Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 197
AÑO LXIII
ENERO - JUNIO 1995
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

*LIBERTAD DE OPINION E INFORMACION. DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA A LA LIBERTAD DE ANTENA**

FRANCISCO ZUÑIGA URBINA
Profesor Universidad de Chile y
Universidad La República

1. LIBERTAD DE IMPRENTA

La libertad de expresión hunde sus raíces en la Reforma Protestante que quiebra el monopolio ideológico religioso y logra una concreción maravillosa con la invención de la imprenta. Así en Inglaterra, John Milton, y John Locke realizan una verdadera prédica fundada en la libertad de pensamiento, de tribuna y de imprenta. Milton (1644) en *Aeropagítica* hace una apología de la libertad de prensa como "la libertad de saber, de hablar y de argüir libremente según mi conciencia por encima de todas las libertades".

Con acierto sostiene Gómez Reino que la libertad de prensa viene definida en un primer momento histórico por dos características: "a) se considera como una de las libertades intelectuales, esto es, como una modalidad de la libertad de pensamiento del individuo, desconectada, por lo tanto, de la propiedad de los medios de comunicación social; y b) el significado de esta libertad es tomado del sistema inglés el Common Lae, en el cual, según William Blackstone, la libertad de prensa se configura como freedom from prior restraints, es decir, la libertad de prensa significa ausencia de censura previa". (..) "Este derecho de libertad se configura en la doctrina clásica (Jellinek) como derecho público subjetivo, esto es, como como un derecho defensivo (Alwehrechte) o derecho de omisión (Unterlassungsrechte) tendente a un non facere del Estado (libertad negativa), o, dicho con otras palabras, la libertad consiste en un hacer del individuo, lo cual exige correlativamente con no hacer del Estado, o si se quiere la libertad es un poder de prohibir (Burdeau), o immunity frente al Estado, en la concepción anglosajona"(2).

Así la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano "reconoce y declara" como derechos los siguientes:

"Art. 10. Nadie debe ser molestado en sus opiniones, aún las religiosas, con tal que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley".

"Art. 11. La libre expresión de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, en consecuencia, ha-

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

blar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley".

Nuestro país se hace eco de las tendencias constitucionales liberales cristalizadas en Francia (1789), en Estados Unidos (1ª Enmienda a Constitución de 1787) y en España con la Constitución de Cádiz (1812).

La Constitución de Filadelfia de 1789, en su I Enmienda (1791) dispone: "El Congreso no podrá aprobar ninguna ley conducente al establecimiento de religión alguna, ni prohibir el libre ejercicio de ninguna de ellas. Tampoco aprobará ley alguna que coarte la libertad de palabra y de prensa, o de derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar reparación de cualquier agravio"(3).

Esta I Enmienda tuvo su antecedente en el Estatuto de Virginia para la Libertad Religiosa de 1786 (inspirado en un reglamento para la Libertad Religiosa redactado por Th. Jefferson en 1779), y en la Declaración de Derecho de Virginia de 1776 (art. XII que dispone: "Que la libertad de la prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad, y jamás puede ser restringida sino por un gobierno despótico".

También en España la libertad de imprenta encuentra temprana consagración; de suerte que el Decreto IX de 10 de noviembre de 1810 proclama la libertad política de imprenta esto es, la libertad de todos los cuerpos y personas particulares, de cualquier condición y estado, de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anteriores a la publicación. La Constitución de Cádiz (1812) en el capítulo relativo a la Instrucción Pública consagra la libertad de imprenta (art. 371); lo que guarda armonía con lo expuesto por A. de Argüelles en su *Discurso Preliminar*, que considera a esta libertad como el "verdadero vehículo de las luces"(4). Esta libertad de imprenta queda rodeada de garantías formales configuradoras de un sistema represivo, que sujeta el ejercicio de la libertad a responsabilidades legalmente exigibles, despojando la libertad de toda censura previa (5).

Por otra parte, en América del Sur la libertad de imprenta es una libertad radical respecto del orden indiano. A modo de ejemplo, el libro *Manifestación Histórica y política de la Revolución de la América y más especialmente de la parte que corresponde al Perú y Río de la Plata* (18) atribuida a José de la Riva Agüero, se señala como causas de los americanos: "12. Que toda ilustración pública es prohibida, y se castiga a los que han leído obras filosóficas, de instrucción pública para los que la Inquisición tiene preparados sus cárceles, y el gobierno sus cadalsos". "13. Que toda opinión política, auque sea de poca importancia, es graduada de delito de alta traición".

El Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 en su artículo 23 dispone: "La imprenta gozará de una libertad legal, i, para que esto no dejenere en licencia nociva a la religión, costumbre i honor de los ciudadanos y del país, se prescribirán reglas por el Gobierno i Senado". A partir de esta paradigmática preceptiva fundada en la interdicción de la censura previa (sistema represivo), se dicta una "Ley de Imprenta" mediante Decreto de la Junta de Gobierno con acuerdo del Senado de 23 de junio de 1813 redactado por Juan Egaña. Resulta notable que las "Disposiciones relativas a la libertad de la prensa" en su preámbulo destaquen el carácter de esta libertad: "Después que en todas las naciones cultas i en todos los tiempos se ha hablado tanto sobre la utilidad de la libertad de imprenta; cuando todos conocen que esta es la barrera más fuerte contra los ataques de la tiranía, i que jamás ha existido un Estado libre sin que todos su habitantes tenga un derecho de manifestar públicamente sus opiniones; cuando hemos visto que los déspotas han mirado siempre como el medio más seguro de afianzar la tiranía prohibir a todo ciudadano la libre comunicación de sus ideas, i obligarle a pensar conforme a

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los caprichos y vicios de su Gobierno; i finalmente, cuando todos íntimamente conocen que tan natural como el pensar le es al hombre el comunicar sus discursos, sería presunción querer decir algo de nuevo sobre las ventajas de este precioso derecho tan propio de los hombres libres, i que el Gobierno quiere devolverles, convencido de que es el único medio de conservar la libertad, formar i *dirigir la opinión pública i difundir las luces"*. El Decreto de 1813 consagra la "entera i absoluta libertad de imprenta", quedando abolidas las "revisiones, aprobaciones y cuantos requisitos se opongan a la libre publicación de los escritos" (I). En consecuencia la falta al "decoro i honestidad" constituye delito, correspondiendo al ofendido acusar ante la Junta Protectora, y si se trata de escrito que afecta la "seguridad i tranquilidad públicas, la religión del Estado o el sistema de Gobierno" corresponde acusar a todos los ciudadanos y en especial al Ministerio Fiscal. El Decreto de 1813 encomienda al Senado la tuición de la libertad de la prensa, debiendo nombrarse un Senador (Egaña) para velar por esta libertad y sin su audiencia no podrá condenarse acusado. La Junta Protectora integrada por siete individuos "de ilustración, patriotismo e ideas liberales" protegerá la libertad de la prensa, debiendo declarar la existencia de abusos y de haberlo la justicia ordinaria conocerá del delito y aplicará las penas que correspondan. El aludido Decreto establece a título excepcional la censura previa para escritos religiosos, censura previa del "ordinario eclesiástico i de un vocal de la Junta Protectora. Finalmente, se establece un principio de responsabilidad de todo escrito recaído en su autor, y de ser anónimo en el impresor, quien también responde de la publicación de un escrito religioso no sometido a censura previa (6).

