"sin libertad económica no hay igualdad ni libertad política"[1]

El neoliberalismo constitucional. El caso de la libertad de expresión en Chile

Neoliberalismo es, para emplear la categoría propuesta por W.B. Gallie, un concepto esencialmente disputado. Si bien el sentido común tiende a asociarlo con la defensa de la libertad negativa individual frente al intervencionismo estatal, en la clásica dicotomía estado-mercado-, es necesario advertir lo engañoso que resulta limitarlo sólo a un sistema económico identificado –erróneamente– como una relectura del laissez faire.[2] En su genealogía no solo se consideran la influencia de la escuela de Chicago, sino que los aportes de la de la escuela austríaca y del ordoliberalismo alemán, para quienes el Estado juega un rol fundamental dentro y para el orden económico.[3]

A pesar de la posible objeción por la falta de cohesión teórica, la ideología neoliberal se identifica con un tiempo y espacio determinado, y ha sido entendido tanto como un *proceso* de mercantilización de las relaciones sociales, como un *razonamiento* capaz de extenderse a todos los ámbitos de la existencia en función del principio de competencia.[4] Pero además de ser un proceso y razonamiento que afectan al sujeto, ha significado también la transformación del Estado, desde el Estado bienestar keynesiano a un Estado protector de una economía capitalista de mercado.[5]

Los sucesos históricos en Chile hacen que sea un buen caso de estudio del "giro neoliberal" que surge en los setenta. En efecto, es usualmente citado como uno de los primeros países en el cual se instauró el neoliberalismo como régimen económico.[6] Aún más, es todavía un mejor caso para analizar la forma neoliberal que adopta el constitucionalismo, puesto que en este caso, junto con imponer esta forma de organización social, la fuerza política *codificó* la racionalidad neoliberal en una constitución. Y, a pesar que algunos autores han planteado la conexión entre el neoliberalismo y la Constitución chilena, todavía

[1] Alvaro Bardón, economista chileno, presidente del Banco Central (1977-1981), y subsecretario de economía (1982-1983) citado en Pilar Vergara p. 115

[2] En cuanto identificar al laissez faire como ausencia de regulación. Esta sería una más de las "falacías del liberalismo del siglo XIX" dentro de las cuales el *laissez-faire*, habría derivado en un dogma "oscuro y pedante". Así, a juicio de Lippman, "was the necessary destructive doctrine for a revolutionary movement. *That was all it was*. It was, therefore, incapable of guiding the public policy of states once the old order had been overthrown". W. Lippman, p. 185 (se añade destacado).

[3] Paradigmático es el caso del Thatcherismo en Inglaterra (ver Gamble)

[4] Brown P. 17; Dardot y Laval. Es un lugar común argumentar la conexión entre el neoliberalismo y el laissez faire, a pesar que muchos de sus mayores exponentes lo rechazan directa o indirectamente (Friedman o Hayek).

[5] El estado keynesiano es el capitalismo de postguerra que se consolida después de la 2ª GM (Streeck) y se que se caracteriza por una economía mixta. Streeck, p. (p. 112; Neil Gilbert, (2002) *Transformation of the Welfare State: The Silent Surrender of Public Responsibility* pp. 99-134. En el caso chileno, y en palabras de Andrés Allamand: "tal propósito [del Gobierno militar] es conceptualmente equivalente al de reemplazar el estatismo socialista por la economía de mercado en el ámbito económico" p. 171 Drake.

[6] e.g. Harvey, Rodgers, Brown. Sobre su particular enfoque ortodoxo Felipe Portales, Chile: Una democracia tutelada pp. 379 y ss "dicho modelo consistió en liquidar prácticamente todos los elementos de democracia social y económica que se había desarrollado…desde 1924 a 1973"; Arturo Fontaine A., Los economistas y Pinochet, donde relata el proceso por el cual el gobierno adopta "rigurosamente los principios de la economía de mercado".

existe un déficit en el desarrollo del pensamiento jurídico en relación con el *neoliberalismo constitucional*. La parte I de este trabajo propone una interpretación sobre la forma que adopta el neoliberalismo constitucional en Chile, que se presenta como el principal mecanismo institucional para lograr la inmunidad de la esfera de los mercados frente a las demandas políticas. En este sentido, el rechazo al principio de soberanía popular, el fortalecimiento de un cierto tipo de derechos -bajo el ideal del estado de derecho-, así como la reversión de los avances en términos de derechos sociales consensuados a partir de la Segunda Guerra Mundial, la creación de órganos autónomos, el desplazamiento del poder político desde el parlamento al ejecutivo, el debilitamiento del sistema de partidos y la consagración del principio de subsidiariedad en ámbitos como lo educacional, son todos mecanismos jurídicos que adopta el neoliberalismo constitucional en el caso chileno.

El desarrollo de la fisionomía del neoliberalismo constitucional, permite entender las tensiones que presenta la configuración de la estructura del derecho a de libertad de expresión y el rol que asumen los medios de comunicación (parte II). Porque, junto con quienes ven en el neoliberalismo una amenaza dirigida principalmente a la comodificación de los derechos sociales, se argumentará –a través del análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional chileno- que también ha significado una devaluación de un típico derecho libertad, como lo es la libertad de expresión.

En la parte (III) se concluye parcialmente planteando el problema que presenta la configuración neoliberal de la libertad de expresión, cuando la estructura política y social se enfrenta a un proceso de cuestionamiento general de parte de la ciudadanía. Bajo el marco institucional del *mercado de las ideas*, se promueve que las ideas falsas o equivocadas son eliminadas espontáneamente, cual proceso evolutivo, por la acción individual de los participantes del mercado. Sin embargo, los efectos de las externalidades negativas del mercado de los medios de comunicación – concentración de la propiedad, monopolio ideológico y exclusión de grupos desaventajados-[7] demuestran su fracaso como paradigma de un debate público robusto.

I. El neoliberalismo constitucional chileno como reacción

"en definitiva, resulta imperioso cambiar la mentalidad de los chilenos"[8]

"igual inspiración libertaria orienta la adopción constitucional de las bases de un sistema económico libre, fundado en la propiedad privada de los medios de producción y en la iniciativa económica particular, dentro de un estado subsidiario. Crucial definición que el sistema institucional anterior no contempla, y que ahora se levanta como un sólido dique en resguardo de la libertad frente al estatismo socialista"[9]

En esta parte, se propone una interpretación de la forma que adopta el neoliberalismo constitucional en Chile,[10] considerando los propósitos refundacionales del

[7] Informe RSF 2015

[8] Declaración de principios 11 de marzo de 1974

[9] Discurso Pinochet, 10 de agosto 1980

[10] La idea de un neoliberalismo constitucional en EE.UU. ha sido desarrollada por J. Purdy en *Neoliberal constitutionalism: Lochnerism for a new economy* (2014) donde relaciona la forma en que se actualmente se conceptualiza la Primera Enmienda con el uso de la libertad contractual como argumentación principal en la era Lochner. También, desde un punto de vista teórico, sobre neoliberalismo constitucional ver Rachel Turner "Neo-liberal Constitutionalism: ideology, government and the rule of law" en Journal of Politics and Law (2008).

régimen de Pinochet.[11] La Gran Transformación chilena hacia la modernización del país fue llevada a cabo por la dictadura cívico-militar (1973-1990), asesorada por un grupo de economistas con postgrados de la Universidad de Chicago.[12] El modelo de desarrollo económico fue radicalmente modificado, desde uno basado en la sustitución de importaciones junto a un capitalismo de Estado, a un modelo guiado por las exportaciones primarias (*export-led growth*) sustentado en el principio de subsidiariedad del Estado. Los Chicago Boys (como la prensa chilena bautizó a este grupo de asesores) y su influencia en la historia del neoliberalismo criollo ha sido extensamente analizado.[13] Sin embargo, el desarrollo del pensamiento jurídico del mismo no ha recibido la misma atención,[14] a pesar que el orden legal debía de ser modificado para lograr las "siete modernizaciones" anunciadas en 1979,[15] que implicaron procesos de privatización de empresas estatales, la reducción a las restricciones al comercio y al intercambio, la proscripción del disenso –en particular los partidos de izquierda- y la debilitación de la participación política y los sindicatos. Estas reformas representan el paso definitivo desde una *economía de mercado* a *una sociedad de mercado*, y la configuración de un Estado como guardián de dicho orden.

