

Carlos Fortin*

Derecho a la información y propiedad de los medios de comunicación: teoría, normativa comparada, problemática chilena**

Right to information and media ownership: theory, comparative regulation, Chilean perspectives.

Otros
estudios

Resumen

La teoría política ha reconocido desde hace mucho que una gama variada de información y de ideas en el debate público es un elemento esencial de la buena sociedad. En la segunda mitad del siglo XX, como parte del vigoroso desarrollo que experimentan la teoría democrática y la teoría de los derechos humanos, emerge el concepto del derecho a la información como la contrapartida colectiva de la libertad de expresión. Lugar central en el análisis ocupa la cuestión de la relación entre este derecho y el pluralismo en los medios de comunicación social, así como la preocupación por los peligros que puede entrañar la concentración de la propiedad y el control de esos medios. El artículo comienza explorando esas relaciones en el plano conceptual para después revisar brevemente los regímenes de protección del pluralismo en los medios de comunicación en las sociedades democráticas avanzadas, específicamente la Unión Europea, Estados Unidos, Francia y el Reino Unido. La sección final sitúa la problemática en el contexto chileno, y propone una racionalidad político-jurídica para incorporar el derecho a la información a la normativa nacional.

Palabras clave

Derecho a la información, pluralismo en los medios de comunicación, concentración de la propiedad de los medios

Abstract

Political theory has long recognized that a diversified range of information and ideas in public debate is an essential element of the good society. In the second half of the

** Agradezco los comentarios de Antonio Fortin Cabezas. El texto final es, por cierto e íntegramente, de mi exclusiva responsabilidad.

* Profesor Investigador, Instituto de Estudios del Desarrollo, Universidad de Sussex, Reino Unido; Profesor Invitado, Programa de Magister, Escuela de Derecho, Universidad de Chile.

twentieth century, as part of the vigorous development experienced by democratic theory and the theory of human rights, there emerged the concept of the right to information as the collective counterpart of freedom of expression. Central to the analysis was the question of the relation between this right and pluralism in the media, as well as the concern with the dangers entailed by the concentration of the ownership and control of the media. The article begins by exploring those relations at the conceptual level. It then reviews briefly the regimes of protection of pluralism in the media in advanced democratic societies, specifically the European Union, the United States, France and the United Kingdom. The final section places the issues in the Chilean context, and proposes a political-legal rationale to incorporate the right to the information to the Chilean legal system

Keywords

Right to information, media pluralism, concentration of ownership in the media

1. La distinción en la historia de las ideas

La noción de que la existencia de una gama variada de información y de ideas en el debate público es un elemento esencial de la buena sociedad tiene una larga y honorable historia. Sus orígenes son incluso anteriores a la emergencia de la teoría y la práctica democráticas modernas, y se remontan a los albores del liberalismo constitucional europeo.

Es habitual atribuir a John Milton la primera formulación del concepto.¹ Milton publicó en 1644 una elocuente defensa de la libertad de expresión y de prensa y una acerba crítica a la censura previa.² Su principal objetivo era, por cierto, la salvaguardia de los derechos individuales; con todo, su argumento sugiere que la existencia de un debate abierto entre distintos puntos de vista es también importante para la sociedad en su conjunto en tanto permite que se imponga la verdad.³

La dimensión colectiva de la libertad de expresión fue hecha explícita doscientos años después por John Stuart Mill⁴, para quien esa libertad no sólo debe entenderse como un derecho individual sino como parte de un mecanismo social que hace posible que la decisión política sea equilibrada y correcta.⁵

En el siglo XX este concepto fue asumido y desarrollado por la teoría democrática y por la teoría de los derechos humanos. En la evolución de la teoría y la práctica democráticas de Estados Unidos un momento importante de ese proceso fue la sentencia de la Corte Suprema en 1945, en un juicio que enfrentó al gobierno norteamericano con

¹ NAPOLI (1999b) p. 153.

² MILTON (2008).

³ MILTON (2008) p. 55.

⁴ MILL (2010).

⁵ MILL (2010) p. 33.

la Associated Press⁶. Esta última era una asociación creada por unos 1 200 periódicos de los Estados Unidos para actuar como agencia de noticias, recolectando y procesando información y proporcionándosela a los periódicos miembros. Los estatutos de la asociación prohibían que se proporcionara servicio a periódicos no-miembros, prohibían a los miembros proporcionar noticias espontáneamente a no-miembros y otorgaban a los miembros el derecho de impedir el ingreso de nuevos miembros.

El gobierno de Estados Unidos inició una acción judicial para declarar ilegales los estatutos por violar la Ley Antitrust Sherman en la medida en que configuraban una situación de monopolio. La Corte Suprema falló a favor del gobierno, en una sentencia que afirma inequívocamente la dimensión social de la libertad de expresión: según la Corte, la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, que consagra esa libertad, “descansa en el supuesto de que la difusión más amplia posible de información de fuentes diversas y antagónicas es esencial para el bienestar del público”.⁷

El concepto fue reiterado en otra sentencia hito de fines de los sesenta en que la Corte declaró que “el derecho del público a recibir adecuado acceso a ideas y experiencias sociales, políticas, estéticas, morales y otras, es crucial”⁸.

2. El derecho a la información: emergencia y reconocimiento

La idea de la función social de la libre expresión fue recibida en los años 80 por la teoría de los derechos humanos, donde surgió el concepto del derecho a la información. Este derecho no aparece explícitamente en instrumentos internacionales vinculantes, pero la jurisprudencia y la doctrina han considerado que está implícito en el Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹ y en el Art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹⁰

El reconocimiento más categórico fue hecho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Art. 13 de la Convención Americana establece que

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Comentando este texto, la Corte, en una Opinión Consultiva de 1985¹¹, afirmó:

⁶ Associated Press v. United States (1945).

⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁸ Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. Federal Communications Commission (1969).

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.

¹⁰ Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985).

El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...” Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.¹²

Y a continuación:

En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. ...

No sería ... admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.¹³

Y concluye diciendo:

Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios; exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio res-

¹² *Ibid.*, párrafo 30.

¹³ *Ibid.*, párrafos 31-32.

pecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.¹⁴

En el caso del Convenio Europeo, el reconocimiento de la existencia de un derecho a la información que puede ser coartado por la ausencia de pluralidad en los medios de comunicación es un tanto más problemático, en la medida que el texto del Art. 10 parece referirse solamente a la interferencia de la autoridad.

Sin embargo, el Art. 11, No 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –instrumento vinculante en virtud del Tratado de Lisboa de 2007– agrega que “se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo”.¹⁵

La práctica europea de derechos humanos también ha reconocido el derecho a la información y su relación con el pluralismo. Ya en 1976 un Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos sostenía que “la protección de los intereses comerciales de periódicos particulares no está contemplada como tal en los términos del Arte. 10 del Convenio. Estas materias podrían quizás plantear una cuestión bajo esta disposición en casos en que un Estado no cumpla su deber de proteger contra las concentraciones excesivas de la prensa”.¹⁶

En 1982 el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó una Declaración sobre la Libertad de Expresión y de Información cuyo Considerando No. 6 reza:

Convencido de que los Estados tienen el deber de resguardar contra las violaciones de la libertad de la expresión e información y deben adoptar políticas diseñadas para fomentar tanto cuanto sea posible una variedad de medios de comunicación y una pluralidad de fuentes de información, permitiendo de tal modo una pluralidad de ideas y de opiniones.¹⁷

En su parte resolutive, la Declaración incluye entre los objetivos que se persiguen, “la existencia de una gran variedad de medios de comunicación independientes y autónomos, que permita que se refleje una diversidad de ideas y de opiniones”.¹⁸

A partir de 1979 hay un número de sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos que confirman el principio.¹⁹ Una formulación bastante típica se encuentra en una sentencia de noviembre de 1991 que afirma:

¹⁴ *Ibid.*, párrafo 32.

¹⁵ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000.

¹⁶ Comisión Europea De Derechos Humanos (1976).

¹⁷ Declaration on the Freedom of Expression and Information (1982).

¹⁸ *Ibid.*, II.d.

¹⁹ *The Sunday Times v. The United Kingdom* (No. 1) (1979), párrafo 65; *The Observer and Guardian v. The United Kingdom* (1991) párrafo 59 (b); *The Sunday Times v. The United Kingdom* (No. 2) (1991) párrafo 50 (b); *Castells v. Spain* (1992) párrafo 43; *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland* (1992) párrafo 63; *Jersild v. Denmark* (1994) Párrafo 31; *De Haes and Gijssels v. Belgium* (1997) párrafo 39.

Aunque la prensa no debe sobrepasar los límites fijados, entre otras cosas, en el “interés de la seguridad nacional” o para “mantener la autoridad de la judicatura”, le incumbe sin embargo impartir la información e ideas en asuntos de interés público. No sólo tiene la prensa la tarea de impartir esas informaciones e ideas: el público también tiene el derecho de recibir las. Si fuera de otra manera, la prensa no podría desempeñar su papel vital del “guardián público”.²⁰

Dos de las sentencias de la Corte fueron citadas como precedentes por la Cámara de los Lores del Reino Unido, actuando como Corte Suprema en un caso sobre injurias y calumnias, para reafirmar el principio de que la libertad de prensa también implica el derecho del público a recibir información e ideas.²¹

En el plano mundial, el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos también ha afirmado el derecho a la información en su Observación general sobre el Art.19 del Pacto, que versa sobre la libertad de opinión. Expresa el Comité:

El párrafo 2 [del Art. 19 del Pacto] prevé la protección del derecho de expresión, que comprende no sólo la libertad de “difundir informaciones e ideas de toda índole” sino también la libertad de “buscarlas” y “recibir las”, “sin consideración de frontera”, y por cualquier medio, “ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”. No todos los Estados Partes han suministrado información sobre todos los aspectos de la libertad de expresión. Por ejemplo, hasta ahora se ha prestado poca atención al hecho de que debido al desarrollo de los modernos medios de información pública, se requieren medidas eficaces para impedir un control de dichos medios que lesione el derecho de toda persona a la libertad de expresión en una forma no prevista en el párrafo 3.²²

II. Derecho a la información y pluralismo en los medios de comunicación: el marco conceptual

1. *Pluralismo, pluralidad, diversidad, “mercado de las ideas”*

Como lo sugieren varias de las citas anteriores, el derecho a la información está estrechamente vinculado al concepto de pluralismo en los medios de comunicación y éste

²⁰ The Observer and Guardian v. The United Kingdom (1991) párrafo 59(b).

²¹ *Ellas son Castells v. Spain y De Haes and Gijssels v. Belgium*. Ver *Reynolds v. Times Newspapers Limited and Others* (1999), voto de Lord Steyn.

²² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DEL PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1983.)

a su vez a la temática de la propiedad de esos medios. La relación, sin embargo, es compleja y requiere de algunas precisiones conceptuales y empíricas.

La noción de pluralismo se encuentra en varias disciplinas con sentidos diferentes.²³

En el área de la libertad de expresión y el derecho a la información, el término pluralismo no figura en instrumentos internacionales vinculantes, y por consiguiente no disponemos de una definición autoritativa. Figura, por cierto, en un gran número de textos políticos, académicos y jurisprudenciales, pero a menudo es usado intercambiamente con las expresiones “pluralidad”, “diversidad” y “mercado de las ideas” sin que haya claridad acerca de las connotaciones específicas de cada uno de estos términos ni de sus interrelaciones.²⁴

El término “pluralismo” se usa especialmente en Europa. Una conocida estudiosa británica del tema resume la esencia de la noción de pluralismo como “la presencia de un número de voces diferentes e independientes, y de diferentes opiniones políticas y representaciones culturales en los medios de comunicación”.²⁵ Así caracterizada, su noción de pluralismo es indistinta de los conceptos de pluralidad y diversidad. La literatura norteamericana, por la inversa, prefiere usar el término diversidad, también, en general como sinónimo de pluralidad y pluralismo, pero además ligada al concepto de “mercado de las ideas”, que ha jugado un papel central en los debates en los Estados Unidos.

La metáfora del “mercado de las ideas” emergió en la jurisprudencia de ese país en 1919, cuando el Juez de la Corte Suprema Oliver Wendell Holmes, en su opinión disidente en el caso *Abrams v. United States*, proclamó que “el bien deseado último se alcanza mejor por medio del libre comercio en ideas –que la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento de hacerse aceptar en la competencia del mercado”.²⁶

El *dictum* del Juez Wendell Holmes es más una figura literaria que una conceptualización analítica; sin embargo tuvo un poderoso impacto teórico y político, en la medida en que abrió la puerta a la introducción de una perspectiva económica en lo que hasta entonces había sido esencialmente un debate al interior de la teoría democrática. La implicación de esta perspectiva es el énfasis en la eficiencia, la satisfacción del consumidor y la competencia de mercado, en contraste con el enfoque de la teoría democrática que enfatiza el conocimiento ciudadano, la decisión informada y el auto-gobierno. Volveremos sobre esta distinción más abajo.

²³ NIEUWENHUIS (2007); GRAY (1998); CONN (1973); DAHL (1978).

²⁴ TAMBINI (2001) p. 26.

²⁵ DOYLE (2002) p.11.

²⁶ *Abrams v. U.S.* (1919).

Ha habido propuestas de definiciones para diferenciar los conceptos de pluralidad, diversidad y pluralismo.²⁷ Dado el hecho que la vasta mayoría de los autores los usan de forma indistinta, este esfuerzo terminológico no parece promisorio. Sí lo es el esfuerzo por identificar los elementos que constituyen el pluralismo –y sus sinónimos, incluido el “mercado de las ideas”– en los medios de comunicación, y para ello una contribución del profesor Philip Napoli de la Universidad de Fordham es iluminadora.²⁸

2. Los componentes del pluralismo en los medios de comunicación

Partiendo del concepto de diversidad, Napoli propone distinguir tres componentes: diversidad de fuentes, diversidad de contenidos y diversidad de exposición a los medios de comunicación (*exposure*).

La diversidad de fuentes puede referirse a la propiedad del medio mismo; a la propiedad del contenido reproducido por el medio (agencias noticiosas, columnistas, productores de programas de radio o televisión) o a la diversidad de la fuerza de trabajo en medios de comunicación individuales. Napoli reconoce que la propiedad del medio puede ser la decisiva: es el propietario del periódico, la estación o el canal quien decide qué agencias, columnistas o productores va a usar. Con todo, la determinación no es absoluta, y es posible que un medio utilice diversas fuentes de noticias y comentario, aun de orientación diferente a aquella del propietario del medio. Lo mismo se aplica a la composición de la fuerza de trabajo del medio.

La medición de la diversidad o pluralismo de la propiedad de las fuentes se efectúa habitualmente en términos del número de fuentes de diversos propietarios o, en un enfoque más complejo, en términos de la cuota del mercado que tiene cada medio, según algún índice de medida de concentración. Los instrumentos de política pública para promover el pluralismo en este sentido son la legislación y reglamentación generales sobre libre competencia así como disposiciones específicas sobre propiedad de los medios de comunicación dirigidas a impedir cuellos de botella y abusos de poder, garantizar el ingreso a los mercados de medios de comunicación y estimular la competencia en ellos.²⁹

Napoli anota que la diversidad de fuentes no es esencial en sí misma pero sí en la medida en que incide en la diversidad de contenidos, al punto que a menudo se emplea como indicador de esta última. Dentro de la diversidad de contenidos Napoli distingue la diversidad del tipo de contenido; en el caso específico que le preocupa, la televisión, se refiere a formatos y tipos de programas tales como noticieros, comentarios y debates, películas, comedias, espectáculos. Aplicado

²⁷ I. LORENS-MALUQUER (2001).

²⁸ NAPOLI (1999a).

²⁹ FREEMAN (2005) p. 17.

a los medios de comunicación escritos el concepto distinguiría entre noticias, comentarios y opinión, deportes, vida social, etc.

Un segundo componente de la diversidad de contenidos es la que Napoli denomina diversidad demográfica; el grado en que los programas de televisión presentan grupos étnicos o culturales en proporción a su presencia en la sociedad, así como un equilibrio razonable en materia de género. Nuevamente, aplicado a los medios de comunicación escritos el concepto se extendería al grado en que las preocupaciones y problemáticas de esos grupos está reflejados en los contenidos de los medios de comunicación.