En la Constitución Provisoria de 1818, el artículo 11 consagra la libertad de imprenta bajo el tenor siguiente: "Todo hombre tiene libertad para publicar sus ideas i examinar los objetos que están á su alcance, con tal que no ofenda á los derechos de particulares de los individuos de la sociedad, a la tranquilidad pública y Constitución del Estado, conservación de la religión cristiana, pureza de su moral y sagrados dogmas; y en consecuencia, se debe permitir la libertad de imprenta conforme al reglamento que para ello formará el Senado o Congreso". Reitera estas ideas la Constitución de 1822 en sus artículos 223, 225 y 226 que prohíbe las calumnias, injurias e incitación a los crímines , sin perjuicio de la libertad de impresos en cualquier idioma y en caso de reconvención por infringir el art. 223, se citará al acusado para que "literatos" juzguen la causa; sorteando siete que se desempeñarán como jueces.

En 1823, la Constitución Moralista redactada por Juan Egaña destaca el Título XXIII "Del uso de la imprenta" que consagra la libertad de imprenta. En este orden de ideas el art. 262 dispone: "La imprenta será libre, protegida y premiada en cuanto contribuya a formar la moral y buenas costumbres; al examen y descubrimientos útiles de cuantos objetos pueden estar al alcance humano; a manifestar de un modo fundado las virtudes cívicas y defectos de los funcionarios en ejercicio de y á los placeres honestos y decorosos". El talante reaccionario de la Constitución de Egaña (puesto de manifiesto por Carrasco Albano) se expresa en los artículos 265 y 266 que establecen un sistema preventivo al someter todo impreso a un "consejo de hombres buenos", para el simple y mero acto de advertir a su autor las "proposiciones censurables"; pudiendo el autor corregir o vindicar sus ideas para evitar la responsabilidad penal y civil. La Constitución Moralista "impracticable" fue declarada por el Congreso insubsistente, por lo que rige en este período una ley de imprenta de 1823 y una Ley de Poderes Públicos de 1827 que en su artículo 7º prohíbe al Congreso, Asambleas y demás autoridades coartar la libertad de pensamiento, palabra, escritura y prensa (7). La Ley de 1823 adiciona a la Ley de Imprenta de 1813 varias disposiciones, siendo designada como "antigüedad preciosa de la revolución" y debe conservarse en todas sus partes, fijando obligaciones a impresores

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

(firma del autor del impreso, responsabilidad del impresor por no presentación de original firmado o por anónimos; y culmina clasificando los abusos de la prensa en tus clases: "leves, graves i gravísimos" para proporcionar las penas. Esta Ley de 1823 tiene la virtud de fijar como principio la no responsabilidad de quienes por medio de la imprenta publican o censuran el delito, culpa, defecto o exceso cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

La paradigmática Constitución Liberal de 1828 consagra con perfección técnica y sobriedad la libertad de imprenta, adscrita a un sistema represivo. Al respecto el artículo 18 declara: "Todo hombre puede publicar por la imprenta sus pensamientos y opiniones. Los abusos cometidos por este medio serán juzgados en virtud de una ley particular y calificados por un tribunal de jurados".

Bajo la inspiración de José Joaquín de Mora en 1828 se aprueba la Ley sobre Abusos de la Libertad de Imprenta, fundada en la interdicción de la censura previa (sistema represivo) y en un principio de responsabilidad. La ley dispone que el establecimiento de imprenta requiere dar cuenta al Gobierno local, quien con el nombre del sujeto y residencia, lo avisará a la Municipalidad; debiendo el impresor entregar copia de impresos publicados al Fiscal de la Corte de Apelaciones o al Procurador municipal. El impresor queda obligado al pie de imprenta, siendo responsable de todo impreso pudiendo exonerarse manifestando la firma del autor o editor. Las infracciones son castigadas con penas de multa (arts. 7º, 8º y 9º). En cuanto a los delitos por abuso de la libertad de imprenta, el principio es que esta responsabilidad arranca de escritos denunciados como "blasfemo, inmoral, sedicioso o injurioso" (arts. 11,12,13,14 y 15). El artículo 16 de la ley establece la *exceptio veritatis*, de suerte que no es injurioso un impreso en que se publiquen las omisiones o excesos que los empleados públicos cometan en el ejercicio de sus funciones o respecto de hechos constitutivos de crímenes. Para los delitos la ley establece grados de penas (arts. 18, 19, 20, 21 y 22). Tiene acción para denunciar los delitos el Fiscal de Corte de Apelaciones y el Procurador municipal, siendo tribunal competente en órgano compuesto por jueces de hecho y sin juez de derecho (Título V). En cuanto al procedimiento éste es complejo, constituido de un juicio de formación de causa y de un juicio definitivo. El Tribunal constituido como un verdadero *jurado* conoce del juicio de formación de causa, el que declarado conforme dé inicio a un juicio definitivo bajo la guía del Juez de derecho; quien ordena la comparecencia del impresor, lo notifica y exige el nombre de la persona responsable de la firma original, y de no ser habido el responsable se procede a la prisión del impresor (arts. 47-50). Con lo resuelto por el Juez de derecho, el Cuerpo Municipal sortea un nuevo jurado en sesión pública, excluyendo a los jueces del primer juicio; y reunidos los trece jueces y presididos por el Juez de derecho empieza un juicio público que continúa hasta un fallo sin interrupción (art. 56), regulando la ley las etapas de este segundo juicio definitivo que recoge garantías del debido proceso (arts. 58-63). El fallo puede ser de absolución o condena, y en este último caso corresponderá al Juez de derecho escribir la pena correspondiente (art. 68).

En 1833 la Constitución Pelucona consagra la libertad de imprenta siguiendo la matriz impuesta por el art. 18 de la Constitución Pipiola. Que el artículo 12 Nº 7º dispone:"La libertad de publicar sus opiniones por la imprenta, sin censura previa, y el derecho de no ser condenado por el abuso de esta libertad, sino en virtud de un juicio en que se califique previamente el abuso por jurados, y se siga y sentencia la causa con arreglo a la ley". Ciertamente al talante conservador de la Carta Política, se une una configuración de instituciones propias de una "república autocrática y aristocrática" (8) en que los extremos son: facultades extraordinarias y libertad de imprenta. Por vía ejemplar, el Decreto del Ministro Portales de 14 de junio de 1830 rechaza el "escandaloso

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

abuso" de la libertad de imprenta convertida en instrumento de "pasiones maléficas, la incapacita para ejercer este saludable influjo; y lo hace más a propósito para extraviar, que para dirigir la opinión que aún las acusaciones fundadas que se lanzan por la imprenta contra aquellos que abusan de sus facultades en daño público, no excitarán la atención que deberán, vertiéndose por un órgano habitualmente depravado; que los acuerdos se excedan en la licenciosidad de la prensa para no sincerar su conducta, y que este orden de cosas, confundiendo a los buenos servidores del Estado con los prevaricadores, compromete igualmente el honor de todos ellos, y cede en desdoro del gobierno". De suerte que todo funcionario público que fuere atacado por la imprenta debe acusar por sí o por apoderado al autor o editor del impreso, ante tribunal competente, y si no lo hiciere quedará suspenso y el Fiscal lo acusará con el mismo impreso ante el Tribunal competente. El Decreto del Ministro Portales es regresivo respecto del principio consagrado en leyes de 1823 y de 1828, en orden a que la libertad de imprenta ejercida para denunciar abusos de poder o delitos de funcionarios públicos no entraña responsabilidad.

