

LAS POTESTADES DEL LEGISLADOR Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

EUGENIO EVANS ESPÍNEIRA
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Gabriela Mistral

El artículo Primero de la Constitución Política consagra la finalidad del Estado y establece el marco principal de su actuación. Está al servicio de la persona humana, y su finalidad es promover el bien común. Para el logro de tal objetivo debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece.

El precepto, en esta parte, impone al Estado el deber de contribuir al logro de esas condiciones que permitan acceder al bien común, pero no lo autoriza ni a él ni a sus agentes a monopolizar los medios tendientes a tales objetivos ni a impedir las iniciativas que los particulares quieran desplegar en procura de los mismos.

La procedencia de exigir un rol activo al Estado, con la prevención señalada, deriva no sólo del precepto citado, sino que de muchos otros dispersos en la Carta Fundamental. Especialmente relevantes son las normas ubicadas en el Capítulo III sobre los Derechos y Deberes Constitucionales que imponen, varios preceptos, al Estado el asumir un rol activo para que el ejercicio de ciertos derechos fundamentales no quede como un mero enunciado jurídico sino que constituya una realidad en el medio social. En efecto, el artículo 19 asegura a todas las personas la igual protección en el ejercicio de sus derechos debiendo el legislador arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos; igualmente, se impone al Estado el deber de velar por la no afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y tutelar la preservación de la naturaleza. En materia de seguridad social, corresponde al Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten por medio de instituciones públicas o privadas y el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes. Referente al derecho a la educación, toca al Estado financiar un sistema gratuito con el objeto de

asegurar el acceso a la educación básica de toda la población. Le corresponde, además, el fomento del desarrollo de la educación en todos sus niveles, estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación.

Hay, sin embargo, otros derechos fundamentales reconocidos por la Carta Fundamental, para cuyo ejercicio no se requiere la acción directa ni la actividad supletoria del Estado, ya que no son calificables como derechos sociales. Uno de tales derechos es la libertad para emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio. La Constitución reconoce, además, el derecho de toda persona natural o jurídica para fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

En lo tocante a los deberes del Estado, sea en su misión de promover el bien común, sea en el aseguramiento del derecho de todos a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, o bien el de sus órganos de respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución (artículos 1º incisos 4º, 5º y 5º inciso 2), especial interés cobra como un Poder específico el Legislativo cuando regula el ejercicio del derecho a informar de modo que, sin lesionar otros derechos, asegure realmente la vigencia de esta garantía.

El derecho a informar y a ser consecencialmente informado, tiene a nuestro entender estrecho vínculo con los deberes antes descritos, pues sólo una opinión pública debidamente conocedora de la realidad nacional constituye un severo control de las potestades públicas en su misión de contribuir al bien común, como igualmente, sólo se puede participar con igualdad de oportunidades en la medida en que todos tengan acceso a recibir o participar en la información o en su difusión.

La extensión que deba darse al derecho a informar la encontramos tanto en la discusión que sobre el tema se produjo en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, como en lo sustentado en forma casi uniforme por la doctrina.

El tema, en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (C.E.N.C.), se trató básicamente en las sesiones 227 a la 230, celebradas entre los meses de junio y julio de 1976 y cuyos pasajes más relevantes para los efectos de este trabajo son:

“El señor Guzmán dice que, en primer lugar, quiere leer el texto de la indicación, a fin de orientar a la Comisión, y después hacer una intervención, lo más resumida posible, de sus fundamentos.

Al respecto, propone dos artículos distintos, y a los cuales dará lectura:

“Proyecto de disposiciones constitucionales sobre derecho a la información, libertad de expresión y medios de comunicación social.

La Constitución asegura a todas las personas:

Artículo 1º. El derecho a ser informado veraz, oportuna y objetivamente sobre el acontecer nacional e internacional, sin otras limitaciones que las derivadas de la moral, el orden público, la seguridad nacional y la vida privada de las personas, salvo que, en este último caso, se encuentre comprometido el interés nacional.

