sexistas o cualquier otra que tenga el propósito de degradar o que efectivamente degrade a un grupo o segmento de la población o a los miembros que lo integren. Todas estas alternativas entienden que las libertades expresivas son un instrumento para el desarrollo del proceso político en la medida en que estas no sean categorizadas como libertades negativas.

La libertad como no dominación

El “proceso constitucional” iniciado por el gobierno de Bachelet ofrece la oportunidad de recomponer

⁹ Meiklejohn, A. “Free speech and its relationship to self-government”, en *Political freedom: the constitutional powers of the people*, New York: Oxford University Press, 1965, pp. 24-28.

¹⁰ Ver, por ejemplo, Fiss, O. *The Irony of Free Speech* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996; Sunstein, C., *Democracy and the problem of free speech*, New York: The Free Press, 1995.

lo que Loughlin llama la imaginación constitucional, es decir, la relación entre pensamiento, texto y práctica política. Desde el punto de vista de las libertades expresivas esto significa re-imaginar el concepto de libertad con el que tradicionalmente se las ha asociado. Como se ha visto hasta acá, la categorización de las libertades expresivas como libertades negativas ha producido una tensión entre el contenido simbólico y emancipador de estas libertades, por un lado, y el carácter regresivo de las prácticas comunicativas desarrolladas al alero de su reconocimiento constitucional, por el otro.

Si uno ha de pensar en una alternativa al concepto de libertad negativa, uno podría comenzar por su opuesto: la libertad positiva. Tal como se indicó en la sección anterior, I. Berlin define la libertad positiva como la capacidad de autodeterminación. Ella consiste en que una persona es libre en la medida en que es dueña de sus propias decisiones y no un instrumento al servicio de otras. Uno es libre de acuerdo a este concepto de libertad si “deseo ser un sujeto y no un objeto; moverme en base a la razón, a propósitos conscientes, que son además míos y no por causas que me afectan desde afuera”¹¹. El concepto positivo de libertad supone orientar su ejercicio hacia la autorrealización. Su finalidad es que los individuos logren controlar sus propias vidas y que no sean esclavos de fuerzas, deseos o impulsos que no puedan controlar.

El concepto de libertad positiva puede sonar muy parecido a la defensa que los autonomistas hacen de las libertades expresivas, sin embargo, no lo es. No lo es porque el concepto de libertad positiva, a diferencia de las teorías de la autonomía analizadas en la sección anterior, se toma muy en serio el proceso auto-reflexivo del sujeto autónomo. En efecto, desde la perspectiva de la libertad positiva, la autonomía no solo puede verse afectada mediante la coacción directa de un agente externo. Quien toma decisiones motivado por sus impulsos irracionales, sus deseos incontrolados o sus bajos instintos es tan esclavo como quien se encuentra dominado por los deseos de otro. Solo es autónomo quien actúa guiado por su razón, por un deber, por una norma que se ha impuesto a sí mismo. El concepto de libertad (y el proceso mismo de auto-reflexión) supone entonces una fisura en el sujeto. Por un lado, está aquella parte del sujeto que debe asumir un rol dominante: la parte del sujeto que actúa guiada por la razón, por una norma moral o por el cumplimiento de un deber superior. Por otro lado, está aquella parte del sujeto que debe ser dominada: la que actúa motivada por las inclinaciones o por los impulsos irracionales. La libertad positiva busca emancipar a la primera de la segunda. Su propósito es permitir el desarrollo del ‘verdadero ser’, aquel que tomando el control de los procesos vitales, se deshace de aquellas ataduras que impiden su libre desenvolvimiento.

Según Berlin, la libertad así entendida contiene el germen de las peores formas de dominación, es la antesala del totalitarismo. Cuando al ‘verdadero ser’ se le identifica invariablemente con la razón, la moral, la virtud; y al ‘ser empírico’ con el que actúa motivado por el deseo, el placer y los impulsos

¹¹ Berlin, I., “Dos Conceptos de Libertad”, en *Sobre la Libertad*, ed. H. Hardy, Madrid: Alianza, 2005, p. 217.

básicos, se justifica la dominación del primero sobre el segundo. Ahora bien, cuando estas distinciones se llevan a categorías sociales y al ‘verdadero ser’ se lo asocia con una religión, una raza o una nación, pueden emerger formas de dominación de carácter totalitaria. Berlin señala que “una vez que tomo esta posición, puedo ignorar los deseos de los hombres o de las sociedades, oprimiéndolos y torturándolos en el nombre de su ‘verdadero ser’ y bajo el entendido de que cualquiera sea el fin último del hombre (felicidad, el cumplimiento de un deber, sabiduría, justicia o auto-realización) debe ser idéntico a su libertad – la libertad del verdadero, aunque usualmente sumergido e inarticulado, ser”.¹²