En consecuencia, no resulta extraño que la Ley de Imprenta de 1846, patrocinada por el Ministro Antonio Varas e inspirada en proyecto redactado por Mariano Egaña en 1839, se propuso "suprimir la prensa con elemento de agitación política" (Heise). La Ley sobre Abusos de la Libertad de Imprenta de 1846 dispone: el que mediante la imprenta provocase la rebelión o sedición, desobediencia de las leyes o autoridades, o el trastorno del orden público será castigado con presidio o destierro por un tiempo que no baje de seis meses y no suba de seis años (art. 1º); continuando el Título Primero con una minuciosa descripción de "abusos y delitos" destacando la limitación impuesta a la *exceptio veritatis* (arts. 7º, 8º y 9º). En materia de delitos la "acusación" corresponde por regla al Fiscal de la Corte de Apelaciones, agente fiscal o en su defecto por el Procurador de la ciudad, y en caso de injurias se agrega al propio ofendido (arts. 22 y 24). El tribunal competente está compuesto por un Juez de primera instancia en negocios de mayor cuantía y jurados por sorteo nombrados por el cuerpo municipal, fijándose un detallado procedimiento con declaración de formación de causa y un procedimiento oral que permite al acusado defenderse; no procediendo recurso frente al fallo, excepto el recurso de nulidad.

El jurista M. Carrasco Albano en sus "Comentarios"(9) destaca un "vicio capital" de la Ley de Imprenta; al escribir: "Si bien guarda consonancia con un principio constitucional, hace en cierto modo i hasta cierto punto ilusoria la libertad de la prensa. Nos referimos a la prohibición de tocar las cuestiones religiosas i de atacar la religión del Estado. Si el pensamiento es libre, si la libertad en su emisión por la palabra o por la imprenta, en cuanto se respete la libertad de los otros, es un derecho de todo hombre, si esa libertad en una condición de la existencia i del desarrollo del ser moral, como lo es el aire para el ser físico, es claro que no se puede poner ninguna restricción a su ejercicio en el campo de las ciencias, sobre todo la ciencia i la primera de todas: ella es vasta, ella es inmensa, ella es infinita como su autor. Como él, ella es el centro i la circunferencia juntamente de todas las ciencias. La primera palabra del saber humano, como la última, es Dios".

Asimismo, el maestro del joven malogrado jurista (Carrasco Albano) José Victorino Lastarria, animado por un talante liberal propone en la Cámara de Diputados (Sesión de 16 de junio de 1849) una nueva Ley de Imprenta, y que transitoriamente rigiese la Ley de 1828. La Ley de Imprenta de 1846 es "ilógica y arbitraria": confunde injuria y calumnia, e impone penas dacronianas, excesivas y desproporcionadas; a lo que se agrega el arbitrio del Juez "la voluntad apasionada de un hombre, que puede tener in-

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

terés en el éxito de un juicio, que casi siempre contiene una cuestión de partido" (O.C. Vol. III, pág. 97). Lastarria con brillo resume: "Una lei arbitraria, es una lei despótica; una lei que clasifica caprichosamente los hechos; que erije en delitos, es una lei absurda; una lei que no representa un principio, que no tiene una idea social que le dé vida, es una lei bárbara; una lei que tratando de organizar el juri, lo convierte en juzgado ordinario i recarga i complica los procedimientos contrariando el espíritu de la Constitución, es una lei anti-constitucional" (pág. 102). El preámbulo de la moción parlamentaria de Lastarria relaciona el "derecho natural" de libertad de imprenta a la organización republicana, como herramienta de control de los "ajentes del Ejecutivo", manifestándose contrario el "juri" en las repúblicas hispanoamericanas. Nuevamente en 1867 Lastarria presenta en la Cámara de Diputados como nueva moción el proyecto presentado en 1849 (O.C. Vol V, págs. 475-494). Con todo, la referencia a Lastarria estaría incompleta sin indicar que a propósito de la acusación a Francisco Bilbao por "Sociabilidad Chilena", hizo una apasionada defensa del tribuno y su obra, expulsado del Instituto Nacional y de toda institución de instrucción pública y por mandato de la Corte Suprema su escrito quemado por mano de verdugo (Sentencia de 2 de julio de 1844) (O.C. Vol X. págs. 315-324).

Por otra parte, J. Huneeus destaca que la libertad de imprenta es una manifestación de la "libertad del pensamiento", de la libertad de palabra, sea verbal o escrita; siendo pieza esencial del "sistema representativo", pues permite fiscalizar los actos de los funcionarios públicos y parlamentarios. Con agudeza Huneeus observa que en la Constitución de 1833 *no hay delitos de imprenta,* por más que dieren a entender lo contrario los epígrafes de la Ley de 1846. La ley establece abusos que podrán ser castigados, despúes de una calificación como tal por un jurado. El "Tribunal de Jurados" estaba contemplado en las Constituciones de 1822, 1823 y 1828. Anota Huneeus que la Constitución dejó un vacío al determinar que calificado el abuso por jurado, la causa debe regirse y fallarse por arreglo a la ley; lo que permite (1846) a los tribunales de segunda instancia que conocen las causas criminales, anular por injusticia manifiesta y evidente del fallo; lo que importaba "tanto como destruir y anular la independencia de éste". (10) Este defecto es corregido en la Ley de Imprenta de 1872 que establece una calificación por jurado y sentencia por jurado.

La Ley de Imprenta de 1846 por un talante conservador (*"reaccionario"*) y por su draconiana severidad se transforma en letra muerta, lo que insufla los intentos de reforma legislativa. De esta manera, la "liberal" nueva Ley de Imprenta de 1872, tuvo su origen en 1867 en una moción presentada a la Cámara por el diputado Caupolicán Miguel Luis Amunátegui y Francisco Vargas Fontecilla; al que se agrega un proyecto presentado por José Victorino Lastarria. Se nombró una Comisión Especial de Diputados que refundió los proyectos de ley, bajo la guía o impulso de Amunátegui como Ministro de Estado. Renovado el Congreso en 1870, el proyecto fue aprobado sin debate el 15 de junio de 1872, otro tanto hizo el Senado. En el Congreso difunde el proyecto de ley el Ministro del Interior Sr. Altamirano. Por último, resulta notable que junto con la nueva Ley de Imprenta de 1872, la prensa logra un gran desarrollo y poder, teniendo como figuras a Benjamín Vicuña Mackenna y a Juan Pablo Urzúa, director de *El Ferrocarril.*

La Ley sobre Abusos de la Libertad de Imprenta de 1872 consagra el principio de responsabilidad por abusos de la libertad de imprenta del impresor por sus publicaciones fijando la obligación del "pie de imprenta". El artículo 3º de la ley define los abusos de la libertad de imprenta; abuso que será calificado por jurados (art. 4º); admitiéndose la *exceptio veritatis* cuando los escritos menoscaben el crédito o buen concepto de un empleado público o la confianza que en él tiene la sociedad. La ley reguló el

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"derecho de acusar" (art. 7º), la constitución del jurado y los procedimientos por estos abusos (art. 10 y siguientes); un procedimiento de instrucción para la formación de causa y un procedimiento de fallo, en juicio público y básicamente oral. La sanción por abusos es de multa impuesta por el Juez de letras (arts. 27 inciso 2º y 28). Los fallos de jurado no son susceptibles de recurso alguno, salvo recurso de nulidad fundado en las causas siguientes: falta de citación de las partes y por no haberse reunido el tribunal con el número competente de jurados (art. 34).