Artículo 2º. La libertad de informar y emitir sus opiniones sin censura previa, por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en los casos y formas determinados por la ley.

Toda persona natural o jurídica ofendida o infundadamente aludida por alguna información, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiere sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tendrá el derecho de establecer, mantener y explotar diarios, revistas o periódicos, en las condiciones que determine la ley.

Habrá un Consejo Nacional de Comunicación Social, presidido por un representante del Presidente de la República, designado por éste con acuerdo del Senado, e integrado, además, por dos miembros de la Corte Suprema, por dos Oficiales Generales de las Fuerzas Armadas y Carabineros, y por un miembro del Consejo Nacional de Educación Superior, designados en la forma que establezca la ley.

Corresponderá al Consejo Nacional de Comunicación Social la tuición superior de la radiodifusión, y el ejercicio de las demás atribuciones que le encomiende la ley, todo ello en conformidad a ésta.

Sólo el Estado y las entidades que la ley determine podrán establecer, operar y explotar estaciones de televisión, en las condiciones fijadas por ella.

No se podrá discriminar arbitrariamente entre los medios de comunicación social, en el otorgamiento de franquicias o en la impresión de cargas que dependan del Estado”.

Luego explica que desea exponer a la Comisión los fundamentos de la indicación que propone.

En primer lugar, quiere manifestar que, como es obvio, trabajó sobre la base de los informes presentados por la Subcomisión correspondiente y de su proposición final, que consta en el último de los informes que se les han hecho llegar. También conversó con el señor Miguel Schweitzer, Presidente de la Subcomisión, a fin de procurar que su indicación coincidiera del modo más exacto posible con el espíritu y la intención de esa Subcomisión, o, al menos, con la inspiración fundamental de él, como Presidente de la misma, sin perjuicio, como es natural, de que el señor Schweitzer debe atenerse al informe de la Subcomisión —como primera postura, a lo menos—, y del cual le corresponde hacerse cargo frente a la Comisión.

Quiere señalar que, a su juicio, el problema que se está tratando es uno de los más importantes —como muchas veces lo ha señalado— de toda institucionalidad moderna, y no le parece necesario abundar demasiado en el tema, pero sí quiere subrayar que estima que, bajo los mismos términos, se está hoy día, en realidad, discutiendo un problema que es diferente al que se conoció en épocas pasadas. Tradicionalmente se analizó este problema bajo el nombre de “libertad de opinión” o “libertad de expresión”, y se atendía a garantizar la libertad que tenían los ciudadanos para expresar sus opiniones desde los lugares comunes o cotidianos de su vida social hasta lugares como la cátedra universitaria, la cátedra en general, una conferencia, una charla, un mitin político, una asamblea de algunas personas, la impresión de un libro que leían varios miles de personas, o de periódicos que llegaban —con la extensión de los diarios de esa época— también a sectores muy determinados del cuerpo social. En otras palabras, era el derecho que se quería consagrar a minorías reducidas del cuerpo social, generalmente seleccionadas por su grado de cultura para hacer uso de un derecho en sus múltiples manifestaciones, con especial preocupación de cuidar la dimensión política que tiene esta libertad y que, por otro lado, lo expresado accedía a un número reducido e igualmente seleccionado de ciudadanos que estaban en comunicación con aquellos que hacían ejercicio diario y práctico de esta libertad.

Cree que esta realidad es la que ha cambiado sustancialmente en términos tales que ahora existe otro problema completamente diferente, tal vez bajo el mismo nombre, al de la libertad de opinión o de expresión. Este cambio —obvio es extenderse en ello— se funda en el desarrollo extraordinario y asombroso que han tenido en el último tiempo los campos de la ciencia y de la tecnología que a este respecto se refieren y que han traído como consecuencia el surgimiento creciente y permanente de nuevas formas de comunicación

social y nuevos medios de comunicación de masas, que él diría tienen tres características fundamentales. En primer lugar, su carácter masivo. Hoy día llegan a todos los ciudadanos sin distinción de grados de cultura y sin distinción, incluso, de grados de evolución socioeconómica, aun en las sociedades en vías de desarrollo para no referirse a las desarrolladas.