Los efectos que se siguen de la caracterización de las libertades expresivas como libertades positivas confirman las aprensiones de Berlin. Según H. Marcuse el fin de las libertades expresivas es “promover una sociedad en la que el hombre no sea esclavo de instituciones que desde un principio vician su autodeterminación”.¹³ Sin embargo, en los sistemas capitalistas “bajo el dominio de los medios monopolísticos – meros instrumentos, a su vez, del poder económico y político – se engendra una mentalidad para lo que lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso, están ya determinados de antemano en aquellos casos en que atañen los intereses vitales de la sociedad”.¹⁴ Bajo un diagnóstico similar al que hace la crítica de la economía política de los medios, Marcuse concluye que la tolerancia liberal es regresiva: impide el desarrollo racional del significado y la autodeterminación consciente de los individuos. En efecto, cuando un periódico muestra un genocidio seguido de un aviso a página completa de publicidad de cosméticos o cuando un periodista comunica la clausura de una fábrica con cientos de familias afectadas con el mismo tono de voz con el que comenta el pronóstico del tiempo, el sentido de las injusticias pierde su vitalidad. Para permitir que las voces reprimidas surjan de la marginalidad y se transformen en el discurso dominante, Marcuse propone una solución radical. Su propuesta consiste en la suspensión de las libertades expresivas y su remplazo por un sistema en el que solo las voces progresivas, es decir, aquellas que promuevan el libre desarrollo de las capacidades humanas, sean admitidas en el debate público. Paradójicamente, el tipo de censura que promueve Marcuse no constituiría un atentado a la libertad. En efecto, desde una perspectiva positiva, esta medida permitiría la emancipación de la sociedad de las condiciones materiales que impiden su autodeterminación. La pregunta que queda es si acaso su propuesta no crea condiciones tanto o más regresivas que las que quiere superar.

Afortunadamente los conceptos de libertad no se agotan en sus variantes negativa y positiva. Un tercer concepto, el de libertad como no dominación, les disputa protagonismo. De acuerdo a P. Pettit la libertad como no dominación, tal como su nombre lo indica, consiste en la ausencia de dominación. Para entender sus particularidades es necesario analizar los elementos que comparte y los

¹² Ibid.

¹³ Marcuse, H., “La tolerancia represiva” en *Tolerancia represiva y otros ensayos*, Madrid: Catarata 2010, p. 108.

¹⁴ Ibid., p. 112.

que la distinguen de los otros conceptos de libertad. Si la libertad negativa consiste en la ausencia de interferencia y la libertad positiva consiste en la autodeterminación, la libertad como no dominación se encuentra en una posición intermedia. A nivel conceptual se identifica con la libertad positiva porque ambas prestan atención a la categoría de ‘dominación’ y no a la categoría de ‘interferencia’. Se diferencian, porque la libertad como no dominación, a diferencia de la libertad positiva, no aspira a la autodeterminación, solo aspira a la falta o ausencia de dominación. La diferencia es evidente puesto que la ausencia de dominación no garantiza – necesariamente – la autodeterminación. Con la libertad negativa, por otro lado, se identifica porque ambos conceptos requieren de la ausencia de algo: de interferencia en el caso de la libertad negativa y de dominación, en el de la libertad como no dominación. La diferencia es que la interferencia y la dominación son categorías completamente distintas. Por lo mismo, puede existir dominación sin interferencia así como interferencia sin dominación. Un ejemplo extremo de dominación sin interferencia puede darse en la relación amo-esclavo tratándose de un amo que, por su particular disposición, no desea interferir en las actividades del esclavo. En este caso el amo deja al esclavo hacer todo lo que un hombre libre podría hacer. Si bien el esclavo no es interferido por el amo y por lo mismo es libre (paradójicamente) desde la perspectiva de la libertad negativa, al permanecer sujeto a una relación de dominación, no lo es, desde la perspectiva de la libertad como no dominación. Por otra parte, la interferencia sin dominación puede ocurrir cuando esta se hace para reforzar los intereses del interferido y dicha interferencia no es arbitraria, es decir es aceptada por razones o criterios que se encuentran validados socialmente.

