

LA DIVISIÓN DE PODERES Y SU CONTROL POR MEDIO DE LA PRENSA*

The control of the Political Power by the press and the division of power

SERGIO PEÑA NEIRA**

RESUMEN: El objeto de este trabajo es analizar las posibles relaciones entre Milton, Tocqueville, Bello y Portales en torno al beneficioso control de la prensa sobre el Estado y, particularmente al Poder Judicial, hasta nuestros días. Este tema nace del estudio sobre instituciones jurídicas que han sido redescubiertas por su importancia para la libertad de prensa.

* Este texto constituye parte de la investigación doctoral del autor que fuere aprobada con el calificativo de sobresaliente, *suma cum laude*, en el Diploma de Estudios Avanzados, Universidad de Huelva y Andalucía, febrero de 2011. Fue presentado en las *XL Jornadas Chilenas de Derecho Público: El principio de separación de poderes*, celebradas en la Universidad de Valparaíso, 2010.

** Profesor de Metodología de la Investigación Jurídica e Introducción al Derecho, en la Escuela de Derecho de la Universidad Andrés Bello (Santiago) y Derecho internacional en la Escuela de Comercio internacional de la Universidad del Mar y en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Profesor invitado en la Universidad de Chile. Licenciado/Magíster en Relaciones internacionales y europeas. Licenciado en Ciencias Jurídicas. Ph. D. (c) in Law, D.E.A. Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas. <sergio.penaneira@gmail.com>.

Artículo recibido el 13 de octubre y aprobado el 29 de noviembre de 2011.

PALABRAS CLAVE: independencia poder judicial – separación de poderes – control de la prensa

ABSTRACT: The main aim of this article is the analysis of the possible relationships between Milton, Tocqueville, Bello and Portales on the benefits of the press control on the state, particularly on the judicial power until today. This topic arose due the research on important juridical institutions with relevance to the freedom of the press.

KEYWORDS: independence of the judicial power - separation of power - control of the press

INTRODUCCIÓN

En términos generales, el Poder Judicial no puede dejar de actuar con independencia.¹ La misma puede ser en el interno de tal poder del Estado o respecto de las demás poderes aunque siempre exista, conforme lo señala CASARINO, una suerte de relación entre poderes.² El Estado y sus poderes, a su vez, actúa, en muchos casos, de manera arbitraria. Si bien existen remedios jurídicos, la prensa ha sido de antaño la que ha controlado a los Poderes del Estado. Una prensa debidamente controladora legitima al Estado y auxilia a la división y a la intercomunicación entre los poderes del Estado. Esta noción de orden y libertad, muy propia del liberalismo del s. XVIII se mantiene hasta el día de hoy en el concepto de Estado de Derecho, adscripción irrestricta a normas jurídicas por el Estado, donde, desde una perspectiva política nos agrupamos en torno a los conceptos de libertad y orden.³

No se debe olvidar que todos ellos podrían representar una vertiente liberal en la Historia de las Ideas Políticas aunque respecto de los dos últimos, al menos políticamente, se les ha situado debido al extremo interés en el orden del Estado en Chile, dentro de la corriente conservadora.

Sin embargo, todos ellos fueron adalides de la responsabilidad de la prensa en materia de orden sistemático de la administración pública unida a una serie de libertades, en algunos casos promovidas por MILTON en *La Aeropagita*⁴, otras estudiadas y positivamente evaluadas por TOCQUEVILLE en

¹ Sobre el punto RIVACOBA *Vid.* PEÑA (1992).

² CASARINO (2006).

³ Al respecto el opúsculo de Agustín SQUELLA (1981).

⁴ MILTON (1637), MILTON (1644).

la obra *La Democracia en América*⁵ también expresada por BELLO en algunas de sus crónicas u opiniones en *El Araucano* y, finalmente, expresadas por PORTALES en algunos mensajes, cartas y actos administrativos que se proyectan hasta hoy.

Esto, finalmente, se proyecta a los poderes del Estado y particularmente a la estructura del Poder Judicial y es necesario analizar la influencia sobre este poder del Estado por parte de la prensa.