En segundo lugar, quiere subrayar la rapidez con que estos medios de comunicación operan en la actualidad. Lo que antes se demoraba días o semanas en ser conocido como noticia o como una opinión vertida a muchos kilómetros de distancia, o, a veces, con continentes de diferencia, hoy día se conoce en pocas horas o en breves minutos, en términos que la noticia llega a la persona que la va a recibir, o la opinión al que la va a escuchar, con una rapidez vertiginosa que permite que ya la verdad o la calumnia sean hoy instrumentos que realmente dan la vuelta al mundo en pocos minutos con un efecto extraordinariamente poderoso sobre las conciencias de las personas, que es fácil de apreciar en toda la significación que tiene y que muchas veces es muy difícil después de modificar por actuaciones posteriores, porque bien se sabe que el hombre en general se forma las imágenes de la primera instancia o impacto que recibe, sobre todo mientras menor sea su grado de cultura.

El tercer elemento que tienen estos medios de comunicación es su creciente poder de impacto sobre la persona que los está recibiendo. Es evidente que cuando al periódico sucedió después la radiodifusión generalizada y se agregó el elemento auditivo, con todo el poder sugerente que tiene la música, que tiene el sonido, sobre el alma y el espíritu humano, y cuando después de eso se ha pasado a la televisión, con el método audiovisual, en que ya son la imagen y el sonido los que llegan a la persona con un grado de impacto y de poder persuasivo y modelador de las conciencias realmente inquietante desde el punto de vista del futuro de la humanidad y de la responsabilidad de quienes ejercen esta función, se comprende que, más que frente a una dimensión nueva de la misma realidad, se está frente a una nueva realidad.

Hoy no puede pretenderse que simplemente se trata de extender a nuevas manifestaciones materiales una misma realidad conceptual a la que en la Revolución Francesa se conocía bajo el nombre de "libertad de expresión" o de "libertad de opinión". Hoy día se está tratando otra materia, otro tema, que nace de aquél, pero que, a su juicio, lo desborda con mucho.

Por eso, su proposición tiende a configurar tres temas fundamentalmente distintos. El primero de ellos es la reafirmación de la expresión tradicional de la libertad de opinión, extendida ahora a la libertad de infor-

mar como una precisión de concepto que hace más nítido y más rico este precepto. Es el que encabeza el artículo 2º de los que ha propuesto. Se trata de la “libertad de informar y emitir sus opiniones sin censura previa, por cualquier medio”. La verdad es que no vale la pena hacer referencia, como muy bien señala la Subcomisión, a qué medios se trata, porque hay muchos que pueden surgir en el futuro. Cree que tampoco se justifica la frase que la Subcomisión propone que se agregue: “y en cualquier forma”. Le parece redundante e inútil; basta decir “por cualquier medio”, “sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades en los casos y formas determinados por la ley”, manteniendo lo que ha sido la terminología tradicional.