Aplicada a las libertades expresivas, la libertad como no dominación puede ser útil para abordar algunos de los problemas identificados en este capítulo. En primer lugar, este concepto entrega herramientas para superar los efectos regresivos que se siguen, a nivel teórico, de la asociación entre las libertades expresivas y las libertades negativas y que fueron examinados en la sección anterior. En efecto, si la categorización de las libertades expresivas como libertades negativas pueden afectar el desarrollo del conocimiento, dañar la autonomía de los miembros de grupos marginados y perturbar su participación en el proceso democrático, entonces alguna forma de interferencia por parte del Estado se hace necesaria. Dicha interferencia – en principio – no debiese afectar las libertades expresivas desde el punto de vista de la libertad como no dominación. No debiese hacerlo puesto que dicha interferencia no sería arbitraria toda vez que persigue fines que responden a intereses ampliamente validados por la comunidad, como lo son el desarrollo del conocimiento, el fortalecimiento de la autonomía y el correcto funcionamiento del sistema democrático. Además, dicha interferencia tendrían por objeto superar estructuras de dominación que impiden la consecución de esos fines, tal como se verá a continuación.

La principal diferencia entre la libertad como no dominación y la libertad negativa, es que la primera, a diferencia de la segunda, se hace cargo del efecto que las estructuras políticas y económicas

tienen en la libertad de las personas. Así, mientras una dictadura o una colonia pueden ser compatibles con un concepto negativo de libertad (por las mismas razones que la esclavitud lo sería), jamás lo serán cuando la libertad es entendida como no dominación. Esto tiene directa aplicación en la estructura de los medios de comunicación.¹⁵ La categorización negativa de las libertades expresivas es indiferente a las lógicas de dominación que se siguen de la liberalización de los medios. Desde esa perspectiva la dominación no es un problema en la medida en que ella no produzca interferencias en el ejercicio de la libertad. Un buen ejemplo es el de la concentración de la propiedad de los medios. Desde la perspectiva de la libertad negativa, la concentración solo es problemática si de ella se sigue una reducción en la diversidad de la oferta de contenidos y de visiones. Lo importante es que las personas tengan un conjunto de opciones (en este caso de contenidos programáticos y de visiones) de las cuales puedan escoger libremente. Por lo mismo, basados en estudios que indican que la concentración no produce – necesariamente – una reducción en los contenidos y puntos de vista ofrecidos, muchos autores han ignorado el problema de la concentración.

Desde la perspectiva de la libertad como no dominación la concentración de la propiedad de los medios de comunicación es incompatible con la libertad, independiente de si ella asegura o no diversidad de ofertas programáticas y de visiones. La concentración supone que unas pocas personas tienen el control sobre el poder comunicativo de una sociedad y que el resto de la comunidad debe subordinarse a él. Esto constituye una forma de dominación y, como tal, es inaceptable. Desde la perspectiva de la libertad como no dominación la justa distribución del poder comunicativo es un valor en sí mismo. Por lo mismo si el mercado tiende hacia la concentración de la propiedad, el Estado debe intervenir para asegurar su distribución. Si bien esto sería un atentado desde la perspectiva de la libertad negativa, no lo es desde la perspectiva de la libertad como no dominación. Por lo mismo, un concepto de libertad como no dominación puede servir para superar el actual texto constitucional que se limita a impedir el monopolio estatal de los medios de comunicación y consagrar un principio general que garantice la justa distribución del poder comunicativo.

Por otro lado, la libertad como no dominación ofrece también fundamentos teóricos que permitirían, por ejemplo, justificar medidas que obliguen a los medios de comunicación a garantizar el pluralismo en sus contenidos. En efecto, la libertad como no dominación permite interferencias que no sean arbitrarias y que persigan objetivos ampliamente aceptados, en este caso el pluralismo de visiones y puntos de vista. Si el mercado no puede asegurar lo anterior, entonces se justifica la intervención del Estado. Esto no sería nuevo en nuestra tradición constitucional. La Constitución de 1925 contenía una

¹⁵ Si bien nuestro ordenamiento constitucional acepta limitaciones a las libertades expresivas cuando su ejercicio pueda afectar otros derechos o libertades, como por ejemplo la honra o la privacidad de las personas, mira con sospecha la regulación de la estructura de los medios de comunicación. Desde la perspectiva de la libertad como no dominación, la regulación de la estructura de los medios es esencial si de esta se siguen formas de dominación, como las que produce el mercado.

disposición que garantizaba acceso a las distintas voces y corrientes de opinión en condiciones de igualdad. En efecto, el artículo 10 N° 3 inciso tercero establecía que “Todas las corrientes de opinión tendrán derecho a utilizar, en las condiciones de igualdad que determine la ley, los medios de difusión y comunicación social de propiedad o uso de particulares”. El texto constitucional vigente no contiene ningún precepto como el anterior. Un futuro texto constitucional, inspirado en un concepto de libertad como no dominación, permitiría incorporar una garantía de pluralismo informativo que haga posible la expresión de la diversidad de voces existentes en nuestro país.