Para terminar, debe citarse el análisis clásico de José Guillermo Guerra relativo a libertad de imprenta en la Constitución de 1833, mal concebida como libertad cuyo único mérito fue estatuir la interdicción de la censura previa. Guerra anota como defectos de la Constitución de 1833: "En primer lugar, sólo se admitió la posibilidad de que existieron *abusos* y no *delitos*, contra la experiencia recogida en otros países y también en el nuestro en los veintitrés años que llevaba de existencia el periodismo nacional, raquítico todavía, pero ya excesivo en sus actitudes. Pero el error más grave fue, a nuestro entender, el establecimiento del juicio de jurados, en un país que comenzaba a dar primeros pasos en el sendero de la civilización. El sistema de los jurados requiere condiciones superiores de cultura y de moral en la masa general de un país. En Europa misma, no se ha aplicado satisfactoriamente más que en los pueblos del norte, de purísima raza blanca y de moral forzada en las austeridades de las sectas protestantes" (p. 11). Los defectos de las leyes de imprenta llevaran al "más completo libertinaje de la prensa y nuestro país se convirtió en el paraíso de los calumniadores y difamadores, hasta el extremo de que la calumnia, la injuria y la difamación producidas en forma horrorosamente dañina por medio de la prensa, sólo merecía insignificantes penas, mientras las mismas iniquidades producidas de palabra o en pasquines manuscritos, que sin duda realizan un daño mucho menor, podían ser sancionados con más rigor en conformidad a las disposiciones del Código Penal"(11).

La Constitución de 1925 ha procurado remediar los males de la Constitución de 1833 y de la Ley de Imprenta, "dando a la libertad de la prensa un carácter más allegado a la realidad de la vida, conservando la institución en cuanto ella importa una preciosa garantía para la difusión de las ideas sanas y para el progreso de la Nación, pero quitándole los privilegios que la convertían en una amenaza para la honra, los intereses y aún la veda de los habitantes de la República".

El art. 10 Nº 5 de la Constitución de 1925 consagra la "libertad de imprenta" como libertad de opinión en los términos siguientes: "La libertad de emitir sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa o en cualquiera otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometen en ejercicio de esta libertad en la forma y casos determinados por la ley". La libertad de opinión queda sujeta a un sistema represivo, reservando a la ley la determinación de delitos y abusos (principio de responsabilidad), y extiende la libertad a todos los medios de comunicación (libertades instrumentales implícitas) (12).

En este orden de ideas, A. Silva Bascuñán (siguiendo a J. G. Guerra) indica los cambios sustanciales introducidos al texto de la Carta de 1833; a saber: " a) En 1833 sólo se aludía a la libertad de prensa, que entonces era el instrumento más corriente de expresar la opinión, pero el desarrollo técnico moderno ha hecho posibles muchas otras formas, de modo que la de imprenta, que sigue siendo una de ellas, coexiste junto a las demás que deben ser, como ella, igualmente tratadas... ; b) Se ha terminado la imposición constitucional que obligaba a resolver los problemas surgidos respecto de la libertad de imprenta por medio de jurados, jueces de conciencia que, de la manera como se

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

designaban según las leyes que se dictaron, no siempre ejercieron su jurisdicción con imparcialidad y acierto, sino que de modo versátil, con criterio político y escasa independencia. Las leyes de 1846 y 1872 consagraron el sistema. Se exigieron dos jurados; el primero de los cuales, llamado exclusivamente a apreciar si se daba o no lugar a la formación de causa, y el segundo, a dictar la resolución. Eran elegidos por sorteo, entre quienes tenían el derecho electoral, por las Cortes de Apelaciones, que hacían listas de los sorteados, estableciéndose para las partes interesadas la facultad de tachar algunos nombres; y c) La Constitución de 1833 sólo permitía la sanción de los abusos que se cometieron en el ejercicio de la libertad, y las leyes dictadas durante su imperio castigaban tales abusos con multas insignificantes que vinieron a consagrar el más irrestricto y licencioso sistema. Desde 1925, se responde tanto de los delitos como de los abusos que se pueden cometer, en la forma y casos determinados por la ley" (13).

Para concluir, cabe destacer que mediante Decreto Ley Nº 425, de 1925, (Ley Maza) sobre Abusos de Publicidad, se desarrolla un complejo de principio de responsabilidad en el marco del sistema represivo a que adscribe la libertad de opinión, cuerpo legal anterior a la Carta de 1925, "por lo que, en caso de contradicción, debe prevalecer ésta". Asimismo, la Ley Nº 12.927, de 1958, al resguardar la seguridad del Estado, en los artículos 17 y 18 establece figuras delictivas que pueden comerterse por medio de la imprenta, fijar responsables y reglas sobre participación (14).

2. LIBERTAD DE ANTENA

Tempranamente bajo el imperio de la Constitución de 1925, Bernaschina se refiere a la libertad cinematográfica y de radiotransmisiones no consagradas en la Carta, "razón por la cual deben entenderse comprendidas en la garantía general de la libre emisión de las opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa o en cualquiera otra forma" (15). De lo anterior, Bernaschina colige que la libertad de opinión adscrita al sistema represivo y de responsabilidad, no permite la censura cinematográfica; por lo que el Decreto Ley Nº 558, de 1925 sobre Censura Cinematográfica hace conveniente reformar la Constitución en orden a estatuir la "supervigilancia" del Estado. A este respecto Silva Bascuñán coincide en establecer un "sistema de censura" previa en la cinematografía, y argumenta que esta actividad es una verdadera industria con "afán remunerativo" más que una manifestación de la libertad de opinión: "la cinematografía es, para todos los que intervienen en el proceso que llega al espectador, esencialmente un trabajo o industria, que puede ser prohibido si se opone a las buenas costumbres, a la seguridad, a la salubridad o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así (art. 10 Nº 14). En tales condiciones la ley, en resguardo de dichos valores y del interés nacional, puede disponer a los medios conducentes a que no se negocie con exhibiciones que envuelvan esos graves riesgos colectivos" (16). Igual argumentación cabe para la radiodifución. Por esta vía se considera constitucional el sistema de censura previa del D.L. Nº 558, de 1915, y del D.F.L. Nº 37, de 1959; modificado por D.F.L. Nº 334, de 1960.

Por otra parte, en el ámbito de las radiocomunicaciones durante muchos años no existió legislación especial; sólo un Reglamento de Transmisiones de Radiodifusión (Decreto Nº 4.581, de 1949, del Ministerio del Interior). El Reglamento dispone hacer transmisiones en castellano (art. 10); permisos especiales para retransmisiones (arts. 11 y 12); fijan proporción de números vivos, de música y artistas nacionales (art. 13); exige nacionalidad, competencia y permiso gubernativo a locutores (art. 14), y se destina espacio obligatorio para transmisiones del Estado. Sobre este Reglamento Bernaschina comenta que configura sin sistema preventivo para radioemisoras, las que quedan a

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

merced de la Dirección de Informaciones del Estado (Secretaría General de Gobierno) que fija el marco de supervigilancia del contenido y realización de transmisiones, fijan normas y autorizaciones previas (arts. 3, 9 y 16).

La Reforma Constitucional de 1971 denominada Estatuto de Garantías Constitucionales, promulgado por Ley Nº 17.398, recoge los viejos planteamientos en el campo de la radiodifusión, televisión y cinematografía realizados por destacados constitucionalistas de la época.

El contenido de la Reforma de 1971 (Estatuto de Garantías Constitucionales) es resumido por Evans:

"Hasta la Reforma Constitucional en estudio, nuestra Carta Fundamental contenía en el Nº 3 del artículo 10 la garantía de la Libertad de Opinión, que consagraba tres elementos:

• La libertad de emitir opiniones por cualquier medio;
• La garantía de que ella puede ejercerse sin cesura previa, admitiendo sólo una restricción en el caso del Nº 12 del art. 44, Ley de Facultades Extraordinarias de carácter político, y
• La responsabilidad en virtud de la cual debe responderse en la forma que señale la Ley, por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad". (Texto complementario es la Ley Nº 16.643 de 4 de septiembre de 1967 sobre Abusos de Publicidad).