1.1 El neoliberalismo y la falacia del Estado mínimo

La expansión de las dinámicas de la economía de mercado es producto de la acción estatal. Precisamente la principal lección de Polanyi es remarcar el carácter ficticio y político de las mercancías en las que se basa la economía capitalista: el capital, el trabajo y la propiedad. Lo que este giro neoliberal supone no es un 'estado mínimo' en cuanto debilitado o menos relevante, sino que promueve un cambio en sus funciones y, por ende, en los términos de legitimidad de sus acciones. Porque si antes la intervención del estado moderno se fundaba en el principio democrático de participación ciudadana,[16] el Estado neoliberal está comprometido con la creación y mantención del funcionamiento de mercados libres y competitivos, y por ello, se mide bajo el parámetro de la *eficiencia* del resultado.[17]

La fuente del crecimiento se transfiere desde la necesidad de activar artificialmente la demanda efectiva (Keynes), a la creación de condiciones e incentivos para el

[11] José Piñera, el propósito es sentar las bases de una nueva realidad política, económica y social p. 140 (en revista que pasa, 1980 No 454)

[12] Representativas son las palabras de uno de los protagonistas, el economista Sergio de Castro (ministro de Economía y de Hacienda entre los años 1975-1982): "Allende dio las mejores lecciones de economía sobre lo que no había que hacer. Después de eso quedó el camino libre: sin Allende no habría existido Pinochet, y *sin Pinochet no habría existido el libre mercado*" Entrevista a The Clinic: http://www.theclinic.cl/2015/04/07/el-ladrillo-de-sergio-de-castro/

[13] Véase, Arturo Fontaine A., Los economistas y el presidente Pinochet (donde se relata el proceso por el cual el enfoque neoliberal radicado en los economistas de ODEPLAN gana la batalla programática frente al Comité Asesor y a R. Saez), Valdés (estudio específico sobre la influencia de la Universidad de Chicago en la facultad de economía de la Universidad Catolica), Huneeus, LOM.

[14] Así, por ejemplo, lo afirma Karin Fischer en "The influence of Neoliberals in Chile before, during and after Pinochet" pp. 305-346 en The road from Mont Pelerin".[incluir excepciones]

[15] Plan Laboral, reforma previsional, directiva educacional, reestructuración del sector salud, modernización de la justicia, desarrollo agrícola, reforma administrativa y regionalización.

[16] Ya sea directa o a través de la democracia representativa

[17] La modificación de los términos de legitimidad del estado en Wendy Brown, Neo-liberalism and the end of liberal democracy&Ungoing the demos.

ahorro/inversión (*supply-side economics*).[18] Las antiguas funciones propias del Estado de bienestar, se transfieren al mercado y a la responsabilidad individual (por ejemplo, en el caso de la previsión social). Y, para incentivar la acción privada y crear nuevos mercados, se siguen las típicas políticas neoliberales de privatización, desregulación y liberalización del comercio.[19] Junto con ello, se promueven políticas de reducción de la carga tributaria, lo que lleva a autores como Streeck a caracterizar esta transformación como el paso del Estado-impuesto al Estado-deuda.[20]

El neoliberalismo entonces, antes de prescindir del Estado, corresponde a la intervención estatal para crear *y mantener* las mercancías ficticias, lo que requiere del logro de la inmunidad del mercado. Pero, como advierte Streeck, solo mediante la re-educación de los ciudadanos o la *eliminación de la democracia* se puede lograr la protección de los mercados, tan necesaria para la mantención de la riqueza (o acumulación de capital).[21] Incluso, se podría argumentar que el estado autoritario es una herramienta eficaz para prevenir la respuesta defensiva de la sociedad frente a la extensión de la economía de mercado.[22]

Por eso la ideología neoliberal es compatible con los regímenes dictatoriales, o con principios autoritarios como la doctrina de la seguridad nacional en Chile,[23] y con la devaluación del sentido de la democracia.[24] Porque a diferencia del constitucionalismo liberal que busca la limitación y contención del poder político, reconociendo en el pueblo al soberano, el neoliberalismo constitucional pretende no solo *la contención del poder,* sino que *el derrocamiento de la política*.[25]

---

[18] sobre la aplicación de la teoría de la oferta como política económica: Streeck, Plehwe,

[19] Plehwe p. 8

[20] Streeck, Buying Time, The delayed crisis of democratic capitalism.

[21] insertar pág.

[22] Siguiendo a Polanyi, lo único que sería espontáneo es la reacción protectora de la sociedad frente al desagarro que implica la extensión de la economía de mercado. En su estudio, el Estado aparece como el medio a través del cual se logra disminuir la velocidad del cambio que trae consigo la sociedad de mercado.

[23] Ver Lechner y su análisis del discurso neoconservador chileno en que advierte "la concepción autoritaria de la sociedad" p. 3 y 4. La doctrina de la seguridad nacional además relaciona con el autoritarismo de la comunidad perdida, aquella jerarquizada en el orden natural de los principios del ser nacional, los valores patrios, la unidad castrense

[24] Sobre la idea de la devaluación de la democracia (o de su transformación) como un camino necesario para compatibilizar los niveles de desigualdad material con la promesa igualitaria radical (si bien formal) de la democracia liberal, ver Winters [cita paper]

[25] F.A. Hayek The Containment of Power and the Dethronement of Politics en Law, Legislation and Liberty Vol. III The political order of a free people p. 128-. Una de las formas de derrocamiento es el surgimiento de un nuevo sujeto colectivo (*constituency)*: los acreedores del Estado-deuda. Porque el Estado neoliberal (o Estado-deuda del que nos previene Streeck) no solo responde al pueblo, sino que representa la preeminencia de una nueva *constituency*, no solo como un grupo de electores, sino que de consumidores y defensores de este nuevo estado, e incluso se refiere a la raíz moral del mismo, p. 79. Es importante advertir el carácter internacional que puede adoptar esta nueva constituency, que no está limitado por su pertenencia al estado nación. Así, los organismos internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, los inversionistas de la deuda de forma difusa, o incluso los propios ciudadanos en cuanto acreedores de las agencias de pensiones privadas

1.2 El Neoliberalismo constitucional en Chile

La forma jurídica que adopta el neoliberalismo es diversa dependiendo del contexto político y social en el que se desarrolle.[26] El hito de la gran transformación jurídica chilena es la Constitución de 1980. A esta constitución se le pretendió llamar –cual paradoja- la Constitución de la Libertad y fue plebiscitada en septiembre de 1980.[27] A partir de ella se constitucionaliza el neoliberalismo, se reconfigura el Estado y se protege la esfera económica hasta la actualidad.

La radicalidad con la que se desmonta el Estado democrático y social es proporcional al temor que generó su avance. El imaginario a partir del cual se escribe la Constitución de 1980 es cruzado por el miedo a un pasado al que se le atribuye el peligro de la *desintegración del ser nacional* en el *desquiciamiento* del sistema político, social y económico.[28] Porque cuenta la historia que después de unos años de caos y racionamiento, de cordones industriales y de expropiación, llegó el orden y la abundancia. El discurso de la época es marcado por la dicotomía entre un pasado anárquico y el orden:

> "¿Alguien quiere acaso volver a una época destructiva y caótica en que las fábricas, los negocios, los campos y todo lo que produce trabajo se detuvo y no había posibilidad de progreso para nadie? Para no volver jamás a la destrucción de nuestras fuentes de trabajo: Sí a la Constitución de la Libertad"[29]

Así, el miedo es un elemento fundamental para la consagración del neoliberalismo constitucional. [30] Ahora bien, tal constitucionalismo del miedo (en palabras de Cristi y Ruiz-Tagle) se centra en la expropiación como la figura catalizadora del temor de clase, que le tiene un miedo profundo a la política y a las consecuencias del constitucionalismo democrático.[31] Porque solo la democracia liberal y la Constitución de 1925 hicieron posible que la pesadilla de la pérdida de privilegios se acercara peligrosamente a la realidad,[32] lo que se refleja tan bien a través de los diálogos de la obra de teatro 'Los invasores', escrita por Egon Wolff y estrenada en Chile en 1963.

---

[26] Por ejemplo, en el caso estadounidense, J. Purdy lo define en relación a la aplicación de la Primera Enmienda.

[27] Sobre el carácter controvertido del plebiscito, Fuentes El Fraude.