El segundo tema que aborda, y que ahí también se diferencia; no en el espíritu, sino en la manera de plantearlo de la Subcomisión, es que estima que, como consecuencia del surgimiento de los medios de comunicación de masas, en la forma y con los caracteres que ha descrito, ha nacido la necesidad de buscar un equilibrio en el énfasis de las dos partes que confluyen al ejercicio de este derecho. Por una parte, se trata de un derecho de algunos de informar, pero, por otra parte, ha nacido el derecho de la comunidad a ser informada, derecho que, naturalmente tiene sentido y verdadera relevancia cuanto más progresan los medios de comunicación social. Este derecho a ser informado es una cosa que no figuraba en las Constituciones antiguas o tradicionales, como reveladora del énfasis que se ponía respecto de que lo que se deseaba garantizar era la libertad del que quería informar u opinar. Pero sin discusión, hoy día –también ha sido opinión en debates anteriores, de los miembros de la Comisión que éstos han ido manifestando; es también un punto del cual ya incluso el Concilio Vaticano II se ocupó desde el punto de vista de la postura de la iglesia; es un tema que muchas Constituciones o al menos tratadistas modernos abordan–, debe consagrarse el derecho a ser informado. Esto no viene propuesto en el informe de la Subcomisión, que hace, en cambio, solamente referencia en un inciso al acceso a las fuentes de información, “accesible a todos”, término que a él no le satisface, no le convence, por las razones que luego se podrían señalar; pero que, en todo caso, estima menguado y limitado frente a esta otra necesidad mucho más genérica y amplia, de consagrar, en los términos vastos en que lo propone, el derecho de la comunidad y de cada persona a ser informada del acontecer nacional e internacional.

Las expresiones “veraz”, “oportuna” y “objetiva” se explican por sí solas: “veraz”, que corresponde a la verdad; “oportuna”, que realmente no se dilate, como ocurre en China o en la Unión Soviética, donde durante

meses o años los gobernantes esconden a las personas las noticias y se las dan sencillamente cuando quieren dárselas y lo estiman oportuno, y “objetivo”, por cuanto se puede ser veraz sin ser objetivo, si no se miente, pero se callan indebidamente algunas de las aristas o aspectos de un problema y sólo se menciona una parte. Alguien podría decir que media verdad es una mentira. Eso es precisamente lo que se quiere señalar al agregar el término “objetivo”.

“El señor Silva Bascañán cree que hay que distinguir entre el derecho de informar, que forma parte de la libertad de expresión y de opinar, y el derecho a ser informado, que tiene otra materia y que cabe distinguirlo”.

El señor Ortúzar (Presidente) prosigue señalando que, precisamente porque se va a concretar más adelante, él decía que ambas libertades se ejercen sin censura previa, naturalmente, y sin perjuicio de las responsabilidades consiguientes. Pero le llama la atención el hecho de que en el informe no se diga nada –no sabe si ha habido razones especiales para ello– con respecto a la situación en que queda el cine, la cinematografía, porque evidentemente ahí también está en juego la libertad de expresión y de informar. Entiende que se ha discutido si el Consejo de Censura Cinematográfica se ajusta o no se ajusta al texto constitucional. Si se justifica, como a él le parece que se justifica un Consejo de Censura Cinematográfica, quién sabe si sería del caso que se consignara expresamente esta excepción. Anota que desea dejar planteada simplemente la idea.

Enseguida, prosigue, entre las materias que comprende esta libertad hay que considerar el derecho de acceso a las fuentes de información y las limitaciones correspondientes, y el derecho a ser informado por los medios de comunicación social de manera objetiva, veraz y oportuna.

En el informe de la Subcomisión no se hace el distinguo entre el derecho de acceso a las fuentes de información y el derecho a ser informado. En cambio, está contenido en forma más clara en la indicación del señor Guzmán, porque el derecho de acceso a las fuentes de información, acota, le parece que es distinto del derecho a ser informado, pues cualquier persona, o un profesional de la noticia, tiene derecho de acceso a las fuentes de información, pero nada tiene que ver ese derecho con el de la comunidad, con el de todas las personas, a ser informadas por los medios de comunicación social. El primero –el derecho de acceso a las fuentes de información– corresponde a toda persona, y con mayor razón, entonces, al profesional; y el derecho a ser informado corresponde a la comunidad entera, pero sólo respecto de los medios de comunicación social. No se puede establecer tampoco en términos generales, como se hace en la indicación del señor Guzmán, el derecho a ser informado, porque, por ejemplo, alguien no tiene

por qué exigir información a una persona determinada; se puede pedir información a los medios de comunicación social.