El tercer, y más importante, componente de la diversidad de contenidos se refiere a las ideas, puntos de vista y perspectivas políticas, sociales y culturales reflejadas en los medios de comunicación. El pluralismo en este sentido está en el corazón de la relación entre el derecho a la información y la democracia: un sistema político de auto-gobierno democrático necesita de una ciudadanía informada. Una expresión formal de este supuesto fue la llamada Doctrina de la Equidad (*Fairness Doctrine*) establecida en 1949 por la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos, según la cual es requisito de las estaciones de radio y televisión que gozan de licencias de transmisión el presentar la discusión de temas públicos y asegurar que todas las posiciones encontradas sobre esos temas reciban una cobertura equitativa. La Doctrina fue declarada constitucional por la Corte Suprema en 1969.³⁰

El mecanismo tradicional para conseguir diversidad de contenidos es la llamada reglamentación positiva del contenido, por ejemplo la creación de estaciones de radio y televisión de servicio público, con independencia editorial y obligación de imparcialidad, el apoyo a la producción independiente de programas, las cuotas de contenido nacional, las subvenciones y las obligaciones legales de programación.³¹

Finalmente Napoli propone el concepto de diversidad de exposición a los medios de comunicación, es decir el grado en el cual el público efectivamente sigue –lee, escucha, mira– los diversos medios.³² El concepto es, en su opinión, crucial. Su importancia reside en que el ideal de la ciudadanía informada requiere no sólo de la presencia de medios de comunicación y contenidos diversos sino de que el público efectivamente les preste atención y asuma los contenidos que ofrecen. Ello plantea difíciles cuestiones de política pública: ¿es posible tratar de influir en el público para que diversifique su exposición a los medios de comunicación?; ¿es recomendable hacerlo?; ¿cómo puede hacerse?

³⁰ Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. Federal Communications Commission (1969).

³¹ FREEMAN (2005).

³² NAPOLI (2011).

El siguiente cuadro resume las categorías propuestas por Napoli.

DIVERSIDAD EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN		
DE LA FUENTE	DEL CONTENIDO	DE EXPOSICIÓN
De la propiedad	Del tipo/formato	Horizontal
Del material	Demográfico	Vertical
Del medio	De las ideas	
De la fuerza de trabajo		

Fuente: NAPOLI (1999a) p. 10

La conceptualización de Napoli puede vincularse al análisis de otro especialista, el profesor Des Freeman de la Universidad de Londres, quien propone la distinción entre un concepto “estrecho” y un concepto “robusto” de pluralidad en los medios de comunicación. El concepto estrecho se remite exclusivamente al número de medios, fuentes y servicios disponibles, sin consideración a sus características distintivas; el concepto robusto, por la inversa, tiene que ver con “darle a los ciudadanos acceso a una variedad de fuentes de noticias, información y opinión de forma que puedan participar en la democracia de manera informada”.³³

Igualmente pertinente aquí es la distinción –frecuente en los análisis europeos– entre pluralismo externo e interno. Por pluralismo externo se entiende la existencia de “muchos canales y títulos diversos en competencia, que son controlados por muchos actores diferentes”, en tanto que el pluralismo interno se refiere a la “diversidad de producto y contenido” dentro de cada medio que puede ser estimulada a través de “requisitos de programación y obligaciones en la legislación o en las concesiones” o a través de “obligaciones estructurales tales como la composición de los cuerpos directivos o los órganos responsables por la selección de programas”.³⁴

³³ FREEMAN (2010).

³⁴ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (2007) p. 8.

III. Derecho a la información, pluralismo y propiedad de los medios de comunicación

1. Pluralismo y propiedad de los medios de comunicación en la teoría democrática y en la teoría económica

De entre las varias dimensiones del pluralismo y la diversidad recién descritas, la que sin duda ha atraído la mayor atención de analistas, legisladores y reguladores, especialmente en los países industrializados, es la propiedad de los medios de comunicación. Si bien se reconoce que no hay una correlación mecánica entre el pluralismo en la propiedad de los medios de comunicación y el pluralismo en las ideas y los puntos de vista reflejados en esos medios, el supuesto generalmente aceptado es que la propiedad —en las palabras de un documento del organismo regulador de comunicaciones del Reino Unido— es un “indicador de la diversidad de puntos de vista porque se supone que los dueños de los medios de comunicación están en situación de influir sobre lo que se dice y cómo se dice al tener control editorial y establecer la agenda noticiosa”.⁴⁵

Ya se ha indicado que la teoría democrática le asigna un papel central a la disponibilidad de información en el proceso de participación ciudadana; de allí es posible inferir, por consiguiente, la posibilidad de restringir los derechos de los propietarios de medios de comunicación a fin de salvaguardar el derecho a la información de los ciudadanos, por ejemplo limitando la posibilidad de fusiones y adquisiciones de medios de comunicación o imponiendo la inclusión de determinados contenidos en los medios de comunicación.

A. La crítica de la teoría económica

Esta fundamentación fue objeto de una sostenida crítica en las décadas de los 80 y 90, particularmente en Estados Unidos. La base intelectual de la crítica es la teoría económica del libre mercado aplicada al sistema de medios de comunicación. La crítica adquirió impacto político como consecuencia de la emergencia y posterior predominio de la concepción neo-liberal de la economía y de la sociedad propuesta por las administraciones del Presidente Reagan en Estados Unidos y la Primer Ministro Thatcher en el Reino Unido; en el plano académico se vio reforzada por

⁴⁵ OFCOM (2009) p.12. A su vez, la Comisión de las Comunidades Europeas en el documento citado arriba expresa: “En los últimos diez años, la concentración de los medios de comunicación ha sido un tema importante en toda Europa. Una preocupación es la posible dominación de un número de mercados por compañías nacionales e internacionales. ... Unas pocas empresas pueden controlar a la mayoría de canales de televisión y de periódicos, lo que podría conducir a crear un enorme poder de formación de opinión en ese mercado.” COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (2007) p.7

la creciente influencia de la llamada Escuela de Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*) en los medios académicos jurídicos de Estados Unidos.³⁶

El elemento central de la crítica es la noción de que los medios de comunicación configuran un mercado que no difiere en lo esencial de los mercados de bienes y que se rige por consiguiente por la misma lógica económica. La información y las ideas son mercaderías que se transan en el mercado de los medios de comunicación; en las palabras del abogado Mark Fowler, nombrado en 1981 por Ronald Reagan como Presidente de la Comisión Federal de Comunicaciones:

Nuestra tesis es que la percepción de que los que transmiten por televisión y por radio son fideicomisarios de la comunidad debe ser remplazada por la visión de que son participantes en un mercado. La política de comunicaciones debe ser dirigida a maximizar los servicios que el público desea. En vez de definir la demanda pública y especificar categorías de programas para servir esa demanda, la Comisión debe confiar en la capacidad de los responsables de las estaciones de radio y televisión para descubrir las necesidades de sus públicos por medio de los mecanismos normales del mercado. El interés del público, entonces, define el interés público.³⁷

Esta conceptualización tiene implicaciones tanto analíticas como políticas que difieren radicalmente de las que se desprenden de la concepción de la teoría democrática sobre el pluralismo en los medios de comunicación.

i. Intervención estatal. Primeramente, el enfoque económico implica que en principio no hay justificación para la intervención del poder público en relación con los medios de comunicación –ni regulando su propiedad, ni dictando contenidos, ni participando directamente por vía de subsidios a medios independientes o del establecimiento de medios de propiedad del Estado–. Dicha intervención introduciría distorsiones en el mercado de las comunicaciones que lo harían ineficiente.

Las únicas excepciones aceptables son las resultantes de la teoría económica de la protección de la libre competencia y el antitrust: en situaciones en que hay un grado de concentración del mercado que pueda afectar su eficiencia como asignador de recursos (a través de colusión o abuso de posición dominante) se hace necesario intervenir para salvaguardar la eficiencia. La teoría ofrece instrumentos de medición estadística para establecer el nivel de concentración y la consiguiente necesidad de intervención.³⁸

³⁶ La exposición icónica es la de Richard A. Posner, POSNER (2007). Como Juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos, Posner redactó una importante sentencia que, aplicando este enfoque, rechazó un conjunto de reglas aprobadas por la Comisión Federal de Comunicaciones que limitaban el poder de las grandes redes de televisión norteamericanas sobre la programación televisiva. *Schutz Communications, Incorporated, et al. v. Federal Communications Commission and United States of America* (1992).

³⁷ FOWLER Y BRENNER (1981). En una entrevista ese mismo año Fowler declaró: "la televisión es un aparato doméstico como cualquier otro: es una tostadora con películas". REASON (1981)

³⁸ Entre los más utilizados se cuenta el Índice Herfindahl-Hirschman, definido como la suma de los cuadrados de las proporciones del mercado controladas por las diversas firmas. El índice tiene un máximo de concentración

- ii. *Suceso y acceso.* El enfoque económico del pluralismo en los medios de comunicación implica además que el solo hecho de que unos pocos medios concentren el grueso del público lector, radioescucha o televidente no representa un peligro para el pluralismo; sólo quiere decir que esos medios están ofreciendo lo que el público demanda. En las palabras del profesor Bruce Owen de la Universidad de Stanford, criticar la situación como una falta de pluralismo sería confundir *suceso* (en el sentido de éxito) con *acceso*.³⁹ Todo lo que el pluralismo exige es que coexistan un cierto número de medios; cuán exitosos sean en atraer público es irrelevante (el pluralismo “estrecho” en la terminología de Freeman).⁴⁰ Algunos representantes de las grandes empresas internacionales de medios de comunicación han ido incluso más lejos, al sostener que el pluralismo se puede incluso fortalecer con la eliminación de algunos medios.⁴¹
- iii. *El impacto de las nuevas tecnologías.* Finalmente, este argumento es reforzado por los defensores del enfoque económico con una afirmación empírica: la explosiva proliferación de medios de comunicación digitales y en particular la emergencia de internet como una fuente universalmente accesible de información e ideas hace que el temor de que el pluralismo se vea reducido por la concentración de la propiedad de los medios de comunicación tradicionales sea infundado.⁴²

B. La respuesta de la teoría democrática

La crítica lanzada desde el enfoque económico fue respondida por un gran número de defensores del enfoque de teoría democrática. Particularmente prominentes entre ellos fueron el fallecido profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Pensilvania C. Edwin Baker⁴³ y el profesor de Comunicación en la Universidad

de 10.000 (caso de una sola firma que controla el 100% del mercado = 100³). El Departamento de Justicia de Estados Unidos considera que un mercado con un índice de menos de 1000 es competitivo; si el índice se sitúa entre 1000 y 1800 el mercado es moderadamente concentrado; si el índice excede de 1800 el mercado es altamente concentrado. UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE (sf). Otros indicadores son los Coeficientes de Concentración que miden el porcentaje del mercado (ventas totales) controlado por las firmas más grandes. Los niveles más comunes son las cuatro más grandes (C4) o las ocho más grandes (C8).

³⁹ OWEN, Bruce M. (2004).

⁴⁰ Owen escribe: si el objetivo es “asegurar que los ciudadanos tengan el mayor acceso posible a puntos de vista encontrados, entonces la mejor forma de medir la concentración es contar las narices de las fuentes independientes, sin considerar su éxito económico actual... en general, la concentración en el mercado de las ideas, adecuadamente medida, va a ser más baja que la concentración económica” *Ibid.*, p. 2.

⁴¹ En un discurso pronunciado en 2009 ante la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos, Rupert Murdoch, propietario del consorcio News Corporation, declaró: “Algunos periódicos y algunas organizaciones periodísticas no podrán adaptarse a las realidades digitales de nuestro día, y van a fracasar. ... El futuro del periodismo pertenece a los audaces, y las empresas que prosperen serán las que encuentran nuevas y mejores maneras de cubrir las necesidades de sus espectadores, oyentes, y lectores. Si no, deben fracasar, tal como un restaurante que ofrezca comidas que nadie quiere comer o un fabricante de automóviles que fabrica autos que nadie quiere comprar tiene que fracasar”. MURDOCH (2009).

⁴² COMPAINE Y GOMERY (2000) contiene detallados estudios empíricos para demostrar que en Estados Unidos el cambio tecnológico ha eliminado la concentración en los medios de comunicación.

⁴³ Ver especialmente BAKER (2002a); BAKER (2007).

de Illinois en Urbana-Champaign Robert W. McChesney,⁴⁴ que inició un animado debate sobre propiedad mundial de los medios de comunicación en el sitio internet británico *opendemocracy. free thinking for the world*. El debate se prolongó durante tres años (octubre de 2001 a septiembre de 2003) y participaron 15 expertos de Estados Unidos, Europa, América Latina y Asia.⁴⁵

- i. *Intervención estatal*. Sobre este punto los defensores de la concepción de pluralismo de la teoría democrática cuestionan la idea misma de equiparar el funcionamiento social de los medios de comunicación con un mercado económico.⁴⁶ Así, el uso exclusivo de instrumentos de antitrust es rechazado en la medida en que ignora la distinción fundamental entre el poder sobre la fijación de precios y el poder sobre el contenido disponible para la elección del consumidor. Si la preocupación democrática es con relación a este último, se hace necesario suplementar las reglas del antitrust con reglas sobre concentración aplicables específicamente a los medios de comunicación.⁴⁷
- ii. *Suceso y acceso*. Con respecto a esta crítica, la refutación de la teoría democrática comienza con un argumento económico: el hecho de que los mercados de los medios de comunicación exhiben importantes externalidades, es decir, casos en que una transacción económica produce costos o beneficios para terceros que no se reflejan en el precio. Interessantemente quien más elocuentemente ha planteado esta idea es uno de los fundadores de la escuela de Análisis Económico del Derecho y destacado exponente del pensamiento neoliberal, el Premio Nóbel de Economía Ronald Coase. Coase escribe:

“Si tratamos de imaginar el sistema de derechos de propiedad que requeriríamos y las transacciones que habría que llevar a cabo para asegurar que toda persona que difunda una idea o una propuesta de reforma reciba el valor del bien que está produciendo o pague indemnización por el daño resultante, es fácil ver que, en la práctica, es probable que haya muchas ‘fallas de mercado’. Situaciones de este tipo son las que comúnmente llevan a los economistas a solicitar una extensa intervención de gobierno”.⁴⁸

Un segundo argumento a favor de la visión de la teoría democrática sobre el pluralismo en los medios es que en el modelo económico estándar la gente busca productos que satisfagan preferencias preexistentes. Por el contrario, cuando

⁴⁴ Ver. MCCHESENEY (2008).

⁴⁵ Disponible en <http://www.opendemocracy.net/media-globalmediaownership/debate.jsp>.

⁴⁶ En la misma línea, el eminente jurista y Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos Felix Frankfurter había opinado medio siglo antes en el citado caso *Associated Press v. United States*:

“La misión de la prensa ... es la promoción de la verdad con respecto a los asuntos públicos a través de suministrar las bases para su comprensión. La verdad y la comprensión no son mercancías como los cacahuates o las papas. Y por eso, la incidencia de restricciones a la promoción de la verdad mediante la negación del acceso a las bases para su comprensión plantea cuestiones muy diferentes a las de restricciones comparables en una empresa cooperativa que tiene simplemente un aspecto comercial.” *Associated Press v. United States*, (1945) p. 28.

⁴⁷ BAKER (2002b).

⁴⁸ COASE (1974) p. 389.

la gente compra productos de los medios de comunicación –tal como cuando piden ayuda a consejeros psicológicos, legales o espirituales– frecuentemente están tratando de obtener información o guía precisamente con el propósito de definir o refinar sus preferencias.

“A menudo la gente”, escribe el profesor Baker, “busca los medios de comunicación para lo que yo llamo ‘superación personal’, que comprende educación, recibir información juiciosamente seleccionada, opiniones inteligentes y buenos análisis... Cuando una persona quiere cultivar ‘mejores’ preferencias, valores o puntos de vista, pone en entredicho sus puntos de vista y sus preferencias actuales sin que tenga todavía una alternativa de reemplazo claramente formulada. Así sus propias preferencias no le dan un estándar completo para medir si sus compras le están proporcionando lo que necesita”.⁴⁹ Se requiere por consiguiente no solamente que exista un número de medios de comunicación sino también que haya una variedad de puntos de vista, valores y preferencias dentro de ellos, incluyendo los que sean minoritarios.

2. Pluralismo y propiedad de los medios de comunicación en el nuevo contexto tecnológico

El debate sobre las dos primeras críticas del concepto de pluralismo desde la perspectiva de la teoría económica resumido arriba está lejos de haber concluido. Ello no es de extrañar, en la medida en que se ancla en diferencias de visión de la sociedad y la economía y en última instancia en diferentes nociones acerca de lo que es una buena sociedad.