[28] Así por ejemplo, se justifica el golpe militar por el Bando No 5 _____ (redactado por Sergio Rillón Romaní, de acuerdo con Fontaine). También, en palabras de Pinochet: Desde mediados de la década del 60 se vivió en Chile un incremento del marxismo, con todas sus secuelas, convirtiéndose, además, en un instrumento de agresión permanente y total del imperialismo soviético, ya que, gracias al régimen político-institucional, le era posible a sus agentes externos e internos infiltrarse en los centros vitales del cuerpo social*, e incrementar su poder desde adentro para desquiciarlo todo.* Exposición al país del presidente de la república el 10 de agosto de 1980, p. 484, Revista Chilena de Derecho vol. 8 (se agrega el destacado)

[29] Propaganda oficial para el plebiscito que ratificó la nueva Constitución. Véase revista Apsi, 1980

[30] Cristi, Renato y Ruiz-Tagle, Pablo, El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente (2015); Lechner, p. 4 "el miedo a las masas que imprime al liberalismo su rumbo conservador sigue siendo la obsesión del pensamiento neoconservador".

[31] Lechner señala con razón "la ofensiva neoconservadora vislumbra –quizás mejor que la propia izquierda- la vinculación entre democracia y socialismo" p. 1

[32] de forma increíble, actualmente debido al debate constitucional, nuevamente surge la oposición discursiva entre la Constitución que permitió la anarquía (la del 25) y aquella que ha permitido el progreso económico (la del 80). Así, por ejemplo, Carta al Director, El Mercurio 9 de marzo de 2016 ¿Una Constitución a partir de la de 1925?

En 'Los invasores' una familia típica de la burguesía sufre la toma de su hogar por 'los del otro lado del río'. "¿Quién es esa gente, Lucas?", pregunta Pietá, la esposa de Lucas Meyer, a lo cual él responde:

> "Los invasores, Pietá. Los hombres que tiran abrigos a la fogata... Que mandan monjas a meterse por los muros... Nos han hecho zancadillas con sus bastones de ciego. Nos han metido a tirones flores en las solapas...[…] Llegaron finalmente, Pietá... Ya golpearon nuestra puerta. No he dormido una pestañada, esperando que a la mañana todo esto no fuera más que un sueño horrible; pero los ruidos aumentaron durante la noche. Cruzaron el río, al fin... Ya no los podemos parar."

Tal como reclama Meyer, en el país ya no se respeta nada: ni la naturaleza –porque se cruzó el río-, ni las costumbres –se hacían fogatas con abrigos-, ni la religión porque las monjas saltaban los muros. Y del derecho, mejor ni hablar, porque incluso en 1963 se presentía que el sistema político y jurídico estaba desbordado: *ya no los podemos parar*.[33]

Diez años después solo la fuerza impone el orden de las cosas. Si bien en primera etapa los estudios indican que la dictadura vaciló entre asumir una misión restauradora o seguir el camino refundacional, no dudó en atribuirse un sentido mesiánico en cuanto salvador de la sociedad chilena de los peligros del marxismo totalitario.[34] Esta vacilación en el carácter político del Golpe, también se presenta en la dimensión económica, al menos hasta 1975, entre el camino corporativista y el neoliberal,[35] y en decisiones constitucionales que la Junta tomó en los setenta.[36]

Sin perjuicio de lo anterior, la carta de 1980 representa el triunfo de una concepción constitucional para la cual el derecho no solo tenía que instaurar y controlar al poder político. La Constitución de 1980 se explica en gran parte por la necesidad de asegurar la transformación teórica y práctica del poder y del Estado, ya que es el derrocamiento del poder político lo que fundamenta teóricamente la democracia protegida y la relevancia que adopta el principio de subsidiariedad para delimitar la esfera del Estado.[37]

1.3 El conservadurismo de la democracia protegida

Las especiales características del sistema político y constitucional han afectado la forma en que se configura el debate público y se justifican los límites a la libertad de expresión.[38] La democracia *autoritaria, vigorosa, protegida, integradora, tecnificada y de*

---

[33] Como afirma Lechner: "esta falta de "impersonalidad" y "objetividad" de la autoridad es muy temida por los capitalistas, sobre todo en las sociedades latinoamericanas donde la escisión entre los sectores de exportación, de mercado interno y autosustento dificulta articular una solidaridad de clase" p. 13

[34] Por ejemplo, Vergara apunta hacia la divergencia entre el discurso de los principales medios de comunicación (como El Mercurio) y el del Gobierno. Los medios enfatizaban la dimensión refundacional, llamando a instaurar un nuevo orden político que evitara los errores que hicieron posible la situación que vivió el país a partir de 1970.

[35] Es interesante el relato del dominio creciente que fueron adquiriendo los Chicago Boys en la administración del ejecutivo militarizado que hace Fontaine en

[36] En cuanto a justificar el golpe en la supuesta violación de la Constitución del 25, a la vez que en la forma, seguir reconociendo a dicha Constitución [insertar DL interpretativo].

[37] sin perjuicio de entender que el neoliberalismo constitucional también se afirma en el reconocimiento de autonomías constitucionales (creación de órganos técnicos) y en la distinción del poder político y el poder social.

[38] Así lo entiende el Informe HRW (1998): "La dinámica especial del retorno a la democracia en chile tuvo efectos profundos en la prensa y en el debate público …transición pactada p. 94. Si

auténtica participación social[39], es el régimen de gobierno que se impone a través de la Constitución del 80. La democracia *autoritaria* es producto de los diversos enclaves autoritarios, trampas o candados institucionales que han identificado distintos académicos.[40]

El adjetivo de *protegida* ha sido analizado fundamentalmente en relación al discurso anticomunista y marxista que normativamente se expresa en el antiguo artículo 8º y en el principio del pluralismo ideológico restringido.[41] Sin embargo, este artículo fue derogado a través de la reforma constitucional de 1989,[42] y de acuerdo con el texto constitucional vigente, Chile es una república democrática, donde a partir de 1990 se realizan elecciones libres y periódicas de representantes, en el cual el pluralismo político es garantizado por la Constitución, e incluso se han elegido dos presidentes socialistas.[43] ¿Por qué, entonces tanto los enfoques críticos como los informes sobre derechos humanos, enfatizan el déficit de la esfera pública?

A juicio de Moulian, escribiendo en los noventa, el sistema político chileno es una "jaula de hierro",[44] en la cual resultaba crítica la falta de discusión sobre "los nudos

---

consideramos la relación interna entre el derecho a la libertad de expresión y la vigencia del sistema democrático, los problemas en la estructura política y social afectan la vigencia del derecho individual.

[39] Oficio del 10 de noviembre de 1977 a la C.E.N.C., citado por Cristi p. 177; además, el discurso con el cual se da a conocer el texto final de la Constitución de 1980, se manifiesta que su objeto era crear "una democracia autoritaria, vigorosa y protegida, basada en el concepto de unidad, participación e integración de todos los sectores del país" p. 105 Discurso.

[40] Sobre los enclaves autoritarios, ver Garretón; Atria ha popularizado el término de 'trampas' en La Constitución tramposa…;

[41] Artículo 8°.- Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.

Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales.

Corresponderá al Tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores. Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que incurran o hayan incurrido en las contravenciones señaladas precedentemente no podrán optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de diez años contado desde la fecha de la resolución del Tribunal. Tampoco podrán ser rectores o directores de establecimientos de educación ni ejercer en ellos funciones de enseñanza, ni explotar un medio de comunicación social o ser directores o administradores del mismo, ni desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo.

Si las personas referidas anteriormente estuvieren a la fecha de la declaración del Tribunal, en posesión de un empleo o cargo público, sea o no de elección popular, lo perderán, además, de pleno derecho. Las personas sancionadas en virtud de este precepto, no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso cuarto. La duración de las inhabilidades contempladas en este artículo se elevará al doble en caso de reincidencia.

[42] Ley No18.825, publicada el 17 de agosto de 1989, en la que se incluyen 54 reformas a la Constitución. Plebiscitada el 30 de junio de 1989.

[43] La reforma de 1989 'traspasó' parte del antiguo artículo 8º al artículo 19 No 15 junto con agregar "La Constitución garantiza el pluralismo político".