Expresa que deja planteado el problema”.

El señor Diez adelanta que su intención no es hacer una exposición de su pensamiento, sino pensar en voz alta acerca de muchos de los problemas suscitados en esta materia que estima tan importante.

Concuerda con quienes ya han intervenido en el sentido de que se está frente al problema grave de la subsistencia de una democracia real, ya que, a pesar de todos los esquemas que pueda establecer la ley, de todos los sistemas electorales y de consulta, la llave de la democracia real es la información, en una época en que la inmensa mayoría de los ciudadanos de cualquier país no tienen opinión nacida de sí mismos, sino que repiten lo que leen, lo que oyen o lo que ven. De manera que la decisión íntima, que se transformará por la expresión en la voluntad del país y en la marcha de esa sociedad, está profundamente influida en la civilización actual por la rapidez de la vida, por la penetración de los medios de comunicación, por la información que se recibe, por la naturaleza de ella, por su intención y no tanto por la libertad de opinión. Acota que se vive un momento en que, sin desconocer la enorme importancia y trascendencia de la libertad de opinión en materia política, filosófica o de otra índole, la información, a su juicio, es la clave del problema.

Si se analiza lo que sucede en la mayoría de los países altamente industrializados —y es hacia donde se va—, se observa que gran parte de sus órganos de prensa transmite la opinión por medio de la información, y es la forma cómo ésta se presenta la que está destinada a producir en la opinión pública determinado criterio para juzgar ciertas circunstancias”.

Fruto de la discusión en torno al derecho a emitir opinión y a informar habida en la C.E.N.C., surgió el siguiente precepto que reproducimos en sus tres primeros incisos, el que formó parte del anteproyecto de la citada comisión.

Artículo 19 (Nº 11). “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 comentan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley. Con todo, los tribunales podrán prohibir la publicación o difusión de opiniones o informaciones que atenten contra la moral, el orden público, la seguridad nacional o la vida privada de las personas.

La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición de la producción cinematográfica y su publicidad.

Asimismo, la Constitución asegura el derecho de recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva sobre el acontecer nacional e internacional, sin otras limitaciones que las expresadas en el inciso primero de este número”.

El artículo proyectado fue sustancialmente modificado en sus revisiones posteriores por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno, suprimiéndose en definitiva el inciso que aseguraba el derecho a recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva sobre el acontecer nacional e internacional.

¿Significa tal supresión que el constituyente de 1980 negó la existencia de tal derecho, o bien es posible que el ordenamiento jurídico desconozca la existencia del derecho a la información veraz, oportuna y objetiva? ¿Está implícita en la configuración actual de la garantía acceder a una información que reúna los mencionados caracteres? La respuesta a estas interrogantes la han dado algunos tratadistas que se han ocupado del tema. Así, Cea Egaña señala que “respecto de la libertad de información, los anales consultados prueban que fue entendida con la calidad de supuesto de la libertad de opinión, sin la cual carece de sentido. En ella, sin embargo, cabe distinguir diversos aspectos que son absorbidos en su amplio y completo significado. Así, la libertad de información conlleva la libertad de acceder a las fuentes de información y opinión, la libertad de difundir o comunicar lo hallado en tales fuentes o que proviene de ellas, y la libertad de recibir la información, derecho cuya singular relevancia se percibe cuando se entiende que su titular es la comunidad. El precepto constitucional en análisis condensa los tres aspectos enunciados y es fundamental que así se comprenda. En otras palabras, la libertad de informar asegurada a todas las personas por la Constitución asume el reconocimiento y protección de la libertad de buscar, transmitir y recibir información”¹.