Por último, una interpretación de las libertades expresivas bajo un concepto de libertad como no dominación debiese reconocer la importancia de promover un sistema de medios que no se encuentre controlado exclusivamente por el mercado. Lo anterior por cuanto la provisión mixta (público y privada) permite la generación de contenidos que, al no estar sujetos a criterios de utilidad y captación de audiencias, dan mayor espacio para la libertad y creatividad en la construcción de la esfera pública. Las libertades expresivas entendidas bajo el concepto de libertad como no dominación, debiesen promover la existencia de uno o más canales públicos que, dotados de la mayor autonomía e independencia del gobierno, tengan a su vez, fuentes de financiamiento público.

Conclusión

Los medios de comunicación juegan un rol fundamental en el diseño de los relatos que dan forma a una comunidad política. Participan, en otras palabras, de la construcción de la esfera simbólica de la comunidad. Y si la esfera simbólica, siguiendo a Loughlin, es aquello que sostiene el orden constitucional, y permite organizar a una asociación de personas en un agente común, con una identidad colectiva y modos comunes de acción, entonces la tarea de pensar el modelo de medios en un proceso constituyente que tiene como antecedente el deseo de alcanzar mayores niveles de autonomía política, se hace sumamente relevante.

Desde el punto de vista de la imaginación constitucional el proceso constituyente es una oportunidad para recomponer la relación entre pensamiento y acción política a través de un nuevo texto constitucional. En materia de libertades expresivas esto significa reivindicar su contenido emancipador, atrapado en un sistema de medios que ha quedado entregado por completo a las reglas del *laissez-faire* y a las lógicas de dominación del mercado. Para lograr lo anterior es necesario superar la categorización de las libertades expresivas como libertades negativas. La libertad como no dominación surge como una alternativa óptima ya que, evitando los excesos de la libertad positiva, permite democratizar el sistema de medios de comunicación. En la práctica, esto podría significar, entre otras cosas, garantizar una distribución adecuada del poder comunicativo, asegurar acceso a las distintas voces y corrientes de

opinión existentes en la sociedad en condiciones de igualdad y promover un sistema público de comunicaciones que diversifique los modos de producción de contenidos y aporte nuevas perspectivas en la construcción de la esfera pública.

Bibliografía

- Arendt, H., “Truth and politics” en *Between past and future: eight exercises in political thought*, New York: Penguin Books, 1977.
- Barendt, E., *Freedom of Speech*, Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Berlin, I., “Dos Conceptos de Libertad”, en *Sobre la Libertad*, ed. H. Hardy, Madrid: Alianza, 2005.
- Couso J., “El mercado como obstáculo a la libertad de expresión: la concentración de la prensa escrita en Chile en la era democrática”, Plataforma Democrática, Julio 2011.
- Doyle, G., *Understanding Media Economics*, London: Sage Publications Ltd., 2002.
- Dworkin, R., “The coming battles over free speech”, *The New York Review of Books*, June 11, 1992.
- Fiss, O. *The Irony of Free Speech* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- Sunstein, C., *Democracy and the problem of free speech*, New York: The Free Press, 1995.
- Herman, S. & Chomsky, N., *Manufacturing Consent*, London: Vintage, 1994.
- Loughlin, M., “The Constitutional Imagination”, *Modern Law Review*, vol. 78, No 1, Jan. 2015.
- Marcuse, H., “La tolerancia represiva” en *Tolerancia represiva y otros ensayos*, Madrid: Catarata 2010.
- McChesney, R., *Digital disconnect: how capitalism is turning the internet against democracy*, New York: The New Press, 2013.
- Meiklejohn, A. “Free speech and its relationship to self-government, en *Political freedom: the constitutional powers of the people*, New York: Oxford University Press, 1965.
- Milton, J., *Areopagítica*, London: Standard Publications, 2008.
- Monckeberg, M.O., *Los magnates de las prensa: concentración de los medios de comunicación*, Santiago: Debate, 2008.
- Pettit, P., *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford: OUP, 1997, p.22.

- Siebert, F., *Freedom of the Press in England 1476-1776*, Urbana: University of Illinois Press, 1965, p. 198.
- Ramírez, J.D., “La concentración de la propiedad radial en Chile: las exigencias de nuevos paradigmas entre globalidad y localidad”, *Redes.Com* N° 5, 2009.
- Scanlon, T., “A theory of freedom of expression”, *Philosophy and Public Affairs* 1 N° 2, 1972.
- Subercaseaux, B., *Historia del Libro en Chile (Alma y Cuerpo)*, Santiago: Lom, 2003, p. 41.
- Waldron, J. “Moral autonomy and personal autonomy”, en *Autonomy and the challenges to liberalism*, ed. Christman et al., Cambridge: CUP, 2005, p. 317.