[44] (Moulian, 1997:51)

esenciales del modelo de acumulación y del modelo de socialibilidad"[45] e incluso en su libro, se lamentaba de la "decepción de los hombres comunes que sienten que nada tienen que opinar, porque la política se realiza cada vez más arriba en cumbres inaccesibles".[46] Es la época de la democracia de los consensos de la dupla Aylwin-Boeninger, que se extiende a la década del 2000. Siguiendo esta línea, para Garretón la problemática fundamental que enfrentaba la sociedad chilena era la *reconstrucción de la polis* como el espacio del debate, conflicto y de decisión sobre las cuestiones de interés general de los ciudadanos.[47] Desde una perspectiva histórico constitucional, Ruiz-Tagle analiza las disposiciones constitucionales de un sistema de 'sello abiertamente autoritario y neoliberal' bajo la Constitución de 1980,[48] y más recientemente, confirmando en retrospectiva historiográfica el planteamiento de críticos tempranos como Moulian, Carlos Huneeus se ha referido al sistema chileno como una "democracia semisoberana".[49]

Por eso, si bien la reforma del 89 marca el retorno a la legalidad de los partidos de izquierda, el problema en la esfera pública persiste. La democracia tutelada chilena se basa en el bien colectivo del pluralismo ideológico limitado no solo como un 'antídoto frente al marxismo', sino que como una garantía para un sistema político, económico y social que se consideraba permanentemente amenazado.[50] El antiguo artículo 8º es solo el síntoma que revela la enfermedad: la democracia. Es esta última la que requiere ser protegida de sí misma[51] y así –a través de la negación de la soberanía popular- es posible asegurar la estabilidad del sistema político y que no degenere en un sistema totalitario. Hay que recordar que el dilema institucional que enfrentaron quienes participaron en la redacción de las disposiciones constitucionales era precisamente cómo poder contener *una vida política muy activa*:

> lo que debe hacerse es frenar ese deseo lógico para impedir que la vida política llegue a ser demasiado profunda. [Declara que] él tiene el temor de que la vida política sea demasiado activa, que lleguen demasiadas opiniones, demasiada información, y que sean demasiado apasionadas[52]

Así, se justifican diferentes formas jurídicas: desde los senadores designados, el sistema binominal, las leyes de quórums supramayoritarios, hasta *los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana* que encarnan un estado de derecho que delimita el poder social del mercado.

Cual paradoja, la democracia tutelada es la democracia despolitizada. Bajo esta nueva concepción de la democracia, la esfera de lo controvertido se reduce, ya que las políticas públicas se determinan a través de criterios técnicos-objetivos. La participación política solo puede ser un mero *entretenimiento público*,[53] ya que las *personas comunes* a las que alude Moulian efectivamente no tienen nada decir respecto a los instrumentos técnicos mediante los cuales se logran los objetivos colectivos ya determinados, de manera inconsulta, por los

[45] p. 58 Moulian
[46] p. 65 Moulian
[47] Garretón, p. 184
[48] Cristi y Ruiz-Tagle, La república en Chile, 2006.
[49] Huneeus, Carlos, La democracia semisoberana, 2014.
[50] La acumulación de capital y las políticas de defensa y protección de la riqueza están estrechamente ligados, como lo desarrolla Winters.
[51] ver Hayek p. 150 vol III; coinciden en el carácter instrumental de la democracia Guzmán y la desconfianza frente a la democracia electoral basada en el sufragio universal.
[52] Sergio Diez, sesión 234
[53] (Streeck, 2014) lo que también es fortalecido por la época del espectáculo.

Padres Fundadores del neoliberalismo constitucional chileno. Las decisiones de interés general se encuentran sometidas exclusivamente a criterios de racionalidad formal propios de la técnica o del mercado.[54]

1.4 La Constitución de la subsidiariedad: música para camaleones

El segundo foco del neoliberalismo constitucional es el principio de subsidiariedad, que –tal como desarrolla Cristi- en el caso chileno permite articular una alianza teóricamente controvertida entre el catolicismo conservador y el neoliberalismo.[55] Bajo este principio, se promueve la protección de la autonomía de las asociaciones privadas o grupos intermedios frente al ánimo intervencionista del Estado, y sobre el cual se justifica la transformación de las funciones y responsabilidades del Estado y el retorno al poder social del mercado.[56]

El discurso político que promueve el establecimiento de la subsidiariedad como base del estado en Chile, considera que es "la clave del respeto de una libertad *real* de los ciudadanos (y) de la vigencia de una sociedad auténticamente libertaria"[57]. Se basa en la dicotomía entre una libertad real y una meramente formal. La animadversión a la actividad política, plantea también la distinción conceptual entre el poder político y el poder social, enfatizando en el ámbito social la posibilidad de gozar de una libertad real, en desmedro del poder político que solo llevaría a una libertad formal. A su vez, el Estado representa la coerción y el riesgo de arbitrariedad del cual es necesario defenderse, y por ello la sociedad -entendida como un cuerpo social conformado de diversas asociaciones- demanda la *inmunidad* de los *grupos intermedios*, tal como se expresa en el inciso tercero del artículo 1º de la Constitución:

> El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

Pero además, su correlato constitucional se encuentra en aquellas normas que se identifican con el orden público económico. [58] En efecto, de acuerdo a Jaime Guzmán –"el principio básico que determina el pensamiento católico en la materia, es el de la subsidiariedad…Según este principio, el Estado no puede asumir ninguna función específica que los individuos u organismos intermedios puedan realizar por sí mismos. Fruto de este mismos principio nace el de la libre iniciativa en el campo económico".[59]

---

[54] sobre los límites a la intervención estatal para promover políticas de desarrollo en Aninat, Weyland

[55] Para Cristi es el principio articulador de la alianza imposible entre el corporativismo y el neoliberalismo. Cristi, PRT 104, en el cual se mezclan elementos de la doctrina social de la Iglesia y de la escuela de Chicago. El abandono del corporativismo se hace a fines de los setenta [Ver] el memorándum que envía Pinochet a la Comisión declara "los mencionados cuerpos intermedios han de tener sus medios institucionalmente legitimados para comunicarse con el poder político, *pero no puede admitirse en caso alguno que éste se genere sobre la base de los organismos en cuestión*, como equivocadamente lo propicia el corporativismo" p. 50 citado en ASB tomo IV

[56] desde un punto de vista orgánico, también es relevante la creación de autonomías constitucionales y la constitucionalización de organismos técnicos como el Banco Central.

[57] Declaración de principios 1974.

[58] específicamente a partir de las disposiciones constitucionales del artículo 19 No 21 al 26 Cea: tomo I p. 135.

[59] Jaime Guzmán, citado por Cristi, p. 82

De esta forma, la subsidiariedad del estado se asocia tanto a la concepción humanista y cristiana de la sociedad, como al orden capitalista de la economía.[60] Siguiendo la doctrina social de la Iglesia, este principio tiene un componente comunitarista, que potencia la participación social, la solidaridad entre individuos y la asistencia de unos a otros -como bien identifica Finnis- [61] línea que aún mantiene parte de la doctrina nacional. [62]

Pero esta interpretación no es la que ha triunfado en el derecho constitucional chileno. Porque el ámbito de autonomía garantizado constitucionalmente es solo "para desenvolverse con *legítima* autonomía en orden a la obtención de sus fines específicos".[63] Y en esta frase se esconde el codo que borra lo escrito por la mano, ya que se establece la frontera entre la soberanía propiamente tal, o poder político, y el poder social.[64] La participación que promueve la subsidiariedad es una participación social en desmedro de la política. El campo de acción de las asociaciones intermedias se respeta siempre que éstas se abstengan de realizar demandas materiales o subjetivas propias de la racionalidad política, esto es, mientras se mantengan bajo la racionalidad formal del mercado. Los *fines específicos no pueden ser fines políticos*.

Por ello, y siguiendo lo planteado ya en los ochenta por Lechner, antes de constituir un intento de diversificar la acción (en términos *arendtianos*), el poder social que se construye a través de la subsidiariedad es un poder naturalizado por el mercado y una forma más de lograr su inmunidad. Solo así es posible explicar la constitucionalización de las sanciones al "mal uso" de la autonomía a través del artículo 23,[65] el cual castiga la participación de organizaciones en cuestiones ajenas a sus intereses particulares, creando una sociedad civil individualizada en grupos con intereses diversos, pero contrapuestos. Por ello, antes que promover una participación en las decisiones y asuntos de interés general, el reconocimiento, protección y garantía de los grupos intermedios, impide el surgimiento de sujetos políticos que cuestionen el sistema económico y/o apelen a la racionalidad material presionando con sus demandas el funcionamiento espontáneo del mercado.[66]

En efecto, es un principio base importado desde el neoliberalismo *hayekiano*. De acuerdo a este último, es una ilusión pretender que el Parlamento o el pueblo pueda

---

[60] Declaración de principios 1974.