Desde la Reforma Constitucional agrega Evans, de 9 de enero de 1971, el precepto en análisis contiene, además, los siguientes elementos que son complementarios de los tres enunciados.

"1. La consagración constitucional del Derecho a Respuesta, que es el que tiene el afectado por una publicación o alguna información, con el objeto de aclararla o rectificarla gratuitamente en el mismo órgano de difusión que la hubiere emitido, en las condiciones que la Ley determine. La ley complementaria es la citada Ley de Abusos de Publicidad; sin embargo, hace falta una legislación más efectiva, porque en la inmensa mayoría de los casos las personas ofendidas o aludidas por alguna información no logran obtener la difusión oportuna o adecuada de su respuesta;

2. El acceso igualitario de todas las corrientes de opinión a los medios de difusión y comunicación social de propiedad o uso de particulares, en la forma que señale la Ley. Esta ley no ha sido dictada; sólo existen, según hemos visto, las normas de la Ley de Televisión que garantizan los derechos de los partidos políticos;

3. El derecho de toda persona natural o jurídica, especialmente las universidades y los partidos políticos, de organizar, fundar y mantener medios de comunicación social, salvo las estaciones de televisión que la Constitución reserva exclusivamente al Estado y a las Universidades sin limitación de ninguna naturaleza. En consecuencia, ni la ley ni la Administración pueden restringir este derecho;

4. El precepto de que sólo en virtud de una ley se puede modificar el régimen de propiedad y funcionamiento de los medios de difusión y comunicación social y que su expropiación debe ser aprobada por ley, con el voto conforme de la mayoría de Diputados y Senadores en ejercicio. (Ver Documentos Complementarios 2, 3 y 4 de este Capítulo).

5. El establecimiento de la libre importación y comercialización de libros,

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

impresos y revistas, sin perjuicio de las reglamentaciones y gravámenes que la ley imponga.

6. La libertad de circulación, remisión y noticias que no se opongan a la moral y a las buenas costumbre, y

7. La prohibición de discriminar arbitrariamente entre las empresas propietarias de medios de difusión y comunicación social, en lo relativo a venta o suministro en cualquier forma de papel, tinta, maquinaria u otros elementos de trabajo, o respecto de las autorizaciones o permisos que fueren necesarios para efectuar tales adquisiciones, dentro o fuera del país" (17).

En consecuencia, el artículo 9º inciso penúltimo número tercero dispuso: "Sólo el Estado y las Universidades tendrán el derecho de explotar y mantener estaciones de televisión cumpliendo los requisitos que la ley señala". Esta *reserva estatal* en relación al derecho de explotar y mantener estaciones de televisión, no permite hablar en propiedad de libertad de antena, lo que queda de manifiesto al examinar la Ley Nº 17.377, de 1970, Orgánica de Televisión, que fija el marco de servicio público de la televisión (art. 1º). La reserva estatal se resume a las instituciones que podrán establecer, operar y explotar canales de televisión: la empresa Televisión Nacional de Chile, Universidad de Chile, Universidad Católica de Chile y Universidad Católica de Valparaíso; de suerte que la caducidad y la extinción de las autorizaciones para mantener, operar y explotar canales será materia de ley. Al ente público Consejo Nacional de Televisión (arts. 7º –13) le corresponde la "orientación general, supervigilancia y fiscalización de la televisión chilena", sin perjuicio de las atribuciones de la Superintendencia de Servicios Eléctricos, de Gas y de Telecomunicaciones. El carácter de servicio público de la televisión queda explícito en su régimen financiero (arts. 30-32) y en las reglas específicas para la comunicación política (arts. 33-36) (18). En materia de censura, se establece un sistema preventivo que hace aplicable la Ley Nº 16.493 , de 1967, sobre Abusos de Publicidad , y excluya la aplicación del D.F.L. Nº 37, de 1959 que crea el Consejo de Censura Cinematográfica, con la limitación que los canales de televisión no podrán exhibir películas rechazadas por este Consejo.

Para concluir, nuestro planteamiento es que apartir de la Constitución Política de la República de 1980 se consagra la *libertad de antena* como un derecho de libertad no ejercitable directamente, sometido a una extensa reserva de ley en relación al contenido y ejercicio del derecho fundamental. El artículo 19 Nº 12 incisos quinto y sexto dispone: "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".

El Tribunal Constitucional hace suya una interpretación tradicional de los principios que informan el estatuto de la televisión, poniendo acento en los conceptos de servicio público, régimen de derecho público, opinión pública, entre otros (S.T.C. Rol Nº 56 recaída en proyecto de ley que modifica Ley Nº 18.700, de 1988):

"7º. Que, precisado lo anterior, el problema consiste en resolver si estas obligaciones y limitaciones que el proyecto impone a los canales de televisión de libre recepción sólo en aquellas oportunidades en que se realicen procesos electorales y plebiscitarios y con el exclusivo propósito de contribuir a conseguir la plena igualdad de todas

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

las personas en la participación en los señalados procesos, infringen la preceptiva constitucional, ya sea por crear una discriminación arbitraria en su contra, por conculcar su libertad de información o, en fin, por vulnerar el derecho de propiedad sobre sus bienes.

" 8º. Que un análisis de las normas constitucionales y legales que han regido el derecho a operar canales de televisión en Chile demuestra, con claridad, que nuestro ordenamiento jurídico ha sido extremadamente exigente y cauteloso en la regulación de este medio de comunicación social, restringiendo la titularidad del derecho sólo a determinadas instituciones, por una parte y dejando testimonio, por la otra, que en el cumplimiento de sus funciones deberán estar siempre presentes, de manera muy especial, los *intereses generales de la colectividad.*

Para demostrar lo primero, basta recordar que la Constitución de 1925 complementada por el artículo 2º de la Ley Nº 17.377, de 1970, sólo permitió establecer canales de televisión a la empresa denominada "Televisión Nacional de Chile", a la Universidad de Chile, a la Universidad Católica de Chile y a la Universidad Católica de Valparaíso, todas ellas Corporaciones de Derecho Público.

Para evidenciar lo segundo, es oportuno transcribir algunos pasajes de la moción parlamentaria que en el año 1969, patrocinada por el Ejecutivo, dio origen a la antes señalada Ley 17.377. En ella se expresa: "La creciente importancia de los medios de comunicación y de su impacto en la sociedad contemporánea ha preocupado a los especialistas de todas las disciplinas sociales. Entre estos medios es la televisón, sin duda alguna, el que ha producido el efecto más profundo en la población al afectar incluso los hábitos del grupo familiar y orientar las actitudes y aspiraciones de todo el grupo social Difícil sería, por lo tanto, ignorar la responsabilidad que cabe a quienes emplean este medio que está transformando, de manera permanentemente acelerada y a veces imperceptible, la estructura misma de la sociedad y comprometiendo nuestro destino como Nación. Por estas razones fundamentales creemos que la televisión debe ser orientada por normas que cautelen debidamente los intereses nacionales que ella compromete". (Cámara de Diputados, Sesión Nº 14, 2 de diciembre de 1969, *Boletín* 321, pág. 2099).

"9º. Que el Constituyente en 1980 aborda el problema de los canales de televisión con igual profundidad y cautela, como lo demuestran las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en que se trata el tema (sesiones 91, 227, 228, 237 a 241 entre otras) y el precepto final que se consagra en el artículo 19, Nº12, inciso quinto, que textualmente dispone:

"El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión".