BREVE EXCURSO SOBRE EL PODER JUDICIAL Y SU INDEPENDENCIA

Uno de los problemas que interesó con mayor vehemencia a RIVACOBRA fue el de la organización del Poder Judicial particularmente su estructura y forma del mismo. En las reuniones o *seminario*, como gustaba llamarlo él de los días martes en la Universidad de Valparaíso, solía conversar y argüir, con vehemencia, acerca de la necesidad de estudiar el problema de la estructura del Poder Judicial⁶ y particularmente su independencia lo que motivó una reseña sobre el asunto que se publicara en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* de 1999.⁷ Allí expliqué cómo OWEN FISS profesor de la Universidad de Yale, alabó la distinción entre independencia *ad intra* y *ad extra* en el Poder Judicial. En este estudio nos centraremos en la última⁸, en la independencia del Poder Judicial respecto de otros poderes política y jurídicamente constituidos de manera constitucional así como de otros poderes que si bien se encuentran legalmente constituidos no se encuentran políticamente consagrados en la división, clásica ya desde MONTESQUIEU, de los poderes de la *polis*, me refiero a la prensa en sentido amplio (escrita, radial, etc.). En este sentido quiero establecer el *campo* en palabras de BORDIEU, sobre el cual se desarrollará esta exposición, a saber un supuesto de hecho, como lo plantea KELSEN, en que un medio de comunicación critica el actuar de la Administración Pública, particularmente de uno de sus miembros, en este caso del Poder Judicial y las consecuencias que de ello puede llevarse. Debe entenderse que la tal crítica no se hace en virtud de una sentencia judicial sino del actuar de

⁵ TOCQUEVILLE (1854a).

⁶ Al respecto, TEROL BECERRA, Manuel, *Curso sobre las personas y la familia*, Doctorado en Ciencia Jurídica, Historia, Dogmática y Derecho Comparado, Huelva, España, 17 de febrero de 2009.

⁷ PEÑA (1992).

⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha centrado en otorgar a este tipo de independencia el carácter de *ius cogens* y deben ser respetadas y aplicadas en todo procedimiento siendo uno de los elementos esenciales del *debido proceso*. Cfr. ABREU (2007) pp.640 y 643, CHAIRES (2004) pp. 524 y 530.

tal poder en cuanto parte de la Administración Pública, por ejemplo, en los sistemas de calificación de sus miembros.

Las preguntas que animan esta investigación son si la prensa posee tal atribución, si la posee, cuál es el límite, cuáles son las opiniones de James MILTON, Alexis de TOCQUEVILLE, Andrés BELLO y Diego PORTALES sobre este punto y cuáles son las consecuencias políticas y jurídicas de la misma.

En principio las respuestas a la preguntas son las siguientes, la prensa tiene tal atribución limitada a la responsabilidad ética y jurídica derivada de la misma, responsabilidad fijada por la pluma de don Andrés BELLO y las ideas de Diego PORTALES influidas, en nuestra opinión por la obra de James MILTON, precisamente ratificada por la obra de Alexis de TOCQUEVILLE.

Es dable indicar que este texto que se presenta en estas jornadas posee como estudio previo a dos autores ampliamente conocidos en la literatura extranjera pero relativamente desconocidos en la nuestra, John MILTON⁹ y Alexis de TOCQUEVILLE¹⁰. Del primero es posible señalar su interés por esta materia aun siendo de origen puritano, y el estudio de que ha sido objeto durante los últimos años en España por Nieves SALDAÑA, de Huelva, quien ha desarrollado su tesis doctoral sobre esta materia.¹¹ Sobre el segundo, liberal o al menos situado dentro de la dicha corriente de pensamiento político, se desarrolla buena parte de mi investigación junto al ex profesor de la Universidad de Valparaíso Dr. J. GARCÍA - HUIDOBRO y respecto del cual efectuara una primera clase en 1992. Luego se ha constituido en una fuente de estudio constante en razón de la idea de democracia y de su análisis sobre la sociedad norteamericana.

Este no es un tema baladí ni en Chile ni en los países de origen de cada uno de los autores mencionados porque siempre existe y existirá, de manera permanente, la noción de orden y libertad en las relaciones de la Administración Pública con la prensa.

EN TORNO A MILTON Y TOCQUEVILLE

Es necesario apuntar que MILTON y TOCQUEVILLE se han referido al tema de la libertad de prensa. El primero, John MILTON, efectúa un análisis en el texto *Aeropagítica* del tema.¹² MILTON es conocido entre nosotros por la in-

⁹ MILTON (1637). Respecto de Milton podemos citar el texto del profesor MIRANDA (1999).

¹⁰ TOCQUEVILLE (1854b), GODOY (1983).

¹¹ SALDAÑA (2001) pp. 175 - 211.