[61] Ver Finnis, p. 146. Así, a juicio de Finnis, la función propia de las asociaciones es precisamente *ayudar a sus miembros a ayudarse a sí mismos*, con el objeto de elegir y realizar los compromisos individuales

[62] La forma camaleónica de este principio explica la editorial de El Mercurio de 24 de marzo de 2016. En ella, dos miembros de un think tank liberal (pero de origen democristiano) asocian la subsidiariedad con el origen del constitucionalismo y con las encíclicas papales, llamando a mantener el *sentido* de la subsidiariedad.

[63] Memorándum metas u objetivos fundamentales

[64] ver Metas y objetivos fundamentales

[65] Los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionados en conformidad a la ley. Son incompatibles los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales con los cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de los partidos políticos.
La ley establecerá las sanciones que corresponda aplicar a los dirigentes gremiales que intervengan en actividades político partidistas y a los dirigentes de los partidos políticos que interfieran en el funcionamiento de las organizaciones gremiales y demás grupos intermedios que la propia ley señale.

[66] Ver Lechner, sobre racionalidad, distinción de Weber

gobernar al detalle una sociedad moderna altamente compleja.[67] Así, Hayek afirma que si bien el Estado tiene un monopolio de facto sobre ciertos servicios "no se puede configurar un monopolio legal". A su juicio, la tarea del gobierno es la mantención del estado de derecho bajo el principio de subsidiariedad, en cuanto debe "crear el marco a través del cual los individuos y grupos puedan realizar sus fines propios, y solo intervenir cuando por alguna razón u otra, no se pueda proveer los servicios a través del mercado".[68]

La percepción de que existía una crisis en la capacidad del Estado de coordinar el desarrollo económico en Chile,[69], fue utilizada por los Chicago Boys para argumentar que la actividad estatal era intrínsecamente ineficiente y coercitiva, pavimentando así el camino para el resurgimiento del ideal libertario de autorregulación social a través del mercado, en cuanto 'orden espontáneo'.[70] La constitucionalización de este principio responde a la devaluación de la responsabilidad social (política) frente al énfasis que asume la lógica de la responsabilidad individual, en lo que ha sido llamado "la capitulación silenciosa de la responsabilidad pública".[71]

II. La tensión entre los derechos liberales y los derechos *neo*liberales: la devaluación de la libertad de expresión

A juicio de la mayoría de la doctrina nacional, Chile tendría una verdadera *tradición* liberal de respeto a la libertad de expresión, que se reconoce en su núcleo esencial: la prohibición de la censura previa y el establecimiento de responsabilidades ulteriores. [72]

Sin embargo, el neoliberalismo constitucional -bajo la democracia tutelada y el principio de subsidiariedad- afecta la forma en la cual se configuran los derechos

[67] Hayek p. 144 vol iii)

[68] Hayek: "the task of government is to create a framework within which individuals and groups can successfully pursue their respective aims, and sometimes use its coercive powers of raising revenue to provide services which for one reason or another the market cannot supply" p. 139 Vol III

[69] Ver Valenzuela

[70] (lechner p. 13)

[71] Neil Gilbert, Transformation of the Welfare State. The silence surrender of public responsability (2005)

[72] Artículo 19 No 12 de la Constitución [La Constitución asegura a todas las personas:] La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deber ser de quórum calificado.
La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.
Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.
Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.
El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.
Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalar la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.
La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica.

fundamentales, y en particular los alcances de la libertad de expresión. El carácter neoliberal de este derecho se expresa en la transformación de los derechos expresivos de los medios de comunicación en privilegios, los que se imponen frente a los derechos expresivos individuales y colectivos a recibir información.

Para estos propósitos, es apropiado recordar las elocuentes palabras de Guzmán al interior de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante, C.E.N.C. o Comisión). En ellas se revela la importancia de la subsidiariedad como principio general que garantiza una libertad real (por sobre la meramente formal) pero que ha tenido aplicación en la configuración –y devaluación- de diversos derechos, como la educación o salud, y que se requiere extender a la delimitación de la libertad de expresión:

> "allí donde hay respeto al principio de la subsidiariedad, leal, efectiva y real, por parte de la autoridad, habrá libertad, y allí donde no haya ese respeto, no habrá libertad. [Estima que] este es el fondo del problema respecto de cualquier materia; es lo que se ha venido tratando de hacer con el derecho a la propiedad, cuando se consagró como algo distinto del derecho de propiedad, ya constituido; es lo que se ha venido tratando de hacer con la educación; es lo que se ha venido tratando de hacer, de alguna manera, también, con la salud, en términos más moderados, por la naturaleza propia de esa institución, y cree que es lo que procede respecto de este derecho social [refiriéndose a la libertad de expresión]"[73]

En esta parte se argumentará cómo el neoliberalismo constitucional ha influido en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. Para ello, se analizarán sentencias que el tribunal ha dictado sobre libertad de expresión. En algunas de ellas, el principio de subsidiariedad se levanta como un fundamento teórico para transformar el espacio de acción del Estado, y para consagrar y fortalecer la posición jurídica de los medios de comunicación grupos intermedios, logrando la inmunidad del mercado comunicativo.

La sentencia *Libertad de información* (STC 226 de 30 de octubre de 1995) es la primera decisión en democracia donde el Tribunal Constitucional desarrolla los límites constitucionales de la libertad de información.[74] En ella, se deciden cuatro materias fundamentales: la extensión del derecho a recibir información, los deberes del Estado, el derecho de réplica en caso de omisión deliberada, y límites a la propiedad de los medios de comunicación. De estos cuatro temas, solo se desarrollan los tres primeros, ya que la limitación a la concentración de la propiedad de los medios fue declarada inconstitucional por cuestiones de forma.[75] Sin perjuicio de ello, a través de esta sentencia el derecho a recibir información es devaluado hasta convertirlo en un derecho superfluo, *sin dientes*: no solo implícito, sino que limitado, y sin deber correlativo.

Adicionalmente, se tratará un conjunto de sentencias dictadas en 2013, que reflejan los problemas que provoca la configuración de un mercado de las comunicaciones, y la confusión argumentativa que implica justificar el privilegio de la prensa y de los medios de comunicación cuando éstos actúan exclusivamente bajo los criterios y la lógica de las empresas privadas.

Primera devaluación: excluir a los medios de comunicación del deber correlativo.

En *Libertad de información*, se somete a control de constitucionalidad facultativo el proyecto de ley sobre Libertades de Expresión e Información y Ejercicio del Periodismo. El

[73] Sesión 234 p. 250 Historia de la Ley

[74] Previamente STC TVN, Ley de telecomunicaciones

[75] Por no cumplir el quórum requerido para su aprobación. Sin perjuicio que el TC declare que no se referirá a las cuestiones de fondo, sí deja anunciado que tales limitaciones constituyen una vulneración a los derechos de propiedad…

artículo 1º inciso tercero del proyecto se refería al derecho a estar debidamente informada sobre las distintas expresiones culturales, sociales o políticas existentes en la sociedad.

El tribunal lo declara constitucional pero hace una importante prevención. A pesar de reconocer la existencia del derecho implícito de la comunidad a recibir información, este no parece ser suficiente para justificar imponer un deber correlativo a los medios de comunicación. El derecho a recibir información solo *nace una vez proporcionada la información.* A juicio del tribunal, el establecimiento de un deber de comunicar implicaría una forma de censura previa que vulnera el núcleo esencial de la libertad de expresión.