El inciso siguiente, demostrando su especial atención sobre el tema, agrega: "Habrá un Consejo Nacional de Radio y Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de estos medios de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo".

"10. Que de lo expuesto en los considerandos anteriores deriva, desde ya, una primera conclusión: los canales de televisión cumplen una verdadera función de utilidad pública y como lo dice el artículo 1º de la Ley 17.377, "como medio de difusión han de servir para comunicar e integrar al país".

"11. Que la segunda conclusión surge del texto mismo de la Carta Fundamental y resulta especialmente relevante para dilucidar el problema en estudio. La Cons-

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

titución de 1980 establece para la televisión un *régimen de titularidad "restringido o selectivo"*, ya que sólo el Estado y aquellas universidades y personas o entidades que la ley señale o fije podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Y es así como en la actualidad solamente la empresa denominada "Televisión Nacional de Chile" y las Universidades de Chile, Católica de Chile y Católica de Valparaíso gozan de privilegio de tener el derecho exclusivo para operar y mantener canales de televisión de libre recepción. Diferente es la situación de la prensa escrita y de las radioemisoras, las que no obstante ciertas restricciones derivadas de facultades extraordinarias, de carácter transitorio, no tienen tal privilegio de exclusividad ni tampoco constituyen Corporaciones de Derecho Público".

"12. Que de lo relacionado fluye, con nitidez, que las normas del proyecto relativas a la televisión de libre recepción no merecen reparo constitucional, ya que si la Constitución ha encargado a la ley determinar aquellas universidades y demás personas o entidades que, además del Estado, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión, con exclusión de cualquiera otra que ella no establezca, bien puede también esa ley *imponer obligaciones y limitaciones mesuradas y razonables como son las que las normas del proyecto contemplan.* Lo anterior se justifica plenamente tanto como una justa contrapartida al derecho selectivo que se otorga, cuanto porque ellas en definitiva las exige el interés general de la colectividad, a fin de dar una estricta aplicación al precepto del artículo 18 de la Carta Fundamental, en orden a que la ley garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los partidos políticos en la participación de los procesos electorales y plebiscitarios, igualdad que, obviamente, no se conseguiría si la ley permitiera un uso ilimitado de la televisión en períodos electorales.

"13. Que esta interpretación es la que mejor se aviene no sólo con la letra de la Constitución, sino, también con su contexto y espíritu, ya que la norma que contempla el derecho a establecer, operar y mantener canales de televisión e implícitamente a imponerles obligaciones justas y razonables, como es la gratuidad, guarda perfecta armonía con el deber del Estado de asegurar una participación equitativa e igualitaria del pueblo en los plebiscitos y elecciones el cual, a través de estos procesos, ejerce la soberanía".

Resulta elemento toral de la interpretación del Tribunal Constitucional concebir la *libertad de antena sujeta* a un *"régimen de titularidad restringido o selectivo"*. Este "régimen de titularidad restringido o selectivo" es una consecuencia de principios configuradores de un estatuto de la radiodifusión televisiva, principios que enunciamos:

• El ámbito radioeléctrico es de dominio público, por lo que la libertad de antena requiere de habilitación administrativa concesional (espectro radioléctrico como realidad de escasez natural y tecnológica).

• La concesión tiene características particulares en radiodifusión televisiva de libre recepción.

• La libertad de antena está referida a una "función de utilidad pública" de los canales de televisión que permite al legislador imponer obligaciones o limitaciones a las estaciones.

• El concepto de servicio público que subyace al ámbito o espectro radioeléctrico, sometida al dominio público en el marco regulatorio de la Ley Nº 18.838, de 1889 (19).

En relación a estas notas características del estatuto de la televisión, la histo-

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ria fidedigna del establecimiento del precepto constitucional comentado resulta ilustrativa, profundizando los principios de derecho público de dicho estatuto. V. gr. el "Proyecto de disposiciones constitucionales sobre derecho a la información, libertad de expresión y medio de comunicación social" elaborado por una Subcomisión del rubro presidida por M. Schweitzer, en su artículo 2º incisos 4º a 6º dispone:

"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, designado en la forma que establezca la ley.

"Corresponderá al Consejo Nacional de Comunicación Social la tuición superior de la radiodifusión y la televisión chilenas, el otorgamiento de concesiones de 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".

El comisionado Evans, comentando la preceptiva de radio y televisión, señala: "Cree que la influencia de la radio, y especialmente de la televisión, en el mundo de hoy es de tal entidad y naturaleza, que todo aquello que tienda a que –en especial la televisión– sea un vehículo de comunicación social que no pierda jamás de vista que tiene un fin social que cumplir, es una medida adecuada y bien hecho está. (...) Por eso, le gusta la idea de un Consejo autónomo, marginado del Poder Político y con la prestancia moral necesaria para actuar en esta materia". (...) "Declara que no quisiera alargar el debate general, pero se planteaba frente a la existencia, hoy día, de un Consejo Nacional de Televisión –cuyas ventajas teóricas parecieron muchas cuando se promulgó la ley, pero cuyas desventajas prácticas se han venido viendo con el correr del tiempo–, la necesidad de crear un organismo de esta naturaleza, que tenga la facultad de asignar, dentro del espectro radioeléctrico, los canales de televisión y las ondas radiales y de cancelarlas en un momento determinado, según lo establezca la ley, porque ello margina a la Administración de la tuición de esto tan sensible que son los medios de comunicación social. Cree que en las resoluciones de este organismo sería interesante, útil y conveniente establecer un sistema o mecanismo de apelación ante la justicia ordinaria" (Sesión 229). El comisionado J. Guzmán señala que " ... su indicación no difiere en su sentido y contenido fundamental, de lo propuesto por la Subcomisión, que dice que "ésta –refiriéndose a la ley– podrá reservar el Estado y a las universidades el derecho a establecer, mantener y explotar estaciones de televisión en las condiciones que ella señale". De manera que en el fondo, al hablar de "podrá reservar", significa que también puede no reservar, y ello implica entregarlo a otras entidades" (Sesión 229). Precisamente este fue el elemento central de debate: mantener la reserva estatal y de universidades o permitir la televisión privada. En favor de la reserva se argumentó que la televisión es una función o servicio público y en favor de la apertura a la televisión privada se argumentó que el ámbito radioeléctrico es un bien nacional de uso público. En definitiva, el constituyente consagró la *libertad de antena*, con reserva a la ley, y admitiendo que Estado y Universidades puedan establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

A diferencia de Constituciones contemporáneas, la Constitución vigente consagra expresamente la libertad de antena con sujeción a una reserva estatal-universitaria y con reserva legal en cuanto al ejercicio y contenido del derecho de libertad. He-

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mos de definir la *libertad de antena* como un derecho de libertad para la creación de empresas destinadas a difundir mensajes informativos, culturales o de otro tipo. V. gr. la Constitución Portuguesa presta atención al medio televisivo para negar o regular la libertad en la antena, es decir, el pluralismo interno en la TV y demás medios de comunicación (art. 38.6, 38.7, 39 y 40 C.P.). Asimismo, la Ley Fundamental de Bonn, menciona la "imagen" como medio para la libertad de opinión (art. 5.1), al igual que la Constitución italiana que consagra la libertad de expresión "por cualquier medio de difusión" (art. 21 párrafo 1º). Finalmente, el artículo 20 de la Constitución española consagra la libertad de antena como un derecho implícito. Por último, Declaraciones y Pactos Internacionales incorporan a la clásica libertad de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". Pero, como observa Bastida, las dudas persisten, "ya que no se aclara cuál es la relación entre los medios y esas libertades y, por tanto, tampoco se arroja luz sobre el reconocimiento o no de una específica libertad instrumental " (20).