¹² Debo su texto en español a la profesora Nieves SALDAÑA.

fluencia de su poesía más que su prosa pero la última produjo el texto que analizaremos. No nos detendremos en la vida de MILTON sino para expresar que pertenecía a un pequeño grupo inglés de carácter selecto en cuanto a su conocimiento y estudio y que fue un enamorado de la literatura y de la prosa, en definitiva, era un puritano de los ss. XVI y XVII. Este autor lucha a favor de tolerancia y libertad de sus derechos y de quienes deseen expresarse por los medio de comunicación, entonces comunicación escrita. Estoa derecho fueron restringidos en la Inglaterra de los ss. XVI y XVII a religiones que no fueren la oficial o grupos religiosos de tal carácter. La Revolución puritana trajo consigo una mirada de respeto y de aprecio a la tolerancia de las personas en un marco religioso pero modificándose hacia una concepción de carácter racional y secular. Lo que se produjo entonces fue un férreo control del Monarca de cualquier obra impresa de radicales y toleracionistas, estableciéndose un rígido sistema de censura.¹³

En este sentido el puritanismo se relaciona con Alexis de TOCQUEVILLE, el segundo de los autores citados, en cuanto éste reconoce al puritanismo la suerte de ser la base o fundamento del Nuevo Mundo (en su caso, los Estados Unidos de Norteamérica).¹⁴ Es posible pensar, por cierto, que dicha tradición llevó, finalmente, a defender la libertad de prensa e información en los Estados Unidos de Norteamérica y a influir, a través de don Andrés BELLO y don Diego PORTALES, la regulación del control de la prensa y a la prensa por la Administración Pública.

El sentido de la *Aeropagítica* de MILTON fue, como lo indica el mismo autor, el siguiente: *“Escribí la Aeropagítica, a fin de exponer las razones de las limitaciones de lo que en las misma se indica; que el poder de determinar lo que era verdadero y era falso, lo que debería ser publicado y lo que debería ser suprimido, no debería ser entregado a un grupo pequeño de individuos iletrados (sin literatura) y no liberales, quienes se niegan su permiso a cualquier trabajo que contenga visiones de sentimientos que no van más allá que las supervisiones vulgares”*.¹⁵

Como se sabe, este discurso de MILTON, propugnando la libertad de expresión y contrario al control de las expresiones escritas nace para atacar un Decreto de la Corona Inglesa donde se expresa el control previo de los

¹³ SALDAÑA (2002) pp. 175 - 211.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ MILTON (1637) p. 74. Existe otra edición que usaremos aquí MILTON (1868) p. 74. Que es la que se utiliza en lo sucesivo.

escritos, panfletos, libros y otros medios escritos.¹⁶ Este Decreto se denomina en inglés *Decree of the Starre - Chamber, concerning printing* (July, 11st, 1637).¹⁷ A su vez se extendió a través de una *Order* de la Casa de los Comunes de 1641 (1642) y otra de la misma Casa en 1642 (1643) y finalmente otra *Order* de la misma Casa con la de los Señores (*Lords*) con el mismo objeto.¹⁸ Cita MILTON a EURÍPIDES (MILTON era un gran especialista en poesía griega): "*Es verdadera libertad cuando hombres nacidos libres, debiendo dar consejo en lo público, pueden hablar libremente (...)*" que define el objeto de la controversia. Une la idea de destrucción de libros a la destrucción de la imagen de Dios porque al destruirse un hombre se destruye una criatura y con lo anterior, la criatura fue creada a imagen y semejanza de Dios de donde deduce el autor que destruye a Dios, por extensión. Así también efectúa un análisis del Imperio Romano bajo el Cristianismo y cómo se destruyó en innumerables ocasiones, los libros por heréticos u otros fundamentos religiosos.¹⁹

BELLO Y PORTALES

El Decreto 14 de junio de 1830 cuyo texto está firmado por PORTALES indica en lo que nos interesa que:

"Santiago, 14 de junio de 1830.

Considerando que la imprenta bien dirigida es uno de los medios más poderosos para mantener la regularidad y pureza de los empleados en el desempeño de sus funciones públicas.

Considerando que el escandaloso abuso que se ha hecho de ella, convirtiéndola en un instrumento de pasiones maléficas, la incapacita para ejercitar 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 del público, no excitarán la atención que debieran, vertiéndose por un órgano habitualmente depravado; que los acusados se escudan con 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

¹⁶ *Ídem.*, pp. 9 - 10. Es interesante reconocer allí muchas de las normas que en materia de libros se establecen hasta hoy en nuestras leyes, por ejemplo, el depósito de un número de ejemplares en manos de las autoridades y otros.

¹⁷ *Ídem.*, p.7.

¹⁸ *Ídem.*, pp. 24 y 25.

¹⁹ *Ídem.*, pp. 35 y 38.

*prevaricadores, compromete igualmente el honor de todos ellos i cede en desdoro del gobierno”.*²⁰

Estos conceptos, en nuestra opinión vertidos en el texto por don Andrés BELLO bajo las órdenes de PORTALES, demuestran la relación de BELLO y PORTALES con la imprenta. La imprenta dirige la opinión, mantiene la regularidad y la pureza de los funcionarios públicos y que con el abuso de la misma se generan las consecuencias de caer en pasiones maléficas, no excitan la atención debido a haberse vertido por órganos depravados, la excusa de la licenciosidad de la prensa para no sincerar la conducta y generando la confusión entre buenos servidores del Estado con prevaricadores que finalmente, esta es una conclusión que cae de suyo, generan la ausencia de control de los Poderes del Estado y el abuso de los mismos.

MILTON, TOCQUEVILLE Y BELLO

MILTON, conforme a las citas ya indicadas y al texto que no nos será posible traducir en su totalidad, expresa los fundamentos de la libertad de imprenta, de la libertad de expresión frente a los límites de la autoridad. Su influencia en la libertad de prensa se manifiesta por TOCQUEVILLE en el célebre texto citado y esa influencia, como se colige del texto citado, redactado por BELLO y sancionado por OVALLE y PORTALES, se trasluce.

Estos tres autores compartieron de manera constante la idea y sentimiento de la libertad de expresión como medio de control de los Poderes del Estado. El primero, en su texto citado miraba con cierto rechazo, desdén, el control de un Poder del Estado de los textos en que se expresaban las personas y entrega las razones de su rechazo a dicho control. El segundo, TOCQUEVILLE, manifiesta que la libertad de expresión es el motor a través del cual se desarrolla la democracia y BELLO, finalmente, en un espíritu liberal, al menos en su primera época aunque es mi opinión que siempre fue así, es decir, sin perjuicio del orden jurídico impuesto por BELLO su noción de Estado era de corte liberal conforme los textos que redactó lo acreditan, también consideraba a la libertad de expresión como fundamental en una democracia y no comulgaba con la idea de control a priori de los textos sino a posteriori conjuntamente con el control por medio de la prensa de los ilícitos cometidos por la administración o la asunción de las responsabilidades por la crítica expresada a través de los medios de prensa.

²⁰ *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del Gobierno (1840) pp. 17 - 18.*

El límite de la libertad de prensa, como fue planteado al inicio, es, sin duda, el que la misma libertad no puede convertirse en licenciosidad, sancionada ética y en el caso chileno, sancionada administrativa o penalmente, conforme al tenor del texto jurídico parcialmente citado.

LAS RELACIONES ENTRE MILTON Y PORTALES

Es difícil determinar que MILTON y PORTALES tengan una relación directa, intelectualmente hablando. Es posible afirmar que al menos a través de BELLO las ideas de MILTON fueron plasmadas en el Decreto aludido en este trabajo. Resulta de suyo interesante observar que el efecto de los puritanos y del discurso de Milton es establecido de manera muy similar por PORTALES y BELLO en el Decreto citado. No es extraño por cuanto BELLO además de haber vivido en carne propia la persecución y escarnio público en la capital británica a consecuencia de la quiebra de su buen amigo IRRISARI, lo persiguieron por la prensa y luego trataron de destruirlo a través de juicios en uno de los cuales Bello tuvo que asistir como testigo, precisamente, un juicio de prensa. Respecto de Tocqueville resulta evidente que éste incorpora la noción de libertad de prensa como reconocimiento de la misma y la reconoce en una democracia como la democracia en los Estados Unidos. Frente a lo mismo resulta que es posible afirmar que al menos existió una relación entre lo afirmado por TOCQUEVILLE y lo propugnado por MILTON. Luego podemos afirmar que MILTON influyó en la libertad de prensa en Inglaterra y que la misma fue asumida por BELLO aunque de forma diferente en cuanto quien criticaba afirmando algo respecto de alguien (un acto o una omisión) debía asumir la responsabilidad de lo indicado.

Sin embargo, resulta interesante notar que muchas de las ideas de John MILTON, las nociones de libertad de imprenta y de expresión fueron suscritas, al menos formalmente, por Portales porque, como se sabe, el Ministro tuvo desencuentros con la oposición en materia política lo que devino en restricciones a la prensa opositora. De lo cual, sin embargo, nunca dejó atrás fue la noción de control de los Poderes del Estado, particularmente el Poder Judicial.

CONCLUSIONES

Es posible afirmar una línea de continuidad de planteamiento en la legislación chilena, a saber, la libertad de la prensa para informar la actividad de los funcionarios públicos, criticando a la misma. Tal libertad es un presupuesto fundamental del actuar de toda persona en la sociedad (MILTON), de la sociedad misma como fuente de desarrollo de la democracia (TOCQUEVILLE), del desarrollo de virtudes de los administrados y de los administradores (BELLO) y de la necesaria organización de la administración pública sobre la base de un

presupuesto eminentemente práctico, la relación directa entre mantención y orden del Estado y la necesaria crítica a la actividad desmedida de las instituciones estatales (PORTALES).

Sin embargo, la lectura del decreto mismo, sugiere que una misma norma contiene, a la vez, derechos y obligaciones respecto del mismo supuesto de hecho y que existe un desarrollo preconstitucional en la norma jurídica analizada donde hay una suerte de temor hacia la libertad del ciudadano y, más aun, desconfianza hacia su actuar. Finalmente esta norma mira con gran atención al problema de la limpieza de imagen de los órganos de la Administración Pública.

Es más, hoy, sin duda, es posible encontrar en Chile la ausencia de independencia interna y externa de los medios de prensa debido a la posible concentración de propiedad de medios de prensa bajo lo que pareciera conllevar pérdida de libertad de los periodistas. Esto puede tener gran influencia en la interpretación normativa a través de la fijación de criterios editoriales, sin análisis previo, se influya sobre los periodistas y luego en la opinión de las personas, de manera unidireccional.

Es posible afirmar que existe una relación intelectual entre MILTON, BELLO y PORTALES. Los puritanos, como bien lo plantea TOCQUEVILLE, dejaron en los Estados Unidos y en Inglaterra (su origen) un fuerte y conciente desarrollo de las tradiciones de libertad de expresión, base para el control de la prensa a los actos de la administración. Esto se ha transmitido dado que BELLO vivió en Inglaterra y conoció el legado de este grupo religioso, inclusive puede haber conocido a alguno de sus miembros. Podemos resumir diciendo que sin libertad de expresión no hay prensa, sin prensa no hay control, sin control no hay orden sin orden no hay libertad sino que se convierte la misma en libertinaje. Lo que resulta interesante, para efectos del caso chileno es que sean BELLO y PORTALES quienes desarrollen la noción de libertad y orden en la expresión de los medios públicos de comunicación impidiendo el libertinaje, buscando el control de los medios públicos. Ciertamente pueden haber grandes críticas, debido a la supuesta represión del sistema generado por los políticos y pensadores citados, pero, si miramos su proyección en el Estatuto Administrativo y luego en la actual Ley de Prensa o en las normas sobre probidad que se encuentran vigentes, podemos concluir en una suerte de continuidad histórica en el balance que se refiere a orden y libertad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABREU BURELLI, Alirio (2007): "Independencia judicial (Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos)", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*: pp. 639 - 651.
- CASARINO, Mario (2006): *Manual de Derecho procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.
- CHAIRES ZARAGOZA, Jorge (2004): "La Independencia del Poder Judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie* (año XXXVIII, n° 110): pp. 523 - 545.
- GODOY A., Oscar (1983): "Tocqueville y la democracia de las libertades", *Revista de Ciencia Política* (vol. 5 n° 1): pp. 30 - 47.
- MIRANDA, Carlos (1999): "John Milton y la Libertad de Prensa", *Estudios Públicos* (n° 33): pp. 2 - 22.
- MILTON, John (1637): *Areopagítica* (Londres, Robert Backer editor) 80 p.
- _____ (1644): *Areopagítica* (London, Edward Arber editor) 75 p.
- _____ (1868): *Aeropagítica* (Birmingham, Edward Arber editor) 85 p.
- PEÑA, Sergio (1992): "Rescención a Rivacoba y Rivacoba, Manuel de" *Fondo ético y significación política de la Independencia Judicial* (Valparaíso, Edeval) 3 p.
- SALDAÑA, Nieves (2002) *A legacy of supression: Del control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII*", *Derecho y conocimiento* (vol. 2): pp. 175 - 211.
- SQUELLA, Agustín (1981): *Proyección jurídica de las ideas de Bello sobre el Orden y la Libertad* (Valparaíso, Edeval) 50 p.
- TOCQUEVILLE, Alejandro (1854a): *Sobre la Democracia en América* (Madrid, Imprenta de José Trujillo) 320 p.
- _____ (1854b): *De la Democracia en América, con un examen de la Democracia en los Estados Unidos y en Suiza* (Madrid, Imprenta de José Trujillo) 320 p.