En apoyo a esta argumentación, se citan partes de la argumentación sostenida en la C.E.N.C. sobre el alcance del derecho a recibir información.[76] Al igual que en 1995, la Comisión en 1976 razonaba sobre el sujeto pasivo y el contenido de la obligación jurídica que implicaba el derecho a recibir información. En una de las sesiones el presidente de la CENC Enrique Ortúzar preguntó sobre los deberes correlativos al derecho a recibir información: "¿Implica la obligación de todo medio de comunicación social de dar toda información? ¿O las que da, deben ser veraces, oportunas y objetivas?". Frente a tal interrogante, importa citar la opinión de quien fuera el promotor principal de la iniciativa, Jaime Guzmán, porque refleja los orígenes históricos de la alianza entre los intereses económicos, políticos y comunicacionales.[77] Así, afirma

> "no se puede sostener que el deber correlativo recaiga sobre los medios privados de comunicación social, ya que su existencia dependerá de la voluntad de los particulares de crearlos y mantenerlos. El día de mañana los titulares de los medios de comunicación podrían abandonarlos y nadie podría decir que están faltando a una obligación constitucional para con la comunidad. No se ve por qué don Agustín Edwards tenga la obligación de tener una empresa periodística. Si la quiere tener, lo hace; y si no la quiere, la abandona. *Depende de su voluntad*"[78]

No es casual que cuando se discutía la extensión del derecho a recibir información, Guzmán tuviera en la mente los intereses y la voluntad de Agustín Edwards Eastman. El dueño de El Mercurio (principal medio de prensa escrita en Chile) tuvo una oportunidad privilegiada para presentar sus argumentos –a través del subdirector del medio Arturo Fontaine A.-, frente a la Subcomisión especial designada para tratar el tema de los medios de comunicación.

---

[76] Lamentablemente, no es poco común las referencias a las discusiones de La C.E.N.C. o "Comisión Ortúzar" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siguiendo una forma de interpretación originalista, sin perjuicio de lo polémico que puede resultar hoy sostener argumentos basados en su voluntad como constituyentes. No solo por su nombramiento (el 25 de octubre de 1973), sino porque el proyecto de la Constitución de 1980 tuvo una etapa de revisión y cambio a manos del Consejo de Estado (del cual solo se tiene un registro parcial de sus actas) y posteriormente ambos proyectos fueron modificados por la Junta y su equipo de asesores legales, de lo cual no hay información alguna.

[77] La historia de los Chicago Boys lleva a la Cofradía Náutica del Pacífico Austral, una asociación fundada en 1968 por Edwards y Merino (autoproclamado Comandante en jefe de la Armada) y declaradamente golpista. Ver, Fontaine A. (Los economistas y el Presidente). Un antecedente más sobre la importancia de dicho medio es el entregado por el propio miembro y presidente de la CENC quien (al discutirse sobre la inexpropiabilidad de los medios) señala: "sin embargo, si se hubiera expropiado "El Mercurio" en el régimen anterior, [cree que] habría sido muy difícil para el país haberse liberado del régimen marxista.". Por su parte, el estudio de Vergara (publicado en 1985) analiza la primera etapa del régimen cuando existía la divergencia entre el camino restaurador y el refundacional, y destaca la influencia que -a través de sus editoriales- ejerció El Mercurio para consagrar la misión refundacional del régimen.

[78] Sesión 231 (se agrega destacado)

La posición jurídica que se revela como fundamental es la de los medios privados de comunicación. Es dicha posición la que requiere se protegida por sobre la posición jurídica colectiva de la ciudadanía a estar informada. En opinión de los comisionados, es un contrasentido transformar una obligación lo que constituye una libertad "porque nadie tiene derecho a ser informado con noticias que nadie quiere dar".[79]

Por su parte, el tribunal constitucional siguiendo lo ya discutido por la Comisión casi veinte años antes, y sin avanzar en el desarrollo del derecho a recibir información, concluye que el derecho a recibir información, si bien es reconocido de forma implícita,

> "No contiene la obligación de informar, sino que lo que se asegura es el derecho de recibir la información que se dé [….] Lo que ocurre es que este inciso juega cuando alguien informa; dada la información, ahí existe la obligación de garantizar su debida recepción" (c. 18)

Es decir, una vez emitida la información por el medio de comunicación, nace el derecho de recibirla. Ahora bien, no se desarrolla el porqué este derecho podría ser diferente a la libertad de informar, que implica el derecho a difundir lo informado. Sin embargo, en vez de establecer una distinción analítica respecto del derecho implícito reconocido, el tribunal simplemente lo asimila a la libertad de informar de los cuerpos intermedios o medios de comunicación privados. Y, una vez convertido el derecho a recibir información en libertad de informar, el tribunal termina por reforzar la inmunidad del mercado informativo a través del principio de subsidiariedad, ya que:

> "ninguna norma legal puede obligar a las personas naturales o jurídicas a dar una información u opinión o a inmiscuirse en la autonomía que deben tener los grupos intermedios de la comunidad entre los que se cuentan los medios de comunicación social" (c. 22)

Segunda devaluación: excluir al Estado del deber correlativo

El artículo 9º del proyecto establecía la obligación del Estado de garantizar el pluralismo en el sistema informativo y asegurar "la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión, así como la variedad social, cultural y económica de las regiones". Esta norma es declarada inconstitucional por el tribunal, porque interpreta en tal disposición la *posibilidad* de legitimar la imposición de obligaciones a los medios de comunicación, los cuales, como órganos intermedios (y por el principio de subsidiariedad) tienen asegurada inmunidad:

> "desde el momento en que se impone al Estado la obligación de equilibrar el flujo noticioso a fin de pretender una pluralidad ideológica o cultural, *y para así hacerlo ha de imponer obligaciones a los medios de comunicación social*, significa una intromisión indebida en las decisiones que pueda adoptar un medio de comunicación, interferencia que no sólo constituye una clara violación a la autonomía de ese medio -que la Constitución reconoce, ampara y garantiza- sino, además, una violación directa a la libertad de emitir opinión y de informar -que reconoce, asegura y protege la Carta Fundamental en su artículo 19, N° 12-, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio" (c. 31)

La sentencia del tribunal atribuye a la garantía del pluralismo una amenaza a la libertad-autonomía que supone la no-interferencia estatal. No existe un fin legítimo que justifique limitar la autonomía de los grupos intermedios quienes solo pueden ser limitados en razón de la moral, el orden público o la seguridad nacional (c. 29). Tampoco consideró la posibilidad que el Estado pueda cumplir con tal deber a través de incentivos, o del desarrollo o fortalecimiento de una línea de medios de comunicación *públicos*.

Tercera devaluación: limitar el alcance de la acción

[79] Ovalle, sesión 234

Finalmente, el proyecto contenía el derecho de rectificación a la persona natural o jurídica que "haya sido deliberadamente silenciada con respecto a un hecho u opinión de importancia o trascendencia social" (artículo 20 inciso segundo). Este derecho era una extensión del derecho constitucional de rectificación reconocido a toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, por dicho medio (inciso 3o, artículo 19 No 12), pero que ampliaba las causales donde se garantizaba el acceso a los medios de comunicación. La acción contemplada por el proyecto, correspondía a un verdadero *poder jurídico* tal como acertadamente lo califica el tribunal (c.___). En efecto, reconocía que cualquier miembro de la comunidad afectado por el silenciamiento deliberado en un tema de trascendencia social, pudiese acceder al espacio comunicativo del medio, justificado en que la actividad ejercida por los medios de comunicación tenía un sentido público.

Sin embargo, al fundar la inconstitucionalidad, el tribunal omitió desarrollar las implicancias que tiene el ejercicio de una actividad de interés público por parte de agentes privados. Tampoco consideró necesario razonar en virtud de la responsabilidad que tienen los medios en el ejercicio de su *poder* comunicativo. Su argumentación, en cambio, se centró en la cuestión de la autonomía, como extensión del principio de subsidiariedad. Así, nuevamente se protegió la posición jurídica de los medios de comunicación, que en cuanto cuerpos intermedios, son autónomos, y gozan de la libertad de informar lo que quieran, ya que su actividad

> "supone la libre elección -sin interferencias de nadie- de las noticias u opiniones que se difundan, en cuanto los titulares de los medios de comunicación consideran que son de importancia, trascendencia o relevancia, en concordancia con sus principios o línea editorial. Interferir en ello es precisamente vulnerar esta libertad y el pluralismo de medios que se persigue"

Adicionalmente, el tribunal acogió el argumento que impugnaba este derecho porque vulneraba la propiedad y atentaba contra las facultades de uso y goce,

> al interferir gravemente sus atribuciones de administración referente a lo que se ha de informar o no, la oportunidad de divulgación o difusión, y su forma, extensión o alcance (c.__)

Así, el razonamiento para defender la inmunidad de la posición jurídica de los medios de comunicación es reiterativo: la libertad de informar se asimila a la autonomía de los grupos intermedios, y esta última se equipara al derecho de propiedad. Y, la inmunidad –a veces tan necesaria para defender la libertad de prensa- se transforma en esta sentencia en un privilegio de los medios de comunicación privados que carece de explicación.