La Constitución reserva al legislador la determinación de (además del Estado y Universidades) las personas o entidades que podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Tal reserva de ley se funda en la "escasez natural y tecnológica" como condición inherente a la TV, escasez de bandas y frecuencias radioeléctricas, lo que tiende a configurar un "oligopolio técnico" y "económico", por lo que resulta indispensable consagrar la *libertad en la antena.* (21) En este contexto el Estado ejerce el dominio público sobre el espacio radioeléctrico, luego la libertad de antena no es un derecho a una determinada banda o frecuencia, sino el "derecho a acceder a un proceso no arbitrario de asignación de frecuencias, y, en su caso, de horarios". En consecuencia, las entidades que indique la ley pueden (libertad económica) establecer estaciones de TV, pero para emitir necesitan de un medio de dominio público, sea el espacio radioeléctrico (caso de TV por ondas, convencional o por satélite) o el espacio aéreo físico o el subsuelo terrestre marítimo (en caso de la TV por cable).

La consideración del espacio o espectro radioeléctrico como dominio público esta ligado a un régimen de facultades exorbitantes, y dos elementos instrumentales: servicio público y concesión administrativa. De la unión de dominio público con el interés general, surge el *servicio público virtual.*

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley Nº 18. 838, de 1989 (modificada por Ley Nº 19.131) que crea el Consejo Nacional de Televisión descansa sobre estas categorías conceptuales y desarrolla los principios constitucionales del estatuto de los medios de comunicación social (T.V.). El Consejo Nacional de Televisión, servicio público autónomo y personificado, que se relaciona con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio Secretaría General de Gobierno tiene por objetivo *velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión* (art. 19 Nº 12. C.P.R. y art. 1º de la Ley Nº 18.838). El Consejo Nacional de Televisión ejerce la supervigilancia y fiscalización del contenido de las emisiones en razón del *correcto funcionamiento de los servicios de televisión*, entendiéndose por tal "el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz o a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico". El Consejo Nacional de Televisión tiene por competencia relevante en el campo de los servicios de televisión: velar por el correcto funcionamiento de los servicios limitados de televisión; promoción y fomento de producción, transmisión o difusión; otorgar, renovar o modificar las concesiones de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y declarar el término de estas concesiones; fijar una hora de programas culturales a la semana en horas de alta audiencia; entre otras

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

(art. 12). Las concesiones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción se otorgarán a personas jurídicas por un período de 25 años (art. 15), asignada mediante concurso público a la persona jurídica cuyo proyecto ofrezca las mejores condiciones técnicas. En cambio, los permisos de servicios limitados de televisión se regirán por Ley Nº 18.168 General de Telecomunicaciones, otorgándose dichos permisos que serán de duración indefinida en caso que no ocupen frecuencias del espectro radioeléctrico y durarán 25 años en los demás casos. Para las concesiones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción la ley establece causales de término: vencimiento del plazo, caducidad y renuncia (art. 21). Finalmente, el Consejo Nacional de Televisión esta revestido de potestad normativa y de potestad sancionatoria (arts. 33, 34, y 40), destacando la caducicad como medida sancionatoria (art. 33 Nº 4).

El marco regulatorio comentado pone de relieve los conceptos descriptores básicos del estatuto de los medios de comunicación social televisivos: dominio público (espectro radioeléctrico, régimen de concesiones y permisos) y servicio público (función pública, interés social en la información y productos comunicacionales de las estaciones de televisión).

Asimismo, el marco regulatorio de Televisión Nacional de Chile (Ley Nº 19.132, de 1992) define el ente personificado como una "empresa autónoma del Estado" cuyo objeto es establecer, operar y explotar servicio de televisión (arts. 1º y 2º). La empresa estatal (al igual que las demás estaciones) deben respetar el principio del pluralismo y de la objetividad (art. 3º Ley Nº 19.132 y art. 14 Ley Nº 18.838). La empresa estatal queda sometida a un régimen patrimonial y económico de derecho público, guardando que su inserción en el mercado no genere distorsiones. En este contexto la empresa es un resabio de la vieja reserva parcial del Estado, pero con correctivos que la incorporan al mercado o las comunicaciones y la radiodifusión televisiva.

3. A MODO DE CONCLUSION

El centro de gravedad político de la libertad de opinión e información es la opinión pública, refuerzo esencial de la democracia representativa. De suerte que no es casual que el término "opinión pública" es coetáneo a la Revolución Francesa de 1789; en asociación primaria con la asociación política. El público es sujeto y objeto de la expresión, en que el público de ciudadanos tiene una opinión sobre la gestión de los asuntos públicos; lo que es propio del orden democrático (aunque se puede asimilar el concepto a conceptos romanistas como *vox populi*; concepto medievalista como *consensus*, y el concepto maquiaveliano de "publica fama" ("publica voce"). El politólogo G. Sartori define la opinión pública así: "Un público, o una multiplicidad de públicos, cuyos estados mentales difusos (opiniones) interactúan con los flujos de información sobre el estado de la cosa pública" (22).

En consecuencia, si la sofocracia platónica se funda en episteme (ciencia o saber) la democracia se funda en la doxa (opinión). "El nexo –recuerda Sartori– constituyente entre opinión pública y la democracia es totalmente evidente: la primera es el fundamento esencial y operativo de la segunda. Cuando afirmamos que la democracia se basa en la soberanía indicamos únicamente, o sobre todo, un principio de legitimación (...) Para ser de algún modo soberano el pueblo debe, por lo tanto, poseer y expresar un "contenido"; y la opinión pública es precisamente el contenido que proporciona sustancia y operatividad a la soberanía popular" (23). La democracia como "gobierno de la opinión" o como "gobierno consentido" gira en torno al consenso (en que la opinión pública es instrumental) admitiendo grados de disenso y conflicto.

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Resulta notable que el preámbulo de la "Ley de Imprenta" de 1813 indique como objetivos la libertad de imprenta, el control de la autoridad gubernativa y la formación de la "opinión pública". Con todo, con el desarrollo de los media (de la imprenta a la radiodifusión) la opinión pública ha entrado en crisis. Los procesos de formación de la opinión pública son objeto de técnicas de manipulación (Stoppino) (24); con lo cual "el parlamento invisible" deviene de una ilusión o una reliquia del liberalismo decimonónico. No queda oculta al observador que los media (sistemas publicitarios, y a mayor fuerza de propaganda) eluden la conciencia crítica y actúan sobre capas más profundas e inconscientes, van dirigidos a los deseos secretos de los hombres, promete la satisfacción de sus instintos y necesidades, y protección frente a los temores secretos" (S. Pausewang) (25).

Sin embargo, debe tenerse cuidado con demonizar los media, pues en la democracia de masa (democracia de partidos o democracia pluralista) del siglo XX se requieren para los procesos de formación de opinión pública que legitiman el orden democrático. En este marco argumental, la paradigmática sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (de 25 de enero de 1961) conserva toda su fuerza interpretativa-razonativa y de principios: "Es constitutiva para el orden democrático libre, el garantizar la lucha intelectual, la libre discusión de las ideas y de los intereses que son de necesidad vital para el funcionamiento de este tipo de Estado. Sólo la libre discusión pública sobre temas de importancia general garantiza la libre formación de la opinión pública, que en el Estado democrático libre se realiza de forma necesariamente 'pluralista', en discusión con distintas posturas, defendidas por razones diferentes pero expuestas con libertad, ante todo con los pro y contras. El artículo 5°, párrafo 1 de la Constitución alemana garantiza a todo ciudadano el derecho de participar en esta discusión pública" (BVer fG, 12 pág. 125).