Evans de la Cuadra, por su parte, expone que “aunque el derecho a recibir la información no se encuentre en la letra de la preceptiva constitucional, forma parte integrante de ella, porque de nada sirven las libertades de opinión y de comunicación garantizadas si ellas no tienen destinatarios reales con derecho a exigir su recepción y conocimiento. Por ello concluimos que las tutelas jurisdiccionales y las limitaciones que la

¹José L. Cea E., *Tratado de la Constitución de 1980*. Edit. Jurídica de Chile. 1988, 97.

institucionalidad brinda a estas garantías se extienden, por su naturaleza, al derecho de toda persona a recibir las noticias y las informaciones”².

Verdugo, Pfeffer y Nogueira, exponen que: “aun cuando la Constitución no consideró explícitamente el derecho a recibir información, pensamos que aquél forma parte integrante de esta garantía, porque de otro modo, de nada serviría que se aseguraran las libertades de emitir opinión y la de informar si no se reconoce que los destinatarios –dentro del régimen democrático– tienen mínimamente el legítimo derecho a una información oportuna, veraz y objetiva”³.

Coincidimos plenamente con las opiniones antes manifestadas, pues la solidez del sistema democrático y la vigencia efectiva de un Estado de Derecho se sostienen, en buena medida no sólo al reconocerse la libertad de emitir opinión y de informar, sino que, además y especialmente, por ciudadanos conocedores del acontecer nacional y con la capacidad suficiente para cumplir las funciones de control y de influencia respecto del ejercicio de las funciones encomendadas a las potestades públicas.

Ahora bien, y establecido lo anterior, ¿hasta dónde llegan las facultades del legislador para regular el efectivo ejercicio del derecho a informar y a recibir información oportuna, veraz y objetiva?

El problema planteado no es de fácil resolución. Por lo pronto, estimamos que el estudio de la garantía consagrada por el N° 12 del artículo 19 de la Carta Fundamental debe realizarse en un contexto tal, que no prive de efectos a su contenido mismo, ni vulnere el ejercicio pleno y legítimo de otros derechos fundamentales que la Constitución reconoce a todas las personas.

En efecto, dentro del valor *libertad* que informa buena parte de los preceptos contenidos en el ordenamiento fundamental, se consagra el derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley. Igualmente, se reconoce el derecho a desarrollar actividades económicas que no sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales regulatorias de tal actividad. Además, se reconoce el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, estableciéndose finalmente que el ejercicio

²E. Evans de la C., *Los derechos constitucionales*. Edit. Jurídica de Chile, Tomo I, 1986, 299.

³M. Verdugo, E. Pfeffer y H. Nogueira, *Derecho Constitucional*. Edit. Jurídica de Chile. 1994, tomo I, 257.

de tales derechos no puede ser afectado en su esencia por regulaciones legislativas. Por ello, la obra del legislador que pretenda dar efectiva vigencia al derecho a estar informado debe efectuarse observando el conjunto de los derechos reconocidos antes señalados, pues de lo contrario adolecerá de abierta inconstitucionalidad. Así, a nuestro parecer, no sería válida la norma que impusiera o pretendiera imponer a un medio de comunicación social la difusión de cualquier información que para la dirección del mismo careciera de relevancia pública o bien fuera contraria al pensamiento de tal dirección. La Constitución asegura el derecho a estar informado y reconoce la posibilidad de que cualquier persona sostenga medios escritos de prensa, pero no reconoce, a nuestro parecer, imperativamente u obligatoriamente el derecho a estar pluralistamente informado, esto es, que *todas* las corrientes de opinión tengan garantizado el acceso permanente a *todos* los medios de difusión o de comunicación social.

Estos últimos subsisten en la medida que gocen de la independencia necesaria como para difundir objetivamente todas aquellas informaciones que crean relevantes y, si continuamente silencian información o bien tergiversan los hechos noticiosos relevantes, el castigo social llegará como resultado del desinterés del público por acceder a ellos. Este efecto es general para todos los medios de comunicación social, razón por la cual al legislador sólo le es dable regular y sancionar los abusos y delitos que se cometan en el ejercicio del derecho a opinar e informar.