Cuarta devaluación: la confusión entre el interés y el entretenimiento público

Probablemente este punto trate de uno de los temas más controvertidos, especialmente por lo contradictorio de los razonamientos que desarrolla el tribunal en un espacio reducido de tiempo. Para ello se toman en consideración cuatro sentencias que tratan sobre la regulación de la televisión, dictadas por el tribunal constitucional en 2013.

Las sentencias *People meter* I y *People meter* II (STC 2358-2013 y STC 2509-2013) se refieren a la impugnación de las medidas que buscan prohibir o limitar el sistema de medición de audiencia, con el fin de mejorar la calidad de la televisión y "evitar la manipulación de programas que alteran su contenido original; la explotación de una imagen sexista de la mujer y el aumento artificial de los costos de publicidad".[80]

[80] (*People meter I*, c. 9)

En *People meter I* se analizó la constitucionalidad de la prohibición absoluta del uso del sistema de medición de audiencia y se declaró inconstitucional el 9 de enero de 2013. Frente al rechazo de la medida, el legislador relativizó la prohibición de uso del sistema de medición de audiencia. Ya no se prohibía absolutamente su uso, sino que se dispuso de un límite de horario para poder hacerlo, introduciendo el sistema *overnight*. El 24 de septiembre del mismo año, se resolvió *People meter II*. En ambas decisiones el tribunal decidió que dicha prohibición de uso o su limitación, eran inconstitucionales, ya que resultarían medidas desproporcionadas y no razonables (c. 15), además de atentar contra la libertad de operar estaciones de televisión, la autonomía de los grupos intermedios, la igualdad ante la ley y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.[81]

En primer lugar, la mayoría analizó la proporcionalidad de la medida, y concluyó que esta no cumplía con el elemento de necesidad, por carecer de evidencia que demostrara que la prohibición incidiría en una mejora en la calidad de la televisión como fin legítimo. Pero, junto con ello, consideró como elitista la sola hipótesis en la que se basaba la regulación propuesta por el legislador, toda vez que implicaría suponer que las personas sometidas al sistema de medición "van a inclinarse casi fatalmente por la trivialidad y la ramplonería". Antes bien, a juicio del tribunal, el sistema de medición en línea era neutro ya que solo reflejaba tendencias (c. 26), y era especialmente útil frente a la reconocida volatilidad de la audiencia (c. 16). Así, se incorporó la racionalidad formal económica al análisis del conflicto jurídico: la industria televisiva requiere de instrumentos tecnológicos para averiguar los intereses y satisfacer así los deseos de los consumidores-audiencia. Se apeló directamente a la lógica de la oferta y la demanda. En palabras del tribunal, este sistema permitía averiguar

> "tendencias o inclinaciones de la audiencia, *con el fin de satisfacer mejor las expectativas y gustos de los destinatarios de la programación televisiva*. Y ese es un procedimiento lícito, que no obstaculiza, entraba ni distorsiona la plena libertad de los medios para enviar sus mensajes televisivos" (c. 9)

La necesidad del uso del people meter se presentaba tan razonable como podría ser un estudio de mercado o *focus group* para el departamento de marketing de la empresa vendedora de tostadoras eléctricas. Porque, en la lógica del razonamiento del tribunal, la televisión como empresa privada se financia a través de la publicidad y no puede ser indiferente a la competencia por la audiencia.

Por su parte, esta última parece como un grupo meramente pasivo que recibe el producto final generado por la televisión, bajo el clásico modelo de comunicaciones de los medios de masas, caracterizados por la unidireccionalidad de la información que se extiende desde los centros productores a la periferia receptora.[82]

Pero, sin perjuicio de la unidireccionalidad en la que se basa una esfera pública controlada por los medios de masas, el rol de estos últimos sigue siendo considerado como de interés público, ya que no solo son guardianes del poder, como cuarto poder del estado,

[81] en el caso de esta última, se trata de la posición jurídica de las empresas que proveen el servicio people meter. En lo que sigue, las citas del razonamiento de los jueces constitucionales se refieren a la STC 2358, *People meter I*. En esta decisión se presenta una prevención de la Ministra Peña (quien considera la medida como una forma de censura previa) y el disenso de los Ministros Carmona (redacta disidencia), Fernandez Fredes, Viera-Gallo y García. En People meter II, la redacción de la sentencia la hace el Ministro Aróstica, la prevención el Ministro Romero, y la disidencia la redacta el Ministro Carmona.

[82] Benkler, Castells.

sino que también se les reconoce la influencia para definir la agenda y como un medio de educación e información constante para la formación de la opinión pública.

Por ello la argumentación del TC sorprende, no solo porque olvida completamente las diferentes funciones de interés público que se les reconoce a los medios televisivos, sino que ignora de forma incomprensible, los argumentos en los que previamente afirmó la especialidad de la regulación de la televisión (titularidad restringida, alcance, impacto y fin público, desde la STC 56-1988) y que han justificado la imposición de determinadas cargas públicas, como la emisión gratuita de propaganda política en periodo de elecciones (STC____).

Su argumentación, en cambio, se enfoca en *la televisión como industria,* y en la libertad *para establecer, operar y mantener estaciones de televisión* (artículo 19 No 12, inciso 5º) que ampara la posición del empresario de las comunicaciones. Por cierto, y siguiendo la línea de *Libertad de información*, esta posición jurídica se refuerza a través del principio de subsidiariedad que protege la autonomía de los grupos intermedios. Así, se afirma que la decisión acerca del uso de herramientas tecnológicas como el *people meter* es parte de las decisiones de programación autónomas de la línea editorial (c.15), que también califica dentro de las facultades de *operación,* según los derechos accesorios del concesionario, y como forma legítima de administración del grupo intermedio en la que no cabe interferencia del Estado (c. 19).

El problema adicional es la contradicción en la que incurre el tribunal cuando asimila la elección sobre el uso del sistema de medición de audiencia al privilegio clásico del secreto de la fuente informativa de los periodistas. Para el tribunal, el interés público que justifica este último, se extiende a la facultad de elección del people meter. Entonces, y a diferencia de lo argumentado en el considerando 9 –donde el reconocimiento y ejercicio de la libertad expresiva de los medios tiene por fin la satisfacción de los deseos de una audiencia meramente pasiva-, en el considerando 17 el tribunal pasa a desarrollar los efectos que tiene en la formación de la opinión pública como agente activo. El amparo de la posición jurídica de la televisión no se justifica en cuanto a servicio de entretenimiento, sino que por la necesidad de

> "conservación de un espacio de opinión pública mediante el libre flujo de la información que sustente el control social democrático de los actos del poder orgánicamente establecido y posibilite el pleno desarrollo de las subjetividades de las personas, mediante su *opinión, expresión y participación*" (c.17)

El disenso recoge esta contradicción. En efecto, la minoría advierte que la autonomía reconocida constitucionalmente es para transmitir contenido a terceros, no para ejercer meramente una actividad económica, que si bien es lícita, su ejercicio implica una función pública. Su razonamiento refleja que la televisión es un *medio* en el sentido más literal de la palabra, ya que a través de ella se ejerce el derecho fundamental de la libertad de expresión, y debe considerar los intereses generales de la colectividad (citando a STC 56-1988). Por lo tanto, señala la disidencia, si se sacrifica el ejercicio de dicha libertad por la obtención de mayores utilidades –esto es, la libertad de informar por la libertad económica- "la autonomía se distorsiona" (c.29 disenso) y no hay una justificación válida para mantener la inmunidad, o como afirma el tribunal "la esfera intangible de operación" (c. 14).

La posición de disenso en *People meter I* se volvió mayoritaria en la sentencia *Franja electoral en Primarias* (STC 2487 de 21 de junio de 2013). En dicha sentencia, se discutió la constitucionalidad de la obligación a los canales de libre recepción de transmitir propaganda electoral para las elecciones primarias presidenciales. A diferencia de lo sostenido por

People meter I, se afirmó la excepcionalidad que tiene la regulación de la televisión. Dicho medio de comunicación no puede ser considerado como un grupo intermedio cualquiera "completamente al margen de las intervenciones legislativas" (c.46). Es un grupo privilegiado, ya que "no cualquiera puede realizar emisiones televisivas, sino sólo los que tienen concesiones. Los que las tienen, pueden utilizar el espectro radioeléctrico asignado" (c. 55).