A modo de conclusión, podemos afirmar que en el proceso de formación de la opinión pública (en que los agentes de socialización de cultura cívica, y de socialización de ideologías en sentido fuerte y débil del término, los partidos políticos) deben concurrir tres condiciones formales: libertad de pensamiento, libertad de opinión e información y libertad de organización. En nuestro siglo la libertad de opinión se transforma en "organización de la opinión", y en concreto si produce una "libertad de organizar las comunicaciones": La estructura de las comunicaciones de masas (linotipia, prensa y radiodifusión) en las democracias representativas o pluralistas es una estructura de tipo policéntrico, en que los grados de policentrismo son variables (Estados Unidos e Inglaterra) y también existen democracias con bajo grado de policentrismo o mal acoplamiento de éste. Sartori nos recuerda que el policentrismo de las democracias debe tener un cierto equilibrio ("policentrismo reequilibrador") que exige distinguir el pluralismo de los medios y la igualdad en éstos. El policentrismo de los media (policentrismo reequilibrador) es un resguardo frente a la potencia de los media y la manipulación, en que la potencia es neutralizada por su dispersión, por emitir mensajes diversos y por el hecho de que toda "voz está contrastada por contravoces".

Consecuencialmente, la autonomía de la opinión pública se da en democracia con "alta estructuración pluralista y policéntrica"; que exige policentrismo e igualdad en los medios de comunicación, consecuencia última de un principio pluralista en lo político, social, religioso y ético. Por lo tanto, a las libertades formales de pensamiento, opinión e información y de organización, deben sumarse libertades instrumentales: libertad de prensa y libertad en la prensa, libertad de antena y libertad en la antena.

Por último, de lo expuesto se colige que en nuestro ordenamiento jurídico el estatuto constitucional-legal de los medios de comunicación (prensa, radiodifusión, servicios televisivos) es completo y de continuidad con caras libertades sustanciales; pero permanece un vacío: el estatuto del comunicador social.

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

BIBLIOGRAFIA

1. MILTON, JOHN : *Aeropagitica*, F.C.E., México D.F., 1971, pág. 90.
LOCKE, JOHN: *Carta sobre la Tolerancia y otros escritos*. Edit. Grigolbo S.A., México, 1970.

2. GOMEZ REINO y C. E.: "La libertad interna de los medios privados de comunicación social". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* Nº 2, 1989, pág. 24.

3. Sobre I Enmienda a Constitución de Filadelfia se consulta a clásicos y modernos:

STORY JOSEPH: *Comentario sobre la Constitución Edeval de los Estados Unidos* (trad. N.A. Calvo) 3ª ed., 2 tomos, Buenos Aires, 1881. Tomo II, págs. 410 y ss.

BRIGHAM, JOHN: *Las libertades civiles y la democracia estadounidense* (trad. A. I. Stellins), Edic. Gernika S.A., México, 1987, págs. 76 y ss.

MARSHALL, GEOFFREY: *Teoría Constitucional*. Espasa Calpe S.A., Madrid, 1982, págs. 217, ss.

SHAPIAO, MARTIN: *Freedom of Speech: The Supreme Court and judicial Rerie-ro*, 1966.

HUDON, E.G.: *Libertad de Palabra y de Prensa en los Estados Unidos* (trad. F. Blanco), Edit. Limusa-Willey S.A. , México D.F. 1964.

4. ARGÜELLES, A. DE: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Edit. CEC, Madrid, 1981.

5. FERNANDEZ-SEGADO, F.: *El Sistema Constitucional Español*. Edit. Dijkenson, Madrid, 1992, págs. 315 y ss.

6. Consultada Recopilación de R. ANGUITA *Leyes Promulgadas en Chile (Desde 1810 hasta el 1º de junio de 1913)*, Imprenta Barcelona, 5 Tomos, Stgo., 1913 Tomos I y II.

IDEM DE JULIO BAÑADOS ESPINOSA: *Constituciones de Chile* R. Miranda Editor, Stgo. 1889, págs. 443 y ss.

7. GALDAMES, LUIS: *La Evolución Constitucional* Tomo I, Imprenta y Litografía Balcells y Co. Santiago, 1926, págs. 616 y ss.

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

8. HEISE GONZALEZ, J.: *Historia Constitucional de Chile*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1954.

9. CARRASCO ALBANO, MANUEL: *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, 2a. ed., Imprenta del Mercurio, Stgo., 1874, págs. 56-57

LASTARRIA, JOSE VICTORINO: *Obras Completas de Don J. V. Lastarria* (U. de Chile), Imprenta Barcelona, Stgo. 1907, Volúmenes III, V y X consultados.

10. HUNEEUS, JORGE: *La Constitución ante el Congreso*. 2 Tomos, Imprenta Los Tiempos, 1879-1880. Tomo I, págs. 67 y ss.

11. GUERRA, J.G.: *La Constitución de 1925*. Establecimientos Gráficos Balcells y Co., Stgo., 1929, págs. 110-111.

12. VIDAL VERGARA, C.: *Los Derechos Individuales en las Constituciones Modernas*. Edit. Nascimento. Stgo. 1936, págs. 118 y ss., idem págs. 124-125.

13. SILVA BASCUÑAN, A.: *Tratado de Derecho Constitucional* Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Stgo. 1963-237.

14. ANDRADE G.C.: *Elementos de Derecho Constitucional*. Edit, Jurídica de Chile, Santiago, 1963, págs. 242 y ss.

15. BERNASCHINA G. MARIO: *Manual de Derecho Constitucional* (2 Vol.), Edit. Jurídica de Chile, 3ª ed. Stgo. 1958. Tomo II, págs. 200 y ss.

16. SILVA BASCUÑAN, A.: Ob. cit, pág. 242.

17. EVANS DE LA CUADRA, E.: *Chile, hacia una Constitución Contemporánea*. Edit. Jurídica de Chile, 1973, págs. 109-111.

18. SQUELLA N., A.: "Situación Institucional de la Televisión Chilena". En *Revista de Ciencias Jurídicas* Nº 4, Edit. Jurídica de Chile, Valparaíso, 1973. págs. 155-186.

Idem consultas: E. MENA A.: *La Televisión y su Normativa (1971-1988)* Edic. Mar del Plata, Stgo. 1988.

19. MARIENHOFF, MIGUEL S.: *Tratado del Dominio Público*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960.

Idem PAREJO ALONSO, L.: Dominio público: un encargo de reconstrucción de su teoría general". En *R.A.P.*, 100-102, Vol III, 1983, págs. 2379 y ss.

20. BASTIDA F., FRANCISCO: *La libertad de Antena. El artículo 20 de la C.E. y el derecho a crear televisión*. Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1990, pág. 18.

21. BASTIDA F., FRANCISCO: Ob cit., págs. 158 y ss.

Artículo: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena
Revista: Nº197, año LXIII (En-Jun, 1995)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

22. SARTORI, G.: *Elementos de Teoría Política* (trad. M.L. Morán), Alianza Editorial S.A., Madrid, 1992, pág. 151.

23. SARTORI, G.: Ob. cit., pág. 151.

24. STOPPINO, M.: "Manipulación". En *Diccionario de Política* de N. Bobbio, N. Matteucci y G. Pasquino, Siglo XX Editores S.A., México, 1988 (3 Tomos) Tomo Suplemento págs. 252-262.

25. PUASEWANG, S.: "La opinión pública y los grandes medios de difusión". En *Introducción a la Ciencia Política* de W. Abendroth y K. Lenk, Edit. Anagrama, Barcelona 1971, pág. 319.