La tercera crítica –que el progreso tecnológico está haciendo obsoleta la preocupación por la propiedad de los medios de comunicación convencionales– abre un debate diferente, donde por de pronto hay un cierto grado de acuerdo entre los dos enfoques y donde las discrepancias son susceptibles de exploración empírica.

La crítica económica enfatiza aquí el reemplazo de la prensa escrita por medios de comunicación audiovisuales, la tecnología inalámbrica y la creciente importancia de internet, incluyendo la emergencia de las llamadas redes sociales, que abre la posibilidad de una democratización radical de la comunicación social.

Este último punto fue esencialmente asumido, si bien con reservas, en la década de los noventa por los defensores del enfoque democrático del pluralismo. Robert McChesney escribe sobre el particular:

¿cuáles son las perspectivas de que internet y la revolución tecnológica en la comunicación puedan eliminar la oligarquía y llevar a una revitalización

⁴⁹ *Ibid.*, p. 12.

de la cultura política democrática? ... Los argumentos más serios ... tienden a enfatizar su capacidad para empoderar a individuos y a grupos ignorados o tergiversados en la actualidad por las industrias de los medios de comunicación. En efecto, internet, especialmente los sitios de debate y los grupos de discusión, le pueden proporcionar a la democracia la esfera pública tan necesaria que ha sido tan corrompida por el mercado.⁵⁰

Por otro lado, Edwin Baker plantea que la visión optimista del impacto de internet ignora que es un medio de difusión, pero no necesariamente de creación de información y de ideas. Es cierto que ella puede reducir las barreras de entrada a los creadores potenciales de contenidos, lo que a su vez concebiblemente podría generar una “economía voluntaria de creadores de contenidos no-mercantilizados, incrementando grandemente la diversidad y la creación de contenidos”.⁵¹ Internet, sin embargo, no resuelve el problema de la asimetría de recursos para crear contenidos entre las grandes empresas de medios de comunicación y los pequeños creadores que trabajan artesanalmente, así como tampoco el peligro de que algunos proveedores o portales pasen a ser fuente dominantes de información (aunque puede contribuir a impedir que medios de comunicación altamente concentrados nieguen acceso a material ya creado que no sean del agrado de esos medios).

La cuestión empírica de si el progreso tecnológico ha alterado la importancia relativa de los diversos medios de comunicación, incluyendo la emergencia de internet, ha sido objeto de especial interés en los países con tecnología de comunicaciones más avanzada. Los datos de encuestas de opinión pública disponibles para Estados Unidos y Europa indican que la televisión efectivamente es más utilizada como fuente de información que la prensa y la radio y que internet ha pasado a ser una fuente importante, en efecto la más importante en Estados Unidos. Sin embargo, los medios de comunicación tradicionales –prensa y radio– todavía mantienen porcentajes significativos de público y en Europa la radio está por encima de internet como fuente de información.

Si por otro lado se observa el grado de confianza que merecen los diversos medios de comunicación, en Europa internet es percibido como el menos fiable, la radio como el más fiable y la televisión y la prensa escrita en posiciones intermedias. En Estados Unidos, por el contrario, internet es el que más confianza merece, con la televisión y la prensa escrita recibiendo porcentajes de confiabilidad semejantes y la radio un tanto por debajo.

⁵⁰ MCCLESNEY (1996).

⁵¹ BAKER (2007) p. 897.

Europa y Estados Unidos: utilización y confianza en los medios de comunicación %				
	Europa		Estados Unidos	
	Utilización*	Confianza**	Utilización***	Confianza****
Televisión	85	50	21	17
Radio	56	57	10	13
Prensa escrita	38	42	10	16
Internet	45	35	56	38
Redes sociales	18			

* Accede al medio casi todos los días
 ** Tiene confianza en el medio
 *** Lo escogería si pudiera tener sólo una fuente de información
 **** La considera la fuente de información más confiable

Fuentes: Europa, EUROBAROMÈTRE 74, automne 2010, En: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb74/eb74_infor_fr.pdf

Estados Unidos, IBOPE ZOGBY POLL, June 2009

En: <http://www.zogby.com/news/2009/06/15/corrected-version-zogby--poll-online-news-sources-top-all-other-outlets/>

IV. Derecho a la información, pluralismo y propiedad de los medios de comunicación en regímenes seleccionados de la OCDE

De los 26 países de la OCDE sobre los que hay información en el *OECD Communications Outlook 2009*, 22 tienen normativas que contienen regulaciones específicas sobre la concentración de la propiedad de los medios, diferentes de la reglas generales sobre libre competencia, y 19 tienen disposiciones sobre diversidad de contenidos u obligaciones de servicio público.⁵² Ello sugiere claramente que la fundamentación general de los regímenes es por referencia al enfoque democrático del pluralismo y al derecho a la información.

Por otro lado, el enfoque económico del pluralismo ha tenido impacto a la hora de buscar instrumentos específicos para enfrentar la concentración de la propiedad de los medios, y ello ha tomado la forma de una revalorización del uso de mecanismos convencionales de política de libre competencia y anti-trust. Esto es particularmente visible en los casos del Reino Unido y Estados Unidos, donde desde los años noventa se han ido reduciendo las restricciones específicas a la propiedad de los medios de comunicación. Sin embargo, como se verá más abajo, los esfuerzos por eliminar completamente esas restricciones y descansar exclusivamente en la normativa general sobre

⁵² ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (2009). Tables 6.10, 6.11 y 6.12, pp. 228-264.

libre competencia no han prosperado. En el caso de Estados Unidos, donde el esfuerzo en ese sentido fue muy intenso, su falta de éxito se debió al rechazo de la opinión pública, la sociedad civil y los responsables políticos, que llevó a la intervención en la materia del Congreso y de los tribunales de justicia.

Las secciones siguientes contienen un análisis de los tres regímenes normativos nacionales de protección del pluralismo en los medios más desarrollados de la OCDE, a saber los del Reino Unido, Francia y Estados Unidos. Ello será precedido por un recuento de las normativas del Consejo de Europa y de la Unión Europea, cuyo alcance es diferente dado su carácter supranacional. En los casos nacionales el análisis intentará situar las normativas en el contexto político-jurídico en que emergen y evolucionan, así como identificar procesos y tendencias recientes que pueden definir el curso de las políticas de protección del pluralismo en el periodo venidero.

1. El Consejo de Europa y la Unión Europea

A pesar de que ni en el Tratado de Roma que estableció la Comunidad Económica Europea en 1957 ni en sus sucesivas modificaciones se menciona específicamente el pluralismo en los medios de comunicación, la Unión Europea ha incorporado el concepto entre sus objetivos principales, siguiendo la línea trazada inicialmente por la otra gran organización comunitaria del continente, el Consejo de Europa.⁵³

A. El pluralismo en el Consejo de Europa

La fundamentación del concepto de pluralismo en el Consejo de Europa es netamente la de la teoría democrática. Ya se ha hecho referencia a la Declaración sobre la Libertad de Expresión y de Información del Comité de Ministros del Consejo de 1982 que establece entre sus objetivos “la existencia de una gran variedad de medios de comunicación independientes y autónomos, que permita que se refleje una diversidad de ideas y de opiniones”.

En 1974 el Comité había adoptado una Resolución expresando preocupación por “el perjuicio posible a los derechos garantizados por el Artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos [el derecho a la libertad de expresión incluyendo el de recibir e impartir información libremente] como resultado de una disminución en el número total de periódicos con sus propios equipos editoriales completos, o de la concentración del control efectivo de un número cada vez mayor de tales periódicos en las mismas manos”; y recomendando que los Estados miembros examinaran la posibilidad de otorgar ayuda pública a la prensa para garantizar la sobrevivencia de

⁵³ El Consejo ha sido descrito como “la principal organización a nivel pan-europeo en el ámbito de la dimensión humana y democrática de la comunicación”. *Commission Of The European Communities (2007)* p. 4.

diarios en peligro de desaparición o de ser absorbidos como resultado de dificultades financieras.⁵⁴

A su vez la Asamblea Parlamentaria del Consejo en 1978 aprobó una Recomendación sobre Amenazas a la Libertad de la Prensa y la Televisión que hace un llamado a la adopción de “legislación nacional restrictiva sobre monopolios y concentraciones de la prensa, que reconozca que la libertad de prensa no se puede gobernar por las solas reglas de la libre empresa y establezca entre otras cosas la publicidad de la propiedad y de los balances financieros de los periódicos”.⁵⁵

El concepto es reiterado en un informe presentado en 2002 por el Grupo Asesor sobre Diversidad en los Medios de comunicación al Comité de Dirección sobre Medios de Comunicación de Masas del Consejo, y que fue aprobado por el Comité. Aun cuando en él se reconoce que las empresas de medios de comunicación, en tanto unidades económicas, están sujetas a las reglas del mercado, y por lo tanto, se les puede aplicar la legislación sobre libre competencia, “dada la naturaleza heterogénea del mercado de los medios de comunicación, ... es generalmente aceptado que el derecho de la libre competencia solo no es suficiente para asegurar el pluralismo de los medios de comunicación ... garantizar la diversidad de los medios de comunicación, particularmente en la tendencia actual de la globalización, requiere de un enfoque que separe las cuestión del contenido de los medios de comunicación de las puramente económicas.”⁵⁶

El Consejo adoptó además en 1989 un Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza que en sus considerandos afirma “la importancia de la radiodifusión para el desarrollo de la cultura y la formación libre de opiniones en condiciones que salvaguarden el pluralismo y la igualdad de oportunidades entre todos los grupos y partidos políticos democráticos”; y cuyo Art. 10 bis establece que las Partes harán esfuerzos para evitar que los programas transmitidos por radiodifusores en su jurisdicción “pongan en peligro el pluralismo”.⁵⁷

B. El pluralismo en la Unión Europea: la acción del Parlamento Europeo

El régimen de la Unión Europea –que tiene una normativa detallada de protección de la libre competencia⁵⁸– no contiene un conjunto de normas vinculantes específicas sobre el pluralismo en los medios de comunicación. Sin embargo, la cuestión del pluralismo desde una perspectiva de teoría democrática ha estado continuamente presente en los debates sobre los principios y objetivos comunitarios y ha generado un rico conjunto de análisis y recomendaciones.

⁵⁴ Resolution (74) 43 On Press Concentrations, de 1974.

⁵⁵ Recommendation 834 (1978) on threats to the freedom of the press and television, de 1978.

⁵⁶ COUNCIL OF EUROPE (2002) p. 5.

⁵⁷ European Convention on Transfrontier Television, de 1989.

⁵⁸ Artículos 85-90 del Tratado de Roma, en la actualidad Artículos 101-106 de la Versión Consolidada del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea; y Reglamento del Consejo de la EEC 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, de 1989.

Un papel importante en este proceso le ha correspondido al Parlamento Europeo, el que ha estado preocupado del tema desde los años 80. Un conjunto de resoluciones de ese período reiteran la importancia del pluralismo en los medios de comunicación como pilar de la democracia, demandan estudios y análisis de la Comisión Europea y piden que ésta examine la posibilidad de establecer normativas comunitarias sobre la materia que aborden la disparidad existente entre las normativas nacionales así como el conflicto potencial entre la preservación del pluralismo y el funcionamiento del libre mercado comunitario.⁵⁹

En respuesta a estas peticiones la Comisión emitió en 1992 un *Green Paper*, documento que contenía un análisis detallado de la problemática y de la situación en ese momento en la Comunidad en materia de pluralismo y de concentración de los medios de comunicación, y una gama de proposiciones de políticas posibles. El propósito del documento era lanzar un proceso de discusión y consultas amplias con sectores interesados antes de adoptar las decisiones finales.⁶⁰

La consulta sobre el documento duró más de un año y participaron sobre 70 organizaciones, específicamente asociaciones y federaciones europeas de la industria de los medios de comunicación, sindicatos de periodistas y trabajadores de los medios y representantes de los sistemas de radio y televisión de servicio público.

La consulta reveló las dificultades que plantearía la formulación de reglamentación comunitaria dada la gran diversidad de regímenes nacionales, y la idea de un régimen unificado fue de hecho abandonada. Sin embargo, tanto el Parlamento Europeo como la Comisión han continuado ocupados del tema.

El Parlamento aprobó en 1994 una Resolución que proponía la adopción de una Directiva de armonización acompañada de atribuciones de intervención para la Comunidad en casos de peligro para el pluralismo.⁶¹ Con posterioridad el Parlamento adoptó dos extensas resoluciones sobre la materia, en 2002⁶² y en 2008⁶³. Esta última es la expresión más detallada de su pensamiento sobre el pluralismo en los medios de comunicación, y adopta categóricamente la fundamentación democrática. El primer Considerando reza:

⁵⁹ Los orígenes y la evolución inicial de la preocupación del Parlamento Europeo sobre el tema están resumidos en IOSIFIDES (1997). Ver en particular la Resolución A3-0153/92/Cor del Parlamento Europeo sobre la concentración de los medios de comunicación y el pluralismo, donde se afirma que "la actual normativa en materia de competencia, por sí sola, no puede constituir una garantía de la diversidad de opiniones y del pluralismo en los medios de comunicación" (Considerando D, p. 45).

⁶⁰ Commission Of The European Communities (1992). *Iosifides* (1997) hace un análisis detallado del contenido del *Green Paper* y del proceso de consulta.

⁶¹ Resolution of 20 January 1994 (OJ C 44, 14 February 1994, 177-179), citada por IOSIFIDES (1997), p. 99.

⁶² Resolución del Parlamento Europeo sobre la concentración de los medios de comunicación, de 2002.

⁶³ Resolución del Parlamento Europeo, sobre la concentración y el pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea, de 2008.

Considerando que la Unión Europea ha confirmado su compromiso con la defensa y la promoción del pluralismo de los medios de comunicación, como un pilar fundamental del derecho a la información y la libertad de expresión reconocidos en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que siguen siendo principios fundamentales para preservar la democracia, el pluralismo cívico y la diversidad cultural,⁶⁴

Y posteriormente se afirma que:

la experiencia demuestra que una concentración ilimitada de la propiedad pone en peligro el pluralismo y la diversidad cultural, y que un sistema basado exclusivamente en la libre competencia del mercado no puede garantizar por sí solo el pluralismo de los medios de comunicación ... existe un riesgo considerable para la capacidad de los medios de comunicación de desempeñar sus funciones como guardianes de la democracia, dado que las empresas privadas de medios de comunicación tienden a orientarse predominantemente hacia el beneficio financiero; considerando que ello implica el peligro de una pérdida de diversidad, de calidad de los contenidos y de pluralidad de opinión y que, por tanto, la preservación del pluralismo de los medios de comunicación no debe confiarse exclusivamente a los mecanismos del mercado,⁶⁵

La Resolución pone énfasis en la importancia de la radio y la televisión de servicio público como instrumentos de pluralismo, y su función como "fuente imparcial e independiente de información y comentarios y de contenidos innovadores y variados que cumplan elevadas normas éticas y de calidad, así como un foro de debate público y un medio de promoción de una participación democrática más amplia de las personas".⁶⁶

La parte de proposiciones cubre una amplia gama de dimensiones del pluralismo. Específicamente, en relación con la acción de la Comunidad, pide a la Comisión que se comprometa a promover un marco jurídico estable que garantice un elevado nivel de protección del pluralismo en todos los Estados miembros; y expresa su apoyo a la propuesta de la Comisión de establecer indicadores específicos para evaluar el pluralismo de los medios de comunicación.⁶⁷

C. El pluralismo en la Unión Europea: la acción de la Comisión Europea

Por su parte, la Comisión Europea, en respuesta a las preocupaciones del Parlamento y de organizaciones no-gubernamentales, lanzó en enero de 2007 un programa para avanzar en la formulación de políticas y acción comunitarias en materia de pluralismo

⁶⁴ *Ibid.*, p. 86.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 87.

⁶⁶ *Ibid.* pp. 87-88.

⁶⁷ *Ibid.*, N° 7, p. 90 y N° 14, p. 91.

en los medios de comunicación.⁶⁸ El programa culminó con la creación en octubre de 2011 de un Grupo sobre Libertad y Pluralismo en los Medios de Comunicación para asesorar y hacer recomendaciones para la protección, el respeto, el apoyo y la promoción de la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación en Europa. Los términos de referencia del Grupo contemplan, entre otras, la cuestión de las limitaciones a la independencia de los medios de comunicación resultantes de interferencia privada y comercial, y la cuestión de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación y de sus consecuencias para la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación y la independencia de los periodistas.⁶⁹

D. El pluralismo en la Unión Europea: la normativa y la jurisprudencia

Ya se ha indicado que no existe en la Unión Europea un conjunto sistemático de normas sobre pluralismo en los medios de comunicación comparable al que existe sobre defensa de la libre competencia. Hay, sin embargo, referencias al pluralismo en la normativa de áreas relacionadas, y hay asimismo jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia que reconoce la noción de pluralismo como un componente válido del régimen comunitario.

- i. En el área precisamente de la *libre competencia*, el Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas antes citado⁷⁰ establece la autoridad exclusiva de la Comisión para adoptar las decisiones previstas en el Reglamento y la prohibición de aplicación de las legislaciones nacionales en materia de competencia a casos de dimensión comunitaria, pero autoriza a los Estados a adoptar medidas para proteger intereses legítimos distintos de los contemplados en el Reglamento; y agrega que se consideraran como intereses legítimos “la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales”.⁷¹
- ii. Una segunda referencia es en el área de la *ayuda estatal a empresas*, parte también de la normativa sobre libre competencia.⁷² Las disposiciones respectivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea declaran la incompatibilidad con el mercado interior, en la medida en que afecten los intercambios comerciales entre los Estados miembros, de las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. Especialmente a la luz de la importancia que el Parlamento Europeo concede a la presencia de un sistema de radio y televisión de servicio público para preservar el pluralismo de los medios de comunicación, las disposiciones sobre ayuda estatal plantean la cuestión del impacto de la normativa

⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA (2007).

⁶⁹ COMISIÓN EUROPEA (2011).

⁷⁰ Reglamento del Consejo de la EEC 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, de 1989.

⁷¹ *Ibid.*, Art. 21.3.

⁷² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Versión Consolidada, 2010, Sección segunda, Ayudas otorgadas por los Estados, Arts. 107-109.

sobre la mantención y desarrollo de la radiodifusión no-comercial financiada con fondos públicos.

La cuestión fue zanjada con ocasión de la aprobación del Tratado de Ámsterdam en 1997 que introdujo modificaciones al Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y otros instrumentos conexos, en particular el Tratado de Maastricht de 1992. El Tratado incluye un Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros cuyo primer Considerando afirma que “el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros está directamente relacionado con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad y con la necesidad de preservar el pluralismo de los medios de comunicación.” En su parte resolutive el Protocolo establece que:

Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público.⁷³

- iii. La tercera referencia es en el *régimen comunitario audiovisual*, cuyo origen está en la Directiva “Televisión sin Fronteras” de 1989⁷⁴, modificada por la Directiva sobre Servicios de Medios Audiovisuales de 2007⁷⁵, cuyos propósitos básicos eran la libre circulación de programas televisivos europeos en el mercado interior y la obligación de las cadenas de televisión de dedicar, siempre que sea posible, más de la mitad de su tiempo de emisión a obras europeas («cuotas de emisión»). Si bien la Directiva original se basó en el Convenio Europeo de Televisión Transfronteriza que hace mención del pluralismo, su texto no contiene referencia alguna al tema. Por la inversa, la versión codificada de la Directiva aprobada en 2010 por el Consejo y el Parlamento Europeos⁷⁶ menciona el pluralismo siete veces en sus Considerandos.

Específicamente el Considerando 5 afirma que:

Los servicios de comunicación audiovisual son tanto servicios culturales como servicios económicos. Su importancia cada vez mayor para las sociedades y la de-

⁷³ Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros, de 1997.

⁷⁴ Directiva 89/552/CEE del Consejo relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, de 1989.

⁷⁵ Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, de 2007.

⁷⁶ Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (versión codificada) de 2010. *Ibid.*, Considerandos 5, 8, 12, 34, 48 y 94.

mocracia —sobre todo por garantizar la libertad de la información, la diversidad de opinión y el pluralismo de los medios de comunicación—, así como para la educación y la cultura, justifica que se les apliquen normas específicas.

Y el Considerando 12 agrega que la política de regulación audiovisual de la Unión debe proteger “determinados intereses públicos, como la diversidad cultural, el derecho a la información, el pluralismo de los medios de comunicación, la protección de los menores y la protección de los consumidores, así como las medidas a adoptar para aumentar el nivel de conocimiento y de formación del público en materia de medios de comunicación.”

La parte resolutive de la Directiva no se refiere a la propiedad de los medios de comunicación, pero varias de sus disposiciones tocan aspectos del pluralismo y del derecho a la información. Ya se ha mencionado la disposición sobre cuotas de emisión según la cual los Estados miembros deben velar para que los organismos de radiodifusión televisiva reserven para obras europeas una proporción mayoritaria de su tiempo de difusión (Art. 16). A ello se agrega el requerimiento de que fomenten la producción de obras europeas y el acceso a las mismas (Art. 13) y de que velen para que los organismos de radiodifusión televisiva reserven, como mínimo, el 10 % de su tiempo de emisión, o, alternativamente, el 10% como mínimo de su presupuesto de programación, a obras europeas de productores independientes de los organismos de radiodifusión televisiva (Art. 17).

Especialmente pertinentes son las disposiciones de los artículos 14 y 15. El primero autoriza a cada Estado a adoptar medidas para garantizar que los organismos de radiodifusión televisiva no retransmitan en exclusiva acontecimientos que el Estado considere de gran importancia para la sociedad, de manera que se prive a una parte importante de público de la posibilidad de seguir esos acontecimientos, en directo o en diferido, en la televisión de libre acceso. El artículo 15 establece que los Estados deben velar por que, a efectos de la emisión de breves resúmenes informativos, cualquier organismo de radiodifusión televisiva tenga acceso, en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, a acontecimientos de gran interés público transmitidos en exclusiva por un organismo de radiodifusión televisiva.

- iv. La cuestión del pluralismo figura también en la *jurisprudencia* del Tribunal de Justicia de la Unión. Las sentencias pertinentes tienen que ver con la reglamentación del comercio en servicios (Capítulo 3, Arts. 56-62 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, Versión Consolidada 2010) en la medida en que, como el Tribunal ha declarado, la transmisión de señales de televisión cae bajo las reglas de Tratado relativas a servicios⁷⁸, cuyo objetivo fundamental es prohibir “las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.”⁷⁹ El Tratado, sin embargo, permite la

⁷⁸ Giuseppe Sacchi, Judgment of the Court of 30 April 1974.

⁷⁹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Versión Consolidada 2010, Art. 56.

aplicación de disposiciones que establezcan un régimen especial para los extranjeros siempre que estén “justificadas por razones de orden público”.⁸⁰ La cuestión es si la protección del pluralismo en los medios de comunicación constituye una razón de orden público para estos fines.

El primer proceso en que se planteó la cuestión es *Bond van Averteeders y Otros contra Estado Neerlandés* en 1985⁸¹ en que la Asociación Holandesa de Agencias de Publicistas reclamó en un tribunal holandés contra el Reglamento del Cable holandés (*Kabelregeling*) que prohibía la difusión por cable de programas de radio y de televisión emitidos desde otros Estados miembros, cuando estos programas incluyen mensajes publicitarios específicamente destinados al público holandés o con subtítulos en holandés. El argumento de los reclamantes fue que la normativa violaba el recién citado Tratado de la Comunidad Europea. El Gobierno holandés, entre otros contra-argumentos, sostuvo que la prohibición era necesaria para “mantener el carácter no comercial y, a través de ello, pluralista del sistema de radiodifusión nacional”, y caía por consiguiente dentro de la excepción por razones de orden público contemplada en el Art. 56 de la versión del Tratado vigente al momento del juicio (Art. 52 del texto actualmente vigente).⁸² El tribunal holandés solicitó un pronunciamiento prejudicial del Tribunal acerca de la interpretación de las disposiciones pertinentes del Tratado.

En este caso el Tribunal no se pronunció acerca de si el pluralismo cabe dentro de la excepción de orden público, limitándose a declarar que “el artículo 56 debe ... interpretarse de modo que sus efectos se limiten a lo necesario para la protección de los intereses que pretende garantizar” y que en este caso “existen medios menos restrictivos y no discriminatorios para alcanzar los objetivos perseguidos.”⁸³

Hay un proceso posterior en que el Tribunal se pronunció en contra de la admisibilidad de la excepción de pluralismo⁸⁴, pero por la inversa en otros cuatro casos el Tribunal hizo pronunciamientos que afirmaban la aceptabilidad de la excepción. En *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros y Commissariaat voor de Media*,⁸⁵ el Tribunal afirmó:

una política cultural puede constituir una razón imperativa de interés general que justifique una restricción a la libre prestación de servicios.

⁸⁰ *Ibid.* Art. 52.

⁸¹ Asunto 352/85, Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 1988.

⁸² Sobre el sistema de radiodifusión holandés en esa época ver DOMMERINC (1997).

⁸³ *Bond van Averteeders y Otros contra Estado Neerlandés* (1985).

⁸⁴ Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica (1992). La Comisión objetó una normativa del Gobierno de Bélgica que prohibía la transmisión de programas de radio o televisión provenientes de otros Estados miembros que no fueran en el idioma del Estado donde se originaba el programa. Bélgica argumentó que su acción tenía por objetivo la conservación del pluralismo en la prensa escrita, que se beneficiaba directamente de los ingresos por publicidad de las estaciones nacionales de televisión. El Tribunal rechazó el argumento declarando que esa justificación no corresponde “a ninguna de las excepciones a la libre prestación de servicios admitidas por el artículo 56, a saber, el orden público, la seguridad y la salud públicas” (Nº 10).

⁸⁵ *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros y Commissariaat voor de Media* (1991).

Efectivamente, el mantenimiento del pluralismo que esta política neerlandesa pretende garantizar está relacionado con la libertad de expresión, protegida por el artículo 10 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que figura entre los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario.⁸⁶

Este lenguaje fue repetido textualmente en *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos*⁸⁷ y fue reiterado en *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica*⁸⁸ si bien en ninguno de los tres casos fue decisivo para resolver la controversia original.⁸⁹ Por el contrario, en *Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media*⁹⁰ el Tribunal descansó específicamente en el argumento del pluralismo para fallar en favor del Estado holandés. En su parte resolutive, el fallo reza:

Las normas del Tratado relativas a la libre circulación de capitales y a la libre circulación de servicios deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que la legislación de un Estado miembro prohíba a una entidad de radiodifusión establecida en dicho Estado participar en el capital de una sociedad de radiodifusión establecida o que pretenda establecerse en otro Estado miembro ... siempre que dichas actividades se orienten a la creación de una emisora de televisión comercial destinada especialmente a alcanzar el territorio del primer Estado miembro y que dichas prohibiciones sean necesarias para garantizar el carácter pluralista y no comercial del sistema audiovisual establecido por dicha legislación.⁹¹

2. Reino Unido

A. Contexto político-jurídico

El objetivo de la preservación del pluralismo en los medios de comunicación en el Reino Unido tiene una larga data, siendo su primera expresión la creación en 1927 de la *British Broadcasting Corporation* (BBC). La BBC es una corporación autónoma de radiodifusión de servicio público, no comercial, independiente del gobierno, financiada con la venta obligatoria de una licencia a todos los hogares en que se utilicen aparatos de televisión para recibir programas en vivo, y cuyos valores esenciales, según

⁸⁶ *Ibid.*, Nº 23.

⁸⁷ Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos (1991).

⁸⁸ Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica (1996).

⁸⁹ En las tres sentencias la Corte falló en contra de los Gobiernos estimando que los requisitos impuestos iban más allá de los necesarios para garantizar el pluralismo.

⁹⁰ *Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media* (1993).

⁹¹ *Ibid.*

la definición de su Consejo Superior, son “la independencia, la veracidad y exactitud, la imparcialidad, la equidad y la diversidad de opiniones”.⁹² Es concebida como uno de los más importantes instrumentos para garantizar el pluralismo “interno” en la radiodifusión.⁹³

La BBC tuvo el monopolio de la radiodifusión en el Reino Unido hasta 1954, cuando una Ley de Televisión permitió la creación de canales comerciales. La ley, sin embargo, incluyó disposiciones para salvaguardar el pluralismo en la forma de requisitos de imparcialidad en los noticiarios y en materias políticas controvertidas en los canales comerciales, así como de restricciones relativamente severas a la llamada “propiedad cruzada” (*cross ownership*) de los medios.

Bajo el gobierno de Margaret Thatcher se inició una política de desregulación de la radiodifusión cuya primera expresión fue la Ley de Radiodifusión de 1990 (*Broadcasting Act 1990*), que eliminó varias restricciones a la concentración de la propiedad de los medios.⁹⁴ Con todo, la ley mantuvo las disposiciones que establecen la obligación para los titulares de licencias de que “toda información entregada (en cualquiera forma) en sus programas sea presentada con la debida veracidad e imparcialidad”, y que “se preserve la debida imparcialidad por parte de la persona que proporciona el servicio en lo que respecta a materias políticas o industriales controvertidas o que se refieran a políticas públicas actuales”.⁹⁵ Igualmente, la ley mantuvo las restricciones a la propiedad cruzada de los medios, en particular la prohibición de que propietarios de diarios nacionales pudieran tener más de un 20% de propiedad de canales nacionales de televisión o de estaciones nacionales de radio.

La desregulación progresiva continuó en la primera mitad de los años noventa y se plasmó en una nueva Ley de Radiodifusión (*Broadcasting Act 1996*). Sin embargo, las disposiciones recién mencionadas fueron mantenidas. El nuevo gobierno laborista que asumió en 1997 decidió continuar el proceso de desregulación, pero al mismo tiempo puso énfasis en la necesidad de pluralismo en los medios a partir de un enfoque de teoría democrática. Para ello el gobierno inició en octubre de 2001 una consulta nacional sobre la modificación de la normativa sobre propiedad de los medios, y emitió un documento de base para la consulta en noviembre siguiente.

⁹² BBC TRUST (sf) p. 3.

⁹³ La cuestión de si la BBC es verdaderamente imparcial y pluralista reaparece regularmente en el debate político británico. Los que se pronuncian por la afirmativa enfatizan el hecho de que acusaciones de que la BBC tiene un sesgo izquierdista (ver por ejemplo AITKEN (2007) habitualmente se entrecruzan con acusaciones de que el sesgo es conservador (PILGER (2010)).

⁹⁴ Ver el detalle en UNIVERSITY OF MANCHESTER (sf).

⁹⁵ Broadcasting Act 1996, 1.1.6 (1) (b) y (c).

Al anunciar la iniciativa la Ministra de Cultura, Medios de Comunicación y Deportes declaró:

es tan importante preservar la responsabilidad de los medios y su independencia como lo es construir un mercado competitivo. La democracia depende de una cultura de la disensión y del debate, y de la existencia de suficientes fuentes imparciales de noticias. De manera que los gobiernos están en lo correcto al darse cuenta de los peligros de que demasiados medios de comunicación estén en demasiado pocas manos.⁹⁶

B. Normativa vigente

Sobre la base de la consulta en 2003 se dictó la Ley de Comunicaciones (*Communications Act 2003*), que además modificó la Ley de Empresas de 2002⁹⁷ en las disposiciones relativas a fusiones y adquisiciones.

La ley estableció la prohibición de que una persona tenga más de una licencia nacional de radio o más de dos licencias de radio locales. Con respecto a la propiedad cruzada, la ley prohíbe que los dueños de diarios nacionales tengan una licencia de televisión nacional si controlan un 20% o más de la circulación nacional; y que los dueños de diarios locales tengan una licencia de televisión local si controlan el 20% o más de la circulación local.

El aspecto más novedoso de la ley reside en que permite que, en casos de fusiones y adquisiciones de medios de comunicación, a las exigencias generales sobre prevención del monopolio pueda agregarse un requisito adicional, el llamado "test de interés público". Su aplicación implica que una fusión de medios de comunicación, que, de acuerdo a la regla general, no sea anticompetitiva, pueda sin embargo ser objetada por no respetar el principio del pluralismo.⁹⁸

En el caso de la prensa escrita el test incluye: 1) la necesidad de una presentación correcta de las noticias; 2) la necesidad de la libre expresión de opiniones en los periódicos; y 3) la necesidad, en la medida que sea razonable y posible, de un suficiente pluralismo de puntos de vista en cada mercado de periódicos del Reino Unido.⁹⁹

En el caso de fusiones de radio y/o televisión así como fusiones de éstos con diarios, el test de interés público se refiere a: 1) la necesidad de que haya una suficiente pluralidad de personas con control de las empresas de comunicación de masas que sirvan a ese público comparada con cualquier otro público en el Reino Unido o un área particular del Reino Unido; 2) la necesidad de la disponibilidad en el Reino Unido de una amplia gama de programas que (tomada en conjunto) sea tanto de alta calidad como concebida

⁹⁶ DCMS (2001).

⁹⁷ Enterprise Act 2002.

⁹⁸ Ver OFCOM (sf).

⁹⁹ *Ibid.* p. 4.

para satisfacer a una gran variedad de gustos y de intereses; y 3) la necesidad de que las personas a cargo de empresas de comunicación de masas tengan un compromiso genuino con los estándares fijados por la Ley de Comunicaciones de 2003, entre los que figura la debida imparcialidad en las noticias.¹⁰⁰

La implementación de la regulación de las industrias de la radiodifusión y las telecomunicaciones se radicó en una Oficina de Comunicaciones (OFCOM). La aplicación del test de interés público, sin embargo, es una facultad privativa y discrecional del Secretario de Estado del ramo, aunque tanto OFCOM como el órgano regulador de la libre competencia (*Office of Fair Trading*, OFT), como el público en general, pueden solicitar que la ejerza. Una vez que el Secretario de Estado decide aplicar el test, OFCOM asume una función de asesoría, que debe contemplar la convocatoria de un grupo especial de expertos si se trata de fusiones de diarios.

En reconocimiento del hecho que la desregulación pudiera llevar a una concentración de los medios de comunicación la Ley ordenó a OFCOM realizar una revisión trienal de la evolución de la propiedad de los medios y formular las proposiciones a que hubiera lugar. Las revisiones se realizaron en 2006¹⁰¹ y 2009.¹⁰² Ninguna de ellas propuso cambios importantes a la normativa; en ambas se reiteró la fundamentación democrática del pluralismo en los medios.¹⁰³

C. Evolución reciente

El proceso de desregulación gradual de los medios de comunicación se reanudó con la asunción del gobierno conservador-liberal demócrata en mayo de 2010. En noviembre de ese año el Ministro de Cultura, Medios de Comunicación y Deportes anunció que se eliminarían las restricciones a la propiedad cruzada de medios locales; la medida se presentó como una contribución al pluralismo en la medida en que fomentaría la descentralización y el desarrollo de la radiodifusión local.¹⁰⁴

Antes de que el debate sobre la propuesta y su fundamentación se lanzara de lleno, un episodio político en diciembre de 2010 puso en la agenda la cuestión del pluralismo y de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación en su versión clásica, a saber en términos de la diversidad de contenido político.

¹⁰⁰ *Ibid.* p.5.

¹⁰¹ OFCOM (2006) párrafo 1.2.

¹⁰² OFCOM (2009).

¹⁰³ El documento de 2006 afirma que el pluralismo es "vital para la democracia puesto que la pluralidad de propiedad contribuye a asegurar que los ciudadanos tengan acceso a una diversidad de noticias, información y opinión": OFCOM (2006), párrafo 1.2; y el documento de 2009 agrega que "las normas se construyeron bajo el supuesto que la televisión, la radio y los periódicos tiene un papel único en la libre expresión de las ideas y las opiniones y por tanto en el proceso democrático. La justificación para crear un régimen especial en este sector, de manera que no existe en otros sectores, es el poder de los medios de comunicación de influir y formar opinión, lo que la hace una industria como ninguna otra". OFCOM (2009), párrafo 2.11.

¹⁰⁴ HUNT (2010): *Speech to the Royal Television Society*, 28 September. En él se lee: "Mientras descansamos en un sistema que silencia las voces locales, no podemos pretender ser la sociedad más plural y abierta del mundo".

El Ministro de Negocios, Innovación y Habilidades, el respetado economista liberal demócrata Vince Cable, declaró, en conversación privada que trascendió posteriormente, que le había “declarado la guerra al señor Murdoch”.¹⁰⁵ La frase se refería al intento de la empresa *News Corporation*, de propiedad del magnate de la prensa Rupert Murdoch, de adquirir el control total del canal de televisión Sky, lo que exigía la aprobación del Ministerio de Negocios.

El comentario mereció una reprimenda del Primer Ministro Cameron, quien además transfirió la decisión del caso al Ministerio de Cultura. Con todo, el Ministro Cable no fue removido, y ello al menos en parte debido a que importantes sectores de la opinión pública inglesa coinciden en la preocupación por la concentración de la propiedad de los medios de comunicación y por la influencia desmesurada de empresarios de comunicaciones como Murdoch.

News Corporation controla cuatro diarios cuya circulación representa más de un tercio del total nacional del Reino Unido. En los últimos treinta años ningún Primer Ministro ha sido elegido sin el apoyo de uno de ellos, el tabloide *The Sun*. Cuando *News Corporation* anunció en octubre de 2010 su intención de comprar Sky, los ejecutivos máximos de las empresas que publican los grandes diarios *The Daily Telegraph*, *The Guardian*, *The Daily Mail* y *The Daily Mirror*, así como de los canales de televisión BBC y *Channel 4* y de la empresa de telecomunicaciones *British Telecom* declararon en carta pública, que, en su opinión, agregar al control de Murdoch uno de los más grandes canales de televisión podría tener “consecuencias serias y de largo alcance para el pluralismo en los medios de comunicación”.¹⁰⁶

Después del incidente de Vince Cable, la BBC resumió la reacción de la opinión pública diciendo: “la idea de que un hombre o una compañía controle una gran proporción de la prensa escrita y televisiva nacionales es un tema de inquietud pública, particularmente cuando esa persona se interesa muy de cerca en la línea política de sus periódicos y uno de ellos en especial se jacta de poder influir decisivamente en el resultado de las elecciones nacionales”.¹⁰⁷

El Ministro que tomó el caso después de Cable declaró a comienzos de marzo de 2011 que pensaba autorizar a la empresa de Murdoch para proceder con la adquisición.¹⁰⁸ La decisión fue severamente criticada por los principales diarios ingleses¹⁰⁹ y una encuesta de opinión pública realizada poco después reveló que el 60% del público inglés piensa que Murdoch tiene demasiada influencia en la política nacional y casi dos tercios opina que la fusión propuesta va a darle demasiado poder sobre los medios de comunicación.¹¹⁰ En definitiva, la cuestión se resolvió cuando *News Corporation*

¹⁰⁵ WINNETT, Robert (2010), Deputy Political Editor “Vince Cable: I have declared war on Rupert Murdoch”, *The Telegraph*, 21 December.

¹⁰⁶ THE GUARDIAN (2010).

¹⁰⁷ DOUGLAS, Torin (2010).

¹⁰⁸ BBC NEWS BUSINESS (2011).

¹⁰⁹ Ver comentarios en THE TELEGRAPH (2011) y THE GUARDIAN (2011a).

¹¹⁰ THE GUARDIAN (2011b).

retiró su solicitud de permiso para la fusión como resultado del escándalo que siguió a la denuncia comprobada de que su diario *News of the World* había incurrido en el delito de intromisión ilegal en comunicaciones telefónicas (*phone hacking*) para obtener información. *News Corporation* cerró el diario en julio de 2011.¹¹¹

3. Francia

A. Contexto político-jurídico

Los orígenes de la adopción de políticas públicas de fomento del pluralismo en los medios de comunicación en Francia se remontan a principios de la década de los ochenta. Hasta entonces el área estaba regida por una ley de la Tercera República sobre libertad de prensa, texto de inspiración liberal clásica que no contemplaba el derecho a la información.¹¹²

En 1984, durante el gobierno socialista de François Mitterrand, que gozaba de una amplia mayoría parlamentaria, se aprobó un proyecto de ley para limitar la concentración y permitir la transparencia y el pluralismo en la empresas periodísticas; el proyecto fue aprobado por la Asamblea Nacional en septiembre de ese año.¹¹³ Entre otras disposiciones, la ley prohibía que ninguna persona o grupo controlara periódicos de información política y general nacionales o regionales/locales cuya circulación excediera el 15% de la circulación de las publicaciones de ese tipo¹¹⁴.

Luego de la aprobación y antes de la promulgación de la ley un grupo de 120 parlamentarios de oposición recurrieron al Consejo Constitucional solicitando que declarara la inconstitucionalidad del texto aprobado por ser violatorio de la libertad de prensa.¹¹⁵ La decisión del Consejo marca un hito fundamental en la recepción del concepto de pluralismo y del derecho a la información en Francia.

El Consejo declaró la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas afirmando que el pluralismo en los periódicos de información política y general es “en sí mismo un objetivo de valor constitucional”.¹¹⁶ Para ello citó el Art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que consagra la libertad de expresión y de prensa, afirmando que la libre comunicación del pensamiento y de las opiniones garantizada por ese artículo “no sería efectiva y posible si el público a que se

¹¹¹ BBC NEWS (2011).

¹¹² Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹¹³ Loi n°84-937 du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.

¹¹⁴ *Ibid.*, Arts. 10 y 11. Hay una regla especial del 10% para el caso de que haya control tanto sobre medios nacionales como regionales/locales (Art. 12).

¹¹⁵ Saisine par 60 sénateurs – 84-181 DC. El texto casi idéntico del requerimiento de 60 diputados se encuentra en Saisine par 60 députés – 84-181 DC.

¹¹⁶ Decision n° 84-181 DC, du 11 octobre 1984, considerando 38.

dirigen esos periódicos no pudiera disponer de un número suficiente de publicaciones de tendencias y características diferentes”; el objetivo es que “los lectores que son los destinatarios esenciales de la libertad proclamada por el Art. 11 de la Declaración de 1789 puedan ejercer su libre elección sin que ni los intereses privados ni las autoridades públicas puedan sustituirla por sus propias decisiones ni hacerla objeto de mercado”.¹¹⁷

Luego de la elección parlamentaria de marzo de 1986 en que resultó triunfadora la coalición de derecha, un grupo de senadores de aquellos que habían objetado la ley de 1984 inició un proyecto de ley de reforma de la prensa con el fin de reducir las restricciones a la propiedad de los medios; el proyecto fue hecho suyo por el nuevo gobierno de Jacques Chirac¹¹⁸ y fue aprobado por el Senado en julio de ese año (Ley No 86-897¹¹⁹). Se dictó asimismo una ley sobre libertad de comunicación referida específicamente a la comunicación electrónica y los servicios audiovisuales (Ley No. 86-1067, llamada Ley Léotard¹²⁰).

Ambos textos contenían disposiciones limitativas de la concentración de la propiedad de los medios, pero ellas eran menos estrictas que las existentes (el máximo control de medios autorizado se aumentaba de 15% a 30%; Ley 86-809 Art. 11) y estaban formuladas de manera general e imprecisa. En esas condiciones los parlamentarios socialistas recurrieron al Consejo Constitucional solicitando que las disposiciones respectivas fueran declaradas inconstitucionales en la medida en que su imprecisión privaba de efectividad al objetivo del pluralismo.¹²¹

El Consejo falló en favor de los solicitantes declarando la inconstitucionalidad del Art. 11 de la ley 86-809 debido a que, al no indicar que el control de la circulación superior puede ser “directo o indirecto”, excluye de hecho el control indirecto y permite así que se burle el límite máximo de control permitido.¹²² Declaró asimismo inconstitucionales los Arts. 39 y 41 de la ley 86-1067: el primero en la medida en que limita el porcentaje de participación que una persona pueda tener en una sociedad titular de una autorización de transmisión de televisión pero no impide que la misma persona participe en varias de dichas sociedades hasta el máximo del porcentaje autorizado para cada una, aumentando de esa manera su control total; y el segundo en tanto, estableciendo limitaciones a la posibilidad de que la misma persona pueda ser titular de más de una autorización de radio o televisión en la misma zona, no contempla la posibilidad de que una misma persona pueda detentar simultáneamente autorizaciones de televisión y de radio; o pueda tener varias autorizaciones de televisión en distintas zonas.¹²³

Estas decisiones del Consejo van más allá de la decisión de 1984 en el reconocimiento de la protección del pluralismo en los medios y por consiguiente del derecho a la in-

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Saisine par 60 députés – 86-210 DC.

¹¹⁹ Loi n° 86-897 du 1 août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse.

¹²⁰ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard).

¹²¹ Saisine par 60 sénateurs – – 86-210 DC; Saisine par 60 députés – 86-217 DC.

¹²² Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986.

¹²³ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986.

formación. En efecto, ellas resuelven los casos a partir de la afirmación de la existencia de una exigencia constitucional de preservación del pluralismo que el legislador debe satisfacer, en defecto de lo cual las disposiciones legales correspondientes son inconstitucionales. Con respecto al Art. 11 de la ley 86-897, la decisión dice:

Considerando, por lo tanto, que en términos de su redacción, las disposiciones del artículo 11, lejos de ajustar ... las modalidades de protección del pluralismo de la prensa y, más generalmente, de los medios de comunicación ..., no permiten otorgar a éstas un carácter efectivo; que tienen incluso por efecto, combinadas con la derogación de la legislación previa, el privar de protección legal a un principio de valor constitucional.¹²⁴

Idéntico lenguaje utiliza el Consejo en relación con los Arts. 39 y 41 de la ley 86-1067.¹²⁵

Los dos textos legales fueron modificados por el Parlamento para ajustarlos a los requisitos indicados por el Consejo Constitucional. En el caso de la ley 86-1067 ello supuso agregar un largo y complejo conjunto de disposiciones adicionales, lo esencial de las cuales será resumido en la sección siguiente.

En 1993 una ley modificatoria de la ley 86-1067 relajó la restricción relativa al máximo de capital que puede detentar una sola persona en una cadena de televisión, subiéndolo de 25% a 49%. Llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley modificatoria, el Consejo Constitucional la declaró constitucional en razón de que, si bien sus disposiciones contemplan el aumento del máximo permitido, "ellas refuerzan por otro lado el alcance del control de la concentración en el seno de una empresa al someter explícitamente a este techo todo 'concierto' de accionistas" y no derogan otras normas de protección del pluralismo.¹²⁶

B. Normativa vigente

Con respecto a la prensa escrita, el texto vigente de la ley 86-897, la ley prohíbe:

la adquisición, la toma de control o la toma en arrendamiento y gestión de una publicación impresa diaria de información política y general cuando esta operación tiene por efecto permitir a una persona física o jurídica o a una agrupación de personas físicas o jurídicas poseer, controlar, directa o indirectamente, o publicar en arrendamiento-gestión-publicaciones impresas diarias de información política y general cuyo total de la difusión exceda de un 30% de la difusión en el territorio nacional de todas las publicaciones impresas diarias de la misma naturaleza.¹²⁷

¹²⁴ Decisión n°86-210, op.cit., Considerando 23.

¹²⁵ Décision n° 86-217, op.cit., Considerando 36.

¹²⁶ Décision n° 93-333 DC du 21 janvier 1994, Considerando 28.

¹²⁷ Loi n°86-897 du 1 août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, Art. 11.

Con respecto a medios de comunicación audiovisuales, la ley contiene disposiciones para preservar tanto el pluralismo interno, es decir dentro de una misma empresa, como el pluralismo externo, referido a varias empresas, en el mismo sector o en sectores diferentes.

En relación con el primero, se establece que una sola persona, actuando sola o en concierto, no puede detentar, directa o indirectamente, más del 49% del capital de una sociedad que explote un servicio nacional de televisión (50% en el caso de la televisión satelital o televisión regional)¹²⁸.

En relación con el llamado pluralismo “externo” se establece una reglamentación llamada de “monomedios”, referida a un solo tipo de comunicación audiovisual, y otra llamada de “plurimedios”, referida a varios tipos. La reglamentación “monomedios” establece, en complejo detalle, el número de autorizaciones que puede tener una persona y, para algunos sectores, la parte del capital de diferentes sociedades que puede detentar. Para ello fija límites máximos en términos tanto de porcentajes como de número absoluto de personas a las que pueden llegar la transmisiones, los cuales varían según el tipo de medios.¹²⁹

La reglamentación “plurimedios” consiste en la llamada regla de “dos de cuatro” según la cual una sola persona o sociedad no puede simultáneamente controlar más de dos de los siguientes cuatro tipos de medios de comunicación: televisión terrestre en zonas de al menos 4 millones de habitantes; televisión por cable en zonas de más de 6 millones de habitantes; radios que lleguen a más de 30 millones de habitantes; y periódicos de información política o general que representen más del 20% de la circulación de las publicaciones de ese tipo.¹³⁰

La ley 89-1067 tiene además disposiciones sobre reglamentación directa de contenidos. En particular, el Art. 1 establece que la libertad de expresión puede ser limitada, en la medida necesaria, “por el respeto al carácter pluralista de las corrientes de pensamiento y de opinión”; a su vez, el Art. 13 asigna al Consejo Superior Audiovisual la atribución de “garantizar el respeto de la expresión pluralista de las corrientes de pensamiento y de opinión en los programas de los servicios de radio y televisión, en particular para las emisiones de información política y general”.

C. Evolución reciente

La cuestión del pluralismo y la propiedad de los medios de comunicación volvió a figurar prominentemente en el debate político francés a mediados de la década de los 2000.

¹²⁸ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard) art. 39.

¹²⁹ DERIEUX (2001) p. 6.

¹³⁰ Loi n°86-1067.

En enero de 2005 el Presidente Chirac anunció la formación de una Comisión de expertos independientes para examinar la concentración de la propiedad de los medios de comunicación, evaluar la pertinencia y la efectividad de la legislación vigente y formular proposiciones para el futuro.¹³¹ En la convocatoria a la Comisión, el Primer Ministro Jean-Pierre Raffarin se refirió a “una convergencia entre los diferentes medios de comunicación que conduce a la afirmación de grandes grupos pluri-medios, o incluso de vastos conglomerados industriales”, y enfatizó la importancia de analizar no sólo los aspectos económicos sino “objetivos políticos fundamentales que constituyen la garantía del pluralismo y de la imparcialidad de la información, el estímulo de la diversidad cultural y la salvaguardia de la independencia nacional”.¹³²

La Comisión, presidida por el académico Alain Lancelot, emitió un detallado informe en diciembre de 2005 en que esencialmente se concluyó que no existía en Francia un grado alarmante de concentración de los medios de comunicación, si bien ello no parecía deberse sino marginalmente a la normativa;¹³³ y se propuso, para la prensa escrita y la radio, no alterar las disposiciones vigentes, y para la televisión remplazar los varios límites de número máximo de concesiones y de participación en los capitales que puede detentar una sola persona por un techo máximo de 37,5% del público televisivo total real del conjunto de los servicios nacionales.¹³⁴ Esta proposición no tuvo seguimiento.

En octubre de 2009 el diputado Jean-Marc Ayrault y un grupo de sus colegas de las bancadas socialista, radical, ciudadana y otros presentaron un proyecto de ley modificatoria de las leyes 86-897 y 86-1067 para declarar prohibida la concesión de servicios de televisión o de radio, o la adquisición, el arrendamiento-gestión o la toma de control de un órgano de prensa de información política y general, por sociedades, empresas o establecimientos que se beneficien del apoyo financiero del Estado o de entidades públicas, o cuya actividad dependa significativamente de contratos del Estado o de entidades o empresas públicas o de un Estado extranjero.¹³⁵

El proyecto fue rechazado por la Asamblea Nacional en noviembre de 2009.¹³⁶ La propuesta sin embargo fue reiterada en el programa del Partido Socialista para la elección general de 2012, que incluye un documento de análisis y proposiciones sobre los medios de comunicación que contemplan un reforzamiento importante de las disposiciones sobre concentración de los medios así como normas para asegurar la independencia de las redacciones de los órganos de prensa escrita, de radio y de televisión.¹³⁷

¹³¹ En la prensa francesa circuló la versión que la iniciativa fue producto de la rivalidad entre el Presidente y Nicolas Sarkozy por la candidatura presidencial en 2007, y el temor de los partidarios del primero de que se produjera una coalición entre los grandes grupos periodísticos Bouygues, Dassault y Lagardère, en apoyo de Sarkozy. Ver LE POINT (2005).

¹³² Carta del Primer Ministro Raffarin al Presidente de la Comisión, reproducida en el Informe de la Comisión, *Commission Chargée D' Examiner Les Problèmes De Concentration Dans Le Domaine Des Médias* (2005).

¹³³ *Ibid.*, p. 40 y siguientes.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 104.

¹³⁵ Proposition de loi visant à réguler la concentration dans le secteur des médias, de 2009.

¹³⁶ Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation, de 2009.

¹³⁷ PARTI SOCIALISTE (2011).

4. *Estados Unidos*

En el caso de Estados Unidos, el enfoque económico del pluralismo ha tenido tal vez más impacto que en los casos recién descritos. Sin embargo, la racionalidad de la teoría democrática continúa vigente. En una importante formulación de políticas de comunicaciones en 2003 la Comisión Federal de Comunicaciones definió como objetivo esencial de sus políticas el fomento de la competencia, la diversidad y el localismo. Dentro del concepto de diversidad la Comisión destacó la dimensión de la diversidad de puntos de vista, expresando:

La diversidad de puntos de vista se refiere a la disponibilidad de medios de comunicación que reflejen una variedad de perspectivas. Un diverso y robusto mercado de ideas es el cimiento de nuestra democracia. Por lo tanto, 'desde hace mucho tiempo ha sido un principio básico de la política nacional de comunicaciones el que la difusión más amplia posible de información de fuentes diversas y antagónicas es esencial para el bienestar del público'.¹³⁸

Y agregando: "cuanto mayor es la diversidad de la propiedad en un área particular, tanto menor es la posibilidad de que una sola persona o un grupo pueda tener un efecto desmesurado, en un sentido político, editorial o programático similar, en la opinión pública a nivel regional"¹³⁹... el propósito básico de la reglas sobre propiedad debe ser asegurar un diverso y antagónico mercado de las noticias y la información, no la entretención".¹⁴⁰

A. Contexto político-jurídico

La regulación de los medios de comunicación en Estados Unidos tiene su origen en la Ley de Comunicaciones de 1934, que creó la Comisión Federal de Comunicaciones con atribuciones de organismo regulador.¹⁴¹ En las cuatro décadas siguientes la Comisión estableció un conjunto de reglas que implican restricciones a las fusiones, adquisiciones, consolidaciones e integración de la industria de medios de comunicación, en particular a la propiedad cruzada de medios de comunicación de prensa, radio y televisión. Estas reglas permanecieron esencialmente sin cambios hasta 1996 en que la Ley de Telecomunicaciones efectuó una reforma en la dirección de relajar las limitaciones y de liberalizar y desregular la industria.

Durante la administración del Presidente George W. Bush la Comisión Federal de Comunicaciones con mayoría republicana intentó en dos oportunidades llevar más lejos la relajación de las restricciones.

¹³⁸ Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking, July 2, 2003, p. 8. Estos objetivos fueron ratificados en Report and Order and Order on Reconsideration, 4 February 2008.

¹³⁹ Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking, p. 13.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 26, nota 119.

¹⁴¹ Resúmenes de la evolución de la regulación de los medios de comunicación en Estados Unidos se encuentran en BELMAS Y OVERBECK (2011); CANDEUB (2008); PRITCHARD (2007).

El primer intento fue en 2002 en el contexto de la tercera Revisión Bienal de Regulaciones, proceso consultivo periódico dispuesto por la Ley de Comunicaciones. Al final de la revisión la Comisión, con el voto favorable de los tres integrantes republicanos contra los votos negativos de los dos integrantes demócratas, decidió entre otras cosas aumentar la audiencia máxima permitida a un solo canal de televisión de 35% a 45% de la audiencia televisiva nacional total y eliminar las prohibiciones de propiedad cruzada de radio/televisión y televisión/diarios.

Más importantemente, la Comisión decidió adoptar el llamado Índice de Diversidad como medida para establecer si existe riesgo de concentración indebida en los mercados de medios de comunicación. El índice está basado en el Índice Herfindahl/Hirschman, y consiste en calcular el porcentaje representado por cada tipo de medio –prensa, radio, televisión– en el mercado total de los medios de comunicación para luego dividir los porcentajes resultantes por el número de firmas en cada tipo de medio.¹⁴² El Índice por consiguiente ignora el peso que cada firma individual tiene en su respectivo tipo de medio; como anota un observador académico, “solamente cuenta en realidad el número de participantes en un mercado y no la diversidad y difusión de puntos de vista”.¹⁴³

Las decisiones de la Comisión desencadenaron fuerte objeciones por parte de diversos sectores políticos y organizaciones no gubernamentales de acción cívica, así como de empresas de comunicaciones que esperaban una desregulación aun mayor. Las objeciones se expresaron por un lado en un vigoroso lobby ante el Congreso y organismos reguladores de Estados Unidos¹⁴⁴ y por otro en solicitudes de revisión judicial de la orden de la FCC presentadas en diversas Cortes de Apelaciones. Las varias causas iniciadas se acumularon en la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito de Estados Unidos en el proceso caratulado *Prometheus Radio Project v. Federal Communications Commission*¹⁴⁵.

Con respecto al límite de audiencia máxima permitida, la controversia fue zanjada por el Congreso norteamericano que en enero de 2004 aprobó una modificación de la ley de telecomunicaciones de 1996 fijando el máximo de control de audiencia televisiva en 39% del total de la audiencia nacional; superior al previamente existente pero inferior al aprobado por la Comisión.

Con relación a la eliminación de la propiedad cruzada y el índice de diversidad, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito decidió que la FCC no había ofrecido suficiente justificación para los cambios adoptados y ordenó su suspensión hasta recibir dicha justificación. La Corte fue particularmente crítica del índice de diversidad, afirmando que “es indiscutible que la asignación de cuotas de mercado iguales genera resultados absurdos.”¹⁴⁶

¹⁴² Una descripción detallada del índice se ofrece en HILL (2006).

¹⁴³ CANDEUB (2008) p. 1579.

¹⁴⁴ “Más de dos millones de ciudadanos tomaron contacto con reguladores y parlamentarios para protestar por las decisiones de la FCC”. NADLER (2007) p. 6.

¹⁴⁵ *Prometheus Radio Project v. Federal Communications Commission* (2004).

¹⁴⁶ La Corte cita el caso del canal de televisión del Colegio Comunitario Dutchess en la ciudad de Nueva York, que de acuerdo al índice tiene un peso de 1,5% mientras que el peso combinado del diario y la estación de radio de

B. Normativa vigente

Las reglas actualmente en vigor cubren los siguientes aspectos:

1. Prohibición de propiedad cruzada de diarios y estaciones de radio o canales de televisión: prohíbe la propiedad conjunta de una estación o canal y de un diario cuando el área cubierta por la estación o canal abarca la ciudad en que se publica el diario;
2. Restricción a la propiedad cruzada de estaciones de radio y canales de televisión: sólo se permite propiedad conjunta de una estación de radio y un canal de televisión en el mismo mercado;
3. Propiedad conjunta de canales de televisión locales: permitida, bajo ciertas condiciones, sólo para dos estaciones en la misma área de mercado;
4. Regla especial para canales nacionales de televisión (llamada *dual network ban*): prohíbe las fusiones entre las cuatro grandes redes nacionales: ABC, CBS, Fox y NBC;
5. Reglas sobre propiedad de estaciones locales de radio: establece límites al número de estaciones que sirven la misma área y que pueden pertenecer a un mismo propietario, basadas en el número total de estaciones en el área;
6. Regla sobre la propiedad de canales de televisión nacionales: ninguna entidad puede ser propietaria de canales de televisión que en conjunto tengan un alcance del 39% de la audiencia nacional de televisión.

C. Evolución reciente

En su Revisión Cuadrienal de las Regulaciones en 2006 la Comisión decidió no insistir en los cambios rechazados por la Corte de Apelaciones en *Prometheus* y optó en cambio por lo que denominó una "relajación modesta" de la prohibición de propiedad cruzada de diarios y canales de televisión o estaciones de radio. La decisión fue con todo vigorosamente rechazada por importantes sectores de opinión que sostuvieron que traería como resultado una mayor concentración de los medios de comunicación, la eliminación de voces independientes y una degradación de la cobertura de noticias locales.¹⁴⁷ Un grupo de 25 Senadores de ambos partidos habían previamente enviado

propiedad de la *New York Times Company* es de 1,4%; su comentario al respecto es que "un Índice de Diversidad que nos exige aceptar que el canal de televisión de un colegio comunitario hace una contribución a la diversidad de puntos de vista mayor que un conglomerado que incluye el tercer diario más grande de América nos está exigiendo además el abandonar la lógica y la realidad". *Prometheus Radio Project v. Federal Communications Commission* (2004) p. 70.

¹⁴⁷ REUTERS (2007). La decisión se adoptó con el voto favorable de los tres Comisionados republicanos y los votos negativos de los dos Comisionados demócratas. Uno de estos últimos declaró después del voto que "la FCC no ha intentado nunca un acto tan descarado de desprecio por el Congreso. La ley no dice que estamos para servir a los que buscan lucrar con el uso de las ondas públicas de radio y televisión. La ley dice que estamos para servir el interés público. Y el público nos ha dicho repetidamente que no está interesado en que haya más concentración de los medios de comunicación".

una carta al Presidente de la Comisión advirtiéndole que iban a adoptar medidas legislativas para revocar el voto si la Comisión aprobaba la relajación propuesta.¹⁴⁸

La cuestión revirtió al ámbito judicial y en julio de 2011 la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito volvió a rechazar la modificación de la regla de prohibición de propiedad cruzada de diarios y canales de televisión o estaciones de radio, esta vez por consideraciones procesales, a saber, el incumplimiento de los requisitos de aviso previo y de solicitud de comentarios establecidos por la ley.¹⁴⁹

VI. Derecho a la información, pluralismo y propiedad de los medios de comunicación en Chile

I. Propiedad y pluralismo en los medios de comunicación

A. La estructura de propiedad de los medios de comunicación en Chile

La problemática de la propiedad de los medios de comunicación reviste especial importancia en Chile, donde existe un elevado grado de concentración, particularmente en la prensa escrita.¹⁵⁰ El origen de esta situación está en la dictadura militar inaugurada con el golpe de Estado de 1973, una de cuyas primeras medidas fue la eliminación de todos los órganos contrarios al régimen, lo que fue seguido de la represión, a menudo violenta, de los periodistas independientes.¹⁵¹

En la actualidad existen en Chile un total 98 publicaciones de prensa, de las cuales 57 son diarios, entendiéndose por tales aquellos que circulan al menos cuatro veces por semana. Cifras de lectoría total para Santiago en el primer semestre de 2011 indican que los 5 diarios nacionales de dos consorcios, El Mercurio SAP y el Consorcio Periodístico de Chile, COPESA, concentran el 74% de la lectoría.¹⁵² A su vez, datos de Megatime para el periodo enero-septiembre de 2010 indican que los diarios de los dos consorcios reciben el 84,26% de la publicidad de la prensa escrita.¹⁵³

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Prometheus Radio Project v. Federal Communications Commission, United States Of America* (2011).

¹⁵⁰ No son muchos los trabajos que se ocupan del tema. Un esfuerzo temprano fue PORTALES (1981). Posteriormente aparecieron RAMÍREZ ACEVEDO (1999); SUNKEL Y GEOFFROY (2001); CORRALES JORQUERA Y SANDOVAL MOYA (2005) y MONCKEBERG (2009). El tema se toca también en HUMAN RIGHTS WATCH (1998).

¹⁵¹ Sobre el cambio estructural de los medios de comunicación en Chile a partir de la dictadura ver CAJALÁN Y SUNKEL (1991).

¹⁵² ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA PRENSA (2011).

¹⁵³ ACHAP/MEGATIME (2009).

Hay también un alto grado de concentración en la televisión abierta. El mercado está dominado por 5 canales: Televisión Nacional, el canal público; Megavisión, recientemente adquirido por el consorcio nacional de inversiones Bethia, ligado a la multitienda Falabella; Canal 13, controlado por el grupo económico nacional Luksic; Chilevisión, de propiedad de Turner Broadcasting System Latin America, Inc., una subsidiaria de TBS, Inc. de Estados Unidos; y La Red, de propiedad del financista mexicano Ángel González. Los cinco canales reciben en conjunto el 95,6% de la publicidad total. Los 4 canales privados atraen el 60,6% del total.¹⁵⁴

La existencia de diarios regionales y locales así como la emergencia de diarios electrónicos han contribuido a reducir un tanto el grado de concentración, aun cuando muchos de aquellos son a su vez de propiedad de los dos consorcios.

B. Pluralismo en los medios: la percepción de la ciudadanía

La cuestión de la concentración en la propiedad de los medios no ha sido materia de debate en la opinión pública general, pero hay indicadores que sugieren que la ciudadanía está preocupada por la independencia de los medios.

Uno particularmente revelador lo proporciona la encuesta anual de opinión pública de Latinobarómetro. En 2004 y 2007 la encuesta incluyó la pregunta: “En general, ¿cree Ud. que los medios de comunicación son bastante independientes o están, frecuentemente, influenciados por instituciones y gente poderosa?”. Los porcentajes de respuesta se consignan en la siguiente tabla:

	Medios influenciados por poderosos (porcentajes)	
	2004	2007
No responde	0.5	0.6
Son bastante independientes	24.4	24.9
Frecuentemente están influenciados	65.8	68.2
No sabe	9.3	6.2

Datos originales en Latinobarómetro, Banco de Datos Estadísticos, Análisis en Línea, en <http://www.latinobarometro.org/latino/LATAnalyzeQuestion.jsp>

Sólo una cuarta parte de los encuestados en ambos años afirmó que los medios son bastante independientes, en tanto que dos tercios sostuvo en 2004 que frecuentemente están influenciados por los poderosos, porcentaje que subió a casi 70% en 2007.

¹⁵⁴ *Ibid.*

2. Contexto político-jurídico

El tema del pluralismo en los medios de comunicación aparece en el discurso político-jurídico chileno en la década de los sesenta, pero con un alcance limitado referido solamente a la televisión abierta.

En 1969 el Gobierno propuso un proyecto de ley que otorgaba el derecho exclusivo de establecer canales de televisión a cuatro corporaciones de derecho público, Televisión Nacional de Chile y las Universidades de Chile, Católica de Chile y Católica de Valparaíso. La fundamentación del proyecto ponía énfasis en la función de utilidad pública de la televisión¹⁵⁵. En el proyecto aprobado, que pasó a ser la Ley sobre Televisión Chilena, No. 17.377 de 24 de octubre de 1970, se fija como uno de los objetivos de la televisión chilena, el “informar objetivamente sobre el acontecer nacional e internacional”; se indica que “a la televisión universitaria le corresponde ser la libre expresión pluralista de la conciencia crítica y del pensamiento creador” y se proclama que “la televisión no estará al servicio de ideología determinada alguna y mantendrá el respeto por todas las tendencias que expresen el pensamiento de sectores del pueblo chileno.”¹⁵⁶

La Ley 19.132 de 8 de abril de 1992 que creó la Empresa Televisión Nacional de Chile y que reemplazó a la Ley 17.377 consagra la obligación de pluralismo de la televisión estatal afirmando que “el pluralismo y la objetividad deberán manifestarse en toda su programación y, muy especialmente, en los noticieros, programas de análisis o debate político.”¹⁵⁷

Con la misma fecha, 8 de abril de 1992, se promulgó la ley 19.131, modificatoria de la Ley 18.838 de 30 de septiembre de 1989, que crea el Consejo Nacional de Televisión¹⁵⁸. Entre las modificaciones figuró una mención explícita del objetivo del pluralismo; el nuevo texto del Art. 1º define como el correcto funcionamiento de los servicios de televisión el “permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico”.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Cámara de Diputados, Sesión Nº 14 de 2 de diciembre de 1969. Boletín 321, p. 2099, citado en Rol No. 56-88, 9 de agosto de 1988, Considerando No. 8.

¹⁵⁶ Ley sobre Televisión Chilena, No. 17.377 de 24 de octubre de 1970, Art. 1º.

¹⁵⁷ Ley 19.132 de 8 de abril de 1992 que crea la Empresa Televisión Nacional de Chile. Este texto ha sido criticado por los defensores del pluralismo en los medios por consagrar el autofinanciamiento de la televisión pública. Ver OMINAM1 (2011) p. 149.

¹⁵⁸ Ley 18.838 de 30 de septiembre de 1989 que crea el Consejo Nacional de Televisión.

¹⁵⁹ Ley 19.131 de 8 de abril de 1992 que Modifica Ley Nº 18.838, sobre Consejo Nacional de Televisión.

A. La ley de prensa de 2001 y su debate parlamentario

i. El proyecto del Ejecutivo

La problemática más amplia del pluralismo y del derecho a la información cubriendo todos los tipos de medios de comunicación social recién entró al debate público después del restablecimiento de la democracia en la década de los noventa. En julio de 1993 el gobierno del Presidente Aylwin propuso un proyecto de ley sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo¹⁶⁰ que contenía el siguiente artículo:

Artículo 11. El Estado, a través de sus diversos órganos, tiene la obligación de garantizar el pluralismo en el seno del sistema informativo, para lo cual habrá de favorecer la coexistencia de una diversidad de medios, que posibilite la expresión de las distintas corrientes de opinión, así como la variedad social, cultural y económica de las regiones.

El proyecto, sin embargo, excluía explícitamente el establecimiento de normas restrictivas de la concentración de la propiedad de los medios que fueran más allá de las contenidas en la normativa general sobre libre competencia. La modalidad favorecida por el gobierno y contemplada en el proyecto es “aplicar el régimen antimonopólico general de la economía en los medios de comunicación.”¹⁶¹

Específicamente, el proyecto original del Ejecutivo contenía una disposición en el sentido que “cualquier hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad de un medio de comunicación social” debe ser informado en un plazo de 30 días a la Comisión Antimonopólica (en la actualidad al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia).¹⁶² Reforzando esa aproximación, el Ejecutivo propuso una indicación durante la discusión en el Congreso por la cual se establecía que, tratándose de medios sujetos al sistema de concesión otorgada por el Estado, el hecho o acto relevante deberá contar, previo a su perfeccionamiento, con informe de ese órgano respecto a su impacto en el mercado informativo.

¹⁶⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2001).

¹⁶¹ *Ibid.* p. 133. La posición refleja en efecto un rechazo del derecho a la información y de la fundamentación democrática del pluralismo. El Ministro José Joaquín Brunner fue explícito en este sentido en el debate en el Senado, donde declaró:

el Ejecutivo cree que la actual redacción del artículo 1º del proyecto debe entenderse como fundada en la tradicional doctrina de la libertad de expresión y en la moderna doctrina de la “libertad de información”, y no en aquella doctrina alternativa, llamada del “derecho a la información”, que introduce un cambio cualitativo en el tratamiento jurídico de la información, al considerarla como un bien jurídico ligado al “derecho a la verdad” o a “saber la verdad”, ya que en este caso, además de un derecho subjetivo, el derecho de acceso a la información pasa a constituirse en un bien público, que hace necesaria la intervención del Estado para asegurar que la información sea veraz y adecuada a las necesidades de conocimiento del individuo. De aceptarse tal tesis, ... ello significaría una profunda revisión de la posición clásica frente a la garantía de la libertad de información, cuyas consecuencias son incompatibles con un régimen de libertades fundamentales en esta materia, al llevar —por necesidad— a un papel tutelador del Estado en la conducción de la información y a intervenir en sus contenidos para validar su pretensión de verdad. *Ibid.*, p. 365.

¹⁶² Art. 43, inciso 3º del proyecto. *Ibid.* p. 94.

ii. Las indicaciones parlamentarias

La posición del gobierno fue estimada insatisfactoria por un numeroso grupo de parlamentarios de la propia coalición gubernamental, la Concertación de Partidos por la Democracia, y en 1995 tres de ellos propusieron un conjunto de indicaciones al proyecto de ley dirigidas a impedir la concentración de la propiedad de los medios, proteger el derecho a la información y fomentar el pluralismo.

Lo esencial de las propuestas se resume de la manera siguiente:

1) “se reconoce el derecho del conjunto de la sociedad y de todos los sectores, grupos y personas a estar debidamente informados sobre todas las expresiones culturales, sociales o políticas existentes en la sociedad” (Art. 1, inciso 3º del proyecto);¹⁶³

2) se reemplaza, en el Art. 9, inciso 1º, la frase *posibilitando la expresión* por la frase *asegurando la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión*, con lo que la redacción final queda: “El Estado tiene la obligación de garantizar el pluralismo en el sistema informativo, para lo cual debe favorecer la coexistencia de diversidad de medios de comunicación social y la libre competencia entre ellos, *asegurando la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión*, así como la variedad social, cultural y económica de las regiones”;¹⁶⁴

3) se establece la obligación de publicar la aclaración que presente una persona natural o jurídica que haya sido deliberadamente silenciada con respecto a un hecho u opinión de importancia o trascendencia social (Art. 20, inciso 2º del proyecto);¹⁶⁵

4) se establece la prohibición, en el ámbito de la prensa escrita, del control de más del 30% del mercado informativo nacional en manos de una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras; y el control directo o indirecto por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras, de más del 30% de la distribución de los diarios de información general; del control de más del 15% del mercado informativo general por una sola persona natural o jurídica; o de más del 20% del referido mercado por dos o más personas naturales o jurídicas, asociadas; del dominio de dos o más tipos diversos de medios de comunicación social en un mismo mercado, por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras” (Art. 43, inciso 2º del proyecto).¹⁶⁶

Las indicaciones fueron aprobadas por la Cámara de Diputados el 12 de septiembre de 1995; inmediateamente después de la aprobación pero antes de que el proyecto fuera

¹⁶³ Indicación de los diputados Aylwin y Elgueta, *Ibid.* p. 135. En la versión aprobada del proyecto se eliminaron las palabras “del conjunto de la sociedad y de todos los sectores, grupos y...”, quedando solamente “se reconoce el derecho de las personas...”

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 136.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Indicación de los diputados Aylwin, Elgueta y Pollarolo, *Ibid.* p. 145.

declarado despachado, el diputado Juan Antonio Coloma introdujo una reserva para recurrir de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.¹⁶⁷

B. El derecho a la información y la cuestión del pluralismo en el Tribunal Constitucional

i. El requerimiento parlamentario

El 2 de octubre de 1995 34 diputados de oposición formularon un requerimiento al Tribunal Constitucional solicitando que las disposiciones citadas fueran declaradas inconstitucionales. La petición alega que ellas vulneran la Constitución al consagrar dos derechos que la Constitución no consulta: el derecho a la información, del que se dice “que no hay un solo precepto constitucional que lo haya establecido”, y el derecho a aclaración o rectificación frente a la omisión, que no corresponde al derecho de rectificación consagrado en el Art. 19, N° 12, inc. 3° de la Carta Fundamental.

A nivel específico, el requerimiento afirma que las disposiciones vulneran los siguientes derechos de los propietarios de órganos de prensa, canales de televisión, estaciones de radio y otros medios de comunicación social: la igualdad ante la ley; la libertad de conciencia; la libertad de emitir opinión y la de informar; la libertad de trabajo; la igual repartición de los tributos y cargas públicas; el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sin discriminaciones arbitrarias; el derecho de propiedad y sus facultades esenciales; el derecho que protege las creaciones intelectuales; y la seguridad de que los preceptos legales que regulen o complementen las garantías constitucionales no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

ii. El fallo del Tribunal

El fallo comienza por rechazar el curioso argumento del requerimiento respecto de la inconstitucionalidad de la consagración de derechos no consultados en la Constitución. Al respecto afirma correctamente que “esta norma [el Art. 1, inciso 3° del proyecto] consagra un derecho de rango legal materia que puede ser abordada por el legislador puesto que universalmente tanto la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos aunque no estén consagrados en el texto constitucional ... Es así como bajo el texto de la Constitución de 1925 no estaba consagrado el derecho a la vida, derecho que jamás nadie se atrevió a negar. Igualmente, hay derechos que los reconoce la ley como, por ejemplo, el derecho de réplica antes de la reforma de la Carta de 1925, que era de jerarquía legal y nunca se alegó su inconstitucionalidad por ser de rango legal.”¹⁶⁸

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 295.

¹⁶⁸ Rol N° 226-95, 30 de octubre de 1995, Considerando N° 25.

Específicamente, el Tribunal declaró la constitucionalidad del derecho a recibir las informaciones ya que “éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales”.¹⁶⁹ En opinión del Tribunal el derecho, sin embargo, no corresponde a lo que se ha definido en el análisis de la sección I.2 arriba como derecho a la información, ya que se refiere solamente a la recepción de la información una vez proporcionada por los medios de comunicación; y el Tribunal agrega: “ello no significa en ningún caso que se pueda obligar a alguna persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones.” De no ser así, “se estaría atentando contra claros preceptos constitucionales, como son la autonomía de los grupos intermedios que está consagrada en el artículo 1º, inciso tercero, de nuestra Ley Fundamental y la libertad de opinar y de informar sin censura previa.”¹⁷⁰

Un elemento decisivo en el razonamiento del Tribunal en este punto es el recurso a la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución definida en términos de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política del Estado. Específicamente el Tribunal citó in extenso las intervenciones de los integrantes de la Comisión profesores Jorge Ovalle y Enrique Evans, quienes manifestaron:

Evans: “... hay dos bienes jurídicos en juego: uno de carácter personal, que es el derecho de informar, el derecho de emitir opinión, el derecho, en suma de expresarse; y otro de carácter colectivo, que es el derecho de recibir información, opiniones y expresiones que los demás quieran transmitir. Este último tiene carácter colectivo, porque son todos los integrantes de la comunidad nacional los interesados en que lleguen a ellos las opiniones que se emitan sin censura previa, sin desvirtuarlas, sin discriminación, sin intervención arbitraria de la autoridad, sin interferencia indebida, etc.... [pero hay] el grave problema formal de garantizar tales bienes jurídicos en preceptos separados, porque –repite la imagen por parecerle adecuada– las dos caras de la moneda, en estos casos, en estas garantías, es muy difícil separarlas. En verdad, no tiene sentido, no se divisa la razón por la cual deba pretenderse que existe el derecho de expresar opiniones, el derecho de comunicarse, sin que haya alguien que las reciba. No se divisa el motivo por el que deba incorporarse una garantía constitucional para satisfacción exclusiva de quien emita opiniones o de quien desea dar a conocer sus pensamientos. Esta es una garantía que juega en el medio social, en el seno de la comunidad, y, obviamente, está en relación directa con el resto de

¹⁶⁹ *Ibid.*, Considerando N° 19.

¹⁷⁰ *Ibid.*, Considerando N° 21.

los integrantes de esa sociedad, que van a recibir los dichos, las opiniones, las expresiones, las informaciones que algunos quieran dar a conocer.¹⁷¹

Ovalle: el último inciso tiene una inteligencia totalmente distinta. No contiene la obligación de informar, sino que lo que se asegura es el derecho de recibir la información que se dé. De modo que, para que tenga aplicación, para que juegue el inciso final, no es menester que se obligue a alguien a informar. Lo que ocurre es que este inciso juega cuando alguien informa; dada la información, ahí existe la obligación de garantizar su debida recepción. En esa inteligencia concurrió a aprobar el inciso final. Cualquier otra interpretación, tendría que rechazarla, porque no se ajustaría al concepto que tiene de la materia y a lo que, según entiende, fue opinión generalmente compartida antes.

El señor Evans se manifiesta de acuerdo con lo expresado con el señor Ovalle y expresa que adhiere a ese punto de vista.¹⁷²

Por el contrario, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la frase agregada al Art. 9, inciso 1º; del Art. 20, inciso 2º; y del Art. 43, inciso 2º.

Para ello se basó en que dichos artículos son violatorios de las siguientes disposiciones de la Constitución:

- la frase agregada al Art. 9, inciso 1º es violatoria del Art. 1, inciso 3º de la Constitución, en la medida en que vulnera la autonomía de los grupos intermedios; y del Art. 19, Nº 12, ya que viola la libertad de emitir opinión y de informar;
- la obligación de publicar las aclaraciones definidas en el Art. 20, inciso 2º es asimismo violatoria del Art. 19, Nº 12; del Art. 19, Nº 24, en tanto vulnera el uso y el goce de la propiedad de los medios de comunicación; del Art. 19, Nº 20, al establecer cargas sólo para los medios de comunicación y no sustentadas en el bien común; y del Art. 19, Nº 26, al vulnerar la esencia de la libertad de expresión.
- las restricciones a la concentración de los medios son violatorias del Art. 19, Nº 23, que garantiza la adquisición del dominio de toda clase de bienes salvo las limitaciones y requisitos impuestos por una ley de quórum calificado cuando lo exija el interés nacional; Nº 24 que garantiza el derecho de propiedad; y Nº 21, que consagra el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica.

La argumentación del Tribunal pone énfasis en el carácter fundamental de la autonomía de los grupos intermedios, a los que denomina “uno de los pilares básicos en

¹⁷¹ *Ibid.*, Considerando Nº 17.

¹⁷² *Ibid.*, Considerando Nº 18.

la organización de la sociedad civil”¹⁷³; así como en el carácter absoluto de las libertades y derechos individuales, especialmente las de carácter patrimonial, como “expresión de la primacía de la persona humana”¹⁷⁴; así, por ejemplo, el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita se describe como “de fundamental importancia para los individuos, al permitir desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas.”¹⁷⁵

3. Normativa vigente

En parte debido al fallo del Tribunal, el texto finalmente aprobado, la Ley No. 19.733 de mayo de 2001 sobre Libertades de Opinión y de Información y Ejercicio del Periodismo, no incluyó ninguna de las disposiciones contenidas en las indicaciones parlamentarias descritas.

Como consecuencia, la normativa actualmente en vigor, si bien contiene expresiones declarativas generales en favor del pluralismo, se reduce a disposiciones sobre la televisión de servicio público y sobre transparencia o que remiten la cuestión a la normativa general sobre libre competencia económica.

Específicamente, las disposiciones en vigor que tienen relación, directa o indirecta, con el pluralismo en los medios de comunicación son las siguientes:

Ley 19733 sobre libertades de información y opinión y ejercicio del periodismo:

Art. 1, inciso 3º: “Se reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general.”

Art. 3: “El pluralismo en el sistema informativo favorecerá la expresión de la diversidad social, cultural, política y regional del país. Con este propósito se asegurará la libertad de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social.”

Artículo 4: “Los fondos que establecen los presupuestos del Estado, de sus organismos y empresas y de las municipalidades, destinados a avisos, llamados a concurso, propuestas y publicidad, que tengan una clara identificación regional, provincial o comunal, deberán destinarse mayoritariamente y preferentemente a efectuar la correspondiente publicación o difusión en medios de comunicación social regionales, provinciales o comunales.”

“Anualmente la Ley de Presupuestos del Sector Público contemplará los recursos necesarios para financiar la realización, edición y difusión de programas o suplementos de carácter regional. La asignación de estos recursos será efectuada por los respectivos Consejos Regionales, previo concurso público. Los concursos serán dirimidos por comisiones cuya composición, generación y atribuciones serán determinadas por

¹⁷³ *Ibid.*, Considerando N°28.

¹⁷⁴ *Ibid.*, Considerando N° 41.

¹⁷⁵ *Ibid.*

reglamento. En dicho reglamento deberán establecerse, además, los procedimientos y criterios de selección.”

“La Ley de Presupuestos del Sector Público contemplará, anualmente, recursos para la realización de estudios sobre el pluralismo en el sistema informativo nacional, los que serán asignados mediante concurso público por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica.”

Artículo 37: “Para efectos de lo dispuesto en el decreto ley N° 211, de 1973, se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones, que tienden a impedir la libre competencia, los que entraben la producción de informaciones, el transporte, la distribución, circulación, el avisaje y la comercialización de los medios de comunicación.”

“Para lo señalado en el artículo primero del decreto ley N° 211, se reputarán artículos o servicios esenciales los pertinentes a la operación o mantención de los medios de comunicación social.”

Artículo 38: “Cualquier hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad o control de un medio de comunicación social deberá ser informado a la Fiscalía Nacional Económica según corresponda, dentro de treinta días de ejecutado.”

“Con todo, tratándose de medios de comunicación social sujetos al sistema de concesión otorgada por el Estado, el hecho o acto relevante deberá contar, previo a su perfeccionamiento, con informe de la Fiscalía Nacional Económica referido a su efecto sobre la competencia, la que deberá emitirlo dentro de los treinta días siguientes a la recepción de los antecedentes.”

“En caso que el informe sea desfavorable, el Fiscal Nacional Económico deberá comunicarlo al Tribunal para efectos de lo dispuesto en el artículo 31 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción” *[iniciar el procedimiento para conocer de posibles violaciones de la libre competencia en contratos y para fijar condiciones que deben cumplirse en los contratos respectivos].*

“De no evacuarse el informe dentro del referido plazo, se entenderá que no amerita objeción alguna por parte de la Fiscalía.”

Ley 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión, modificada por la Ley 19.131.
Art. 1: “Corresponderá a este Consejo velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, y, para tal fin, tendrá su supervigilancia y fiscalización, en cuanto al contenido de las emisiones que a través de ellos se efectúen, en conformidad con las normas de esta ley.”

“Se entenderá por correcto funcionamiento de esos servicios el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico.”

Ley 19.132 que crea la Empresa Televisión Nacional de Chile

Art. 3: “El pluralismo y la objetividad deberán manifestarse en toda su programación y, muy especialmente, en los noticieros, programas de análisis o debate político.”

Art. 4, a): “Un Director de libre designación del Presidente de la República, cuya idoneidad garantice el debido pluralismo en el funcionamiento de la Corporación, y que se desempeñará como Presidente del mismo.”

Art. 4, inciso 4º: “En toda nueva proposición el Presidente deberá mantener el pluralismo de la integración.”

Art. 4, inciso 5º: “En caso de rechazarse en su conjunto, el Presidente, manteniendo estrictamente el pluralismo de la integración, someterá al Senado una nueva proposición ...”

4. *Evolución reciente*

La cuestión del pluralismo en los medios reapareció en la agenda legislativa chilena a fines de 2008, cuando el gobierno de la Presidenta Bachelet inició dos proyectos de ley relativos a la televisión.

El primero modifica la ley N° 19.132 de Televisión Nacional de Chile con propósito, en las palabras de su fundamentación, de “profundizar el rol de Televisión Nacional de Chile en su misión de televisión pública, consistente fundamentalmente en promover la diversidad, el desarrollo cultural y regional, la integración nacional e internacional, y la educación cívica de la población.”¹⁷⁶ El proyecto menciona específicamente el fomento del pluralismo como un objetivo central de la televisión nacional (Art. 3º) y contiene disposiciones sobre financiamiento tendientes a otorgar mayor flexibilidad al manejo presupuestario. En particular le da a Televisión Nacional la posibilidad de recibir recursos fiscales y de instituciones públicas para iniciativas de bien común, así como obtener créditos con autorización del Ministerio de Hacienda. Esencialmente, sin embargo, no altera el régimen de autofinanciamiento que ha sido criticado como limitativo de la función pública y pluralista del canal. El proyecto no ha suscitado un debate público importante, en parte por el carácter más bien modesto de los cambios que introduce.¹⁷⁷

Por la inversa, el otro proyecto ha resultado más controvertido. Su finalidad es permitir la introducción en Chile de la televisión digital terrestre.¹⁷⁸ Sus objetivos específicos son, por un lado, “que la digitalización efectiva de nuestras señales televisivas se consiga en el menor tiempo y con la mayor cobertura y calidad posibles”; y por otro, responder

¹⁷⁶ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.132 de Televisión Nacional de Chile, 27 de Octubre de 2008.-

Mensaje N° 943-356/, p. 3.

¹⁷⁷ GERBER (2011a).

¹⁷⁸ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, con el que inicia un proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre, Santiago, octubre 24 de 2008 Mensaje N° 942-356.

a la demanda de los chilenos de “una mayor calidad y diversidad en la televisión; que represente las distintas realidades del país, que informe no solamente de los temas nacionales, sino también acerca de materias regionales y locales; una televisión más enfocada en sus aspiraciones, que contribuya al desarrollo cultural y al perfeccionamiento de los derechos y libertades asociadas a la expresión e información”.¹⁷⁹

El proyecto y su tramitación parlamentaria fueron objeto de crítica entre las ONG y activistas interesados en la comunicaciones y ella se centró en lo que se percibió como un sesgo tecnocrático, que privilegiaba el primero de los dos objetivos específicos. En particular, hubo rechazo a la decisión del Senado de abril de 2010 de no enviar el proyecto a la consideración de la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Corporación, limitando el informe de Comisiones a las de Hacienda y Transporte y Telecomunicaciones. La presión de las ONG y de un número de Senadores consiguió abrir un tanto el debate. Se conformó una “Mesa de Ciudadanía y TV Digital” como “una plataforma que reúne a diferentes organizaciones sociales interesadas en las posibilidades que presenta el advenimiento a la TV digital para la democratización de las comunicaciones, el acceso de nuevos actores al mercado televisivo, el mejoramiento de los contenidos de la TV chilena, entre otras materias de interés.”¹⁸⁰

La Mesa, conjuntamente con otra ONG, el Observatorio de Medios Fucatel, formularon un conjunto de recomendaciones al Senado entre cuyos objetivos principales figura el usar la nueva legislación para reforzar el pluralismo. Entre ellas se incluyen: Transportador público: el Estado debe garantizar que exista un Canal de Televisión de Cobertura Nacional que transmita exclusivamente televisión educativa, cultural y comunitaria; Modificación de la composición de los integrantes del Consejo Nacional de Televisión (CNTV) y del Directorio de Televisión Nacional (TVN) incorporando representantes de la producción independiente, las universidades y organizaciones sociales afines; Concesiones comunitarias a personas jurídicas sin fines de lucro que velen por la promoción del desarrollo social y local, como del capital social y comunitario; Desconcentración de la propiedad de las concesiones de televisión: nadie puede tener más de una concesión de utilización de espectro electromagnético en la misma zona de cobertura; Reserva del espectro: el Estado debe asegurar, por la vía de la reserva, que el 40% del total del espectro se destine a la transmisión de televisión educativa, cultural y comunitaria y que al menos un 40% de la programación corresponda a creaciones audiovisuales de autores nacionales de producción independiente.¹⁸¹

Los dos proyectos continúan en trámite parlamentario.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁸⁰ GERBER (2011b) p. 179.

¹⁸¹ *Ibid.* pp. 182-183.

VII. Reflexiones finales: ¿un régimen específico de pluralismo en los medios para Chile?

Acabamos de indicar que, contrariamente a la vasta mayoría de las democracias desarrolladas, Chile no dispone de una normativa específica para asegurar el pluralismo en los medios de comunicación. El ingreso del país a la OECD en enero de 2010 en alguna medida reabre la cuestión de la procedencia de incorporar dicha normativa; uno de los principales argumentos a favor del ingreso fue que daba la posibilidad para Chile de “adecuar y modernizar su legislación, sus instituciones, sus prácticas, sus estadísticas, con miras a alcanzar sus más altos estándares internacionales en estas materias”.¹⁸²

Ello, sin embargo, plantea dos preguntas: ¿cuán relevante es la cuestión para el proceso democrático chileno en la actual coyuntura? Y, dada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional indicada arriba, ¿cuáles son las limitaciones constitucionales a tal esfuerzo?

La temática del pluralismo en los medios de comunicación no ha figurado de manera prominente en el debate público en los últimos años.¹⁸³ Por otro lado, el período reciente sí ha sido testigo de la apertura de un debate intenso acerca del modelo de sociedad y de democracia actuales, su funcionamiento, sus deficiencias y la búsqueda de modelos alternativos. Ese debate recién comienza, pero ya ha quedado clara la profunda alienación de la gran mayoría de la ciudadanía con respecto a la situación actual. El Estudio Nacional de Opinión Pública de noviembre-diciembre de 2011 realizado por el Centro de Estudios Públicos indica que solamente el 16% de la ciudadanía cree que la democracia en Chile funciona bien; la desafección, además, va en aumento: en septiembre-octubre de 2010 el porcentaje había sido 26%.¹⁸⁴

Si se vincula esta respuesta con la información entregada arriba sobre actitudes acerca de la influencia de los poderosos sobre los medios de comunicación parece razonable pensar que en algún momento el debate sobre el futuro de la democracia en Chile va a tocar los temas del pluralismo, la propiedad de los medios de comunicación y el derecho a la información.

De ser así —nuestra segunda pregunta—: ¿es posible pensar en propuestas que permitan enfrentar esta temática dado el fallo del Tribunal Constitucional?

Una respuesta categórica en el sentido negativo es proporcionada por el profesor Francisco Zúñiga Urbina, quien se refiere a “la clausura contramayoritaria del

¹⁸² PONIACHICK (2009).

¹⁸³ GERBER (2011b), p. 175.

¹⁸⁴ CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS (2011) p. 43.

pluralismo informativo y de la regulación de la concentración (propiedad y control) de los medios de comunicación social referidos a los citados artículos 9º y 43 del proyecto de ley impugnado ante el Tribunal Constitucional”.¹⁸⁵

Coincidiendo con dicha evaluación, la introducción de normativas sobre el derecho a la información, el pluralismo y la propiedad de los medios exigiría una reversión por el Tribunal de la doctrina sentada en el fallo analizado. Ello puede fundamentarse, para empezar, en deficiencias del fallo que hacen que, aun en sus propios términos, la doctrina sea menos absoluta que lo que el lenguaje del fallo implica; y, más fundamentalmente, en un replanteamiento de fondo del enfoque hermenéutico que está en la base del fallo.

1. Las deficiencias del fallo y sus flexibilidades posibles

A. Obligaciones de contenido

El fallo parece excluir categóricamente la posibilidad de establecer por la vía legal ninguna obligación de contenido para los medios del tipo de las propuestas en las indicaciones al Art. 9 y al Art. 20 del proyecto. En efecto lo que se sostiene es que cualquiera imposición de ese tipo sería por definición violatoria del Art. 1, inciso 3º, y de los Nº. 12, 20, 24 y 29 del Art. 19.

Sin embargo, el fallo al mismo tiempo reconoce que es posible establecer por la vía legal obligaciones de informar para salvaguardar un bien jurídico protegido por la Constitución, como por ejemplo, la honra. Al respecto, indica: “hay derechos que los reconoce la ley como, por ejemplo, el derecho de réplica antes de la reforma de la Carta de 1925, que era de jerarquía legal y nunca se alegó su inconstitucionalidad por ser de rango legal.” Este razonamiento podría concebiblemente aplicarse a otros bienes jurídicos protegidos por la Constitución para validar la imposición de obligaciones de informar.

Por otra parte, el propio Tribunal ha sostenido en el pasado que la prohibición de imponer por la vía legal obligaciones de contenido no es aplicable al caso de la televisión. En 1988 el Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad del proyecto modificatorio de la Ley Nº 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, que en su Art. 31bis imponía a los canales de televisión de recepción abierta la obligación de destinar, gratuitamente, determinados espacios de tiempo de sus transmisiones a propaganda electoral “a fin de que las diversas corrientes de opinión

¹⁸⁵ ZÚÑIGA URBINA (2008) p. 195. Zúñiga agrega que esa clausura “no sólo da cuenta de una lectura ideológicamente sesgada de la Constitución (que en los escoramientos conservadores y neoliberales prefiere la tutela de los derechos fundamentales de contenido patrimonial) sino que sacrifica a una lectura de la Constitución de cuño neoliberal a las definiciones (fundamentales tan caras al orden republicano democrático.”

puedan, equitativa e igualitariamente, exponer sus posiciones con fines electorales para una debida y adecuada información del país”, así como la prohibición de transmitir cualquiera otra propaganda electoral, gratuita u onerosa.¹⁸⁶ El problema era si estas obligaciones y limitaciones impuestas a los canales infringen la preceptiva constitucional “ya sea por crear una discriminación arbitraria en su contra, por conculcar su libertad de información o, en fin, por vulnerar el derecho de propiedad sobre sus bienes”.¹⁸⁷

En ese caso el Tribunal dictaminó que las normas en cuestión no eran inconstitucionales, dado que los canales de televisión son beneficiarios de una concesión exclusiva del Estado y la imposición de obligaciones “se justifica plenamente tanto como una justa contrapartida al derecho selectivo que se otorga, cuanto porque ellas en definitiva las exige el interés general de la colectividad, a fin de dar una estricta aplicación al precepto del artículo 18 de la Carta Fundamental, en orden a que la ley garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los partidos políticos en la participación de los procesos electorales y plebiscitarios, igualdad que, obviamente, no se conseguiría si la ley permitiera un uso ilimitado de la televisión en períodos electorales.”¹⁸⁸ Dentro de la propia lógica del fallo, este argumento, nuevamente, podría aplicarse a otros casos en que el interés nacional exigiera la imposición a los canales de televisión de obligaciones de informar.

B. Concentración de la propiedad de los medios

Con relación a las disposiciones que limitan la concentración de la propiedad de los medios de comunicación, el fallo también parece negar enteramente esa posibilidad como violatoria del derecho de emprender, de la libertad de adquirir el dominio y del derecho de propiedad. Aunque reconoce