Ahora bien, nuevamente de forma inexplicable, este razonamiento es completamente omitido por la mayoría en *People meter II* (de septiembre de 2013) que declaró la inconstitucionalidad de la limitación del *people meter overnight*. En efecto, la mayoría siguió los mismos razonamientos que justificaron la inconstitucionalidad de la prohibición en *People meter I*, sin dar cuenta de lo razonado por *Franja electoral en Primarias.*

Solo un mes después de *People meter II*, el tribunal resolvió la STC 2541 *Televisión digital*, donde se revisó la constitucionalidad del proyecto de ley que "Permite la introducción de la televisión digital terrestre". El requerimiento de inconstitucionalidad se enfocó en cuatro materias: la definición de pluralismo, la obligatoriedad de transmitir campañas de interés público, el otorgamiento de una segunda concesión a Televisión Nacional de Chile, y la obligación de la norma *must carry*. En esta ocasión, retornó la justificación en base al interés público de la actividad comunicativa. Por ejemplo, en relación a la obligación de transmitir campañas de interés público, el interés que protege el tribunal es el de la ciudadanía a estar informada. Según el tribunal, en este caso no se presenta un un conflicto de derechos entre el emisor y el receptor de la información, ya que tanto la obligación de emitir campañas de interés público como la libertad de informar "tienen el propósito de mantener a la ciudadanía informada" (c. 23). La justificación de interés público se encuentra en ambos lados de la moneda, con lo cual se reconoce que no solo basta con afirmar que los canales de televisión *cumplen una verdadera función de utilidad pública*, sino con reconocer que por ello, las obligaciones impuestas a los medios y basadas en el interés público deben ser consideradas como constitucionales.

III. Conclusiones parciales

La forma jurídico-constitucional que adopte la libertad de expresión no es inocua para definir el alcance de las transformaciones sociales. Tal como advierte Hirschman, el objeto de la acción pública se refiere a *un estado futuro del mundo*, a través de un proyecto de ley, la promoción de una política pública, o el resultado de una elección. No se trata una preferencia individual adquirida exante, sino que de un proceso a través del cual se actúa en concierto con otros, y cuyo resultado concreto depende de la imaginación de los ciudadanos para pensar el cambio social.[83]

Bajo los gobiernos de la Concertación las políticas públicas neoliberales ganaron en legitimidad, tanto electoral como discursiva,[84] apoyados en un sistema de medios que

[83] Albert O. Hirschman p. 324

[84] (Boeninger, 2014). Así lo afirma el Ministro de la Secretaría General de la Presidencia, Nicolás Eyzaguirre (ex ministro de Hacienda de Ricardo Lagos 2000-2006): "Primero, nobleza obliga: a pesar de que el elemento de aprobación democrática del proceso más temprano que tarde tenía que llegar, porque si no ninguna reforma es viable, yo creo que este encuentro con un modelo de crecimiento dinámico, que nos ha traído tanta prosperidad, comienza con Hernán Büchi, no con la Concertación. Él entendió que había que tener un modelo exportador, una política monetaria responsable que

reafirmaba la construcción de dicho consenso,[85] a pesar de algunas perspectivas críticas y aisladas en los 90.[86] Actualmente, el derecho individual a la libertad de expresión está garantizado, en el sentido que la esfera pública no se percibe directamente (ni indirectamente) amenazada por la acción positiva del Estado. El poder Ejecutivo no controla lo que se emite o se escribe en los medios de comunicación tradicionales (prensa, radio y televisión[87]) o en Internet,[88] pero tampoco tiene bajo su propiedad o influencia ningún medio masivo de comunicación. No existe un sector público en las radios,[89] ni en la prensa escrita –ya que el Estado vendió el 2013 su participación mayoritaria en el Diario La Nación-[90], y el canal de televisión pública –si bien es de propiedad del gobierno- se autofinancia, opera como una empresa privada más, y actualmente se encuentra en crisis. Consecuente con la lógica neoliberal, en el espacio comunicativo se promovió la transformación de las funciones estatales a la de garante del libre mercado de las ideas.

A pesar de este mercado de las ideas (que alcanzó al monopolio ideológico en el caso de la prensa, durante el gobierno de Sebastián Piñera)[91] desde los movimientos sociales del 2011 se han multiplicado los enfoques críticos que apuntan a la crisis del enfoque neoliberal.[92] Además, el 2014 asumió la presidencia el proyecto reformista presentado por la Nueva Mayoría (antes Concertación) con un amplio apoyo electoral. Este programa no solo planteaba la gratuidad en la educación superior, sino que promovía una reforma tributaria, el cambio del sistema electoral binominal, la reforma laboral, la despenalización del aborto y una nueva constitución.

Los problemas que ha enfrentado el gobierno para llevar a cabo su agenda reformadora, develan el problema político que implica el funcionamiento de la esfera pública exclusivamente bajo la institución del mercado y de agentes privados. Cuando la libertad de información se entiende como autonomía negativa, la forma racional del agente expresivo

---

anclara la inflación, una economía privada, un sistema tributario que fomentara el ahorro, y esas cosas se profundizaron durante la Concertación." Entrevista Revista Capital, ed. No 415, 4 de marzo al 17 de marzo, en: http://www.capital.cl/poder/2016/03/03/100317-eyzaguirre-los-que-se-espantan-con-las-reformas-estan-anclados-a-un-modelo-rentista (3 de marzo, 1916).

[85] En parte, así lo reconocen Tironi y Sunkel, en cuanto a la función que han tenido en "el proceso más reciente de conformación de un consenso básico en torno a la democracia pluralista y la economía de mercado abierta" Tironi, Sunkel (Cep Chile)

[86] (Moulian, Garretón, Jocelyn-Holt)

[87] Corresponde destacar que la Televisión es el único medio de comunicación que tiene un órgano regulador. El Consejo Nacional de Televisión es un servicio público autónomo, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, creado por la Ley No. 18.838, publicada en el D.O. el 30 de septiembre de 1989, en función de lo prescrito por el artículo 19 No 12, inciso 6.

[88] En relación a este último ámbito, se destaca que Chile ha sido el primer país en América Latina en consagrar el principio de neutralidad en la red para los usuarios de Internet, Ley No. 20453 de 18 de agosto de 2010, que garantiza el libre flujo de información en internet.

[89] En el gobierno de Patricio Aylwin se vendió la participación en la radio Nacional. Ver Informe Human Rights Watch.

[90] Con el retorno a la democracia, el gobierno cedió el control del diario La Nación a un directorio escogido por Patricio Aylwin pero dotado de autonomía editorial. Ver Informe Human Rights Watch/Freedom House. Desde el 2010 se había terminado con la edición impresa del diario, y finalmente, el 2013 el Estado vendió su participación mayoritaria.

[91] Piñera además controlaba el canal de televisión Chilevisión (2005-2010). Ver análisis Couso sobre el mercado de la prensa escrita

[92] (Atria et. al., Cristi y Ruiz-Tagle, Mayol, Mayol y Ahumada, Ruiz, Ruiz y Boccardo)

responderá al criterio de utilidad y el riesgo probable es la uniformidad en la entrega de contenido (dependiendo de otros factores). Bajo el sistema de medios masivos de comunicación financiados a través de la publicidad, es razonable esperar que antes de enfocarse en alimentar la imaginación transformadora de la sociedad y el análisis de los conflictos e intereses que supone, los medios optarán por emitir un producto informativo más neutro, que mantenga la fidelidad de la audiencia y no genere rechazo.

Pero también, cuando el consenso neoliberal es el cuestionado, los medios han mostrado el poder que implica su función comunicativa, presentándose como la verdadera oposición a muchas de las iniciativas del gobierno. La libertad de información ha sido teórica e históricamente considerada un poder antes que una inmunidad, en cuanto a influir en la formación de la opinión pública. En efecto, no solo se le atribuye un rol en la definición del camino fundacional que tomó la dictadura, pero también una importante influencia en cuanto a debilitar el apoyo social y potenciar su término. Por eso se explica que un analista político planteara el 2015 que simplemente "no se pueden hacer cambios estructurales sin medios de comunicación",[93] mientras otro anticipaba el 2014 que 'La batalla que viene' en Chile es la de los medios de comunicación,[94] y resulta preocupante la devaluación constitucional de la libertad de información.

[93] Entrevista a Ernesto Águila, en El Mostrador, 25 de agosto de 2015: http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/08/25/no-se-pueden-hacer-cambios-estructurales-sin-medios-de-comunicacion/

[94] Héctor Soto, 17 de agosto de 2014: http://voces.latercera.com/2014/08/17/hector-soto/la-batalla-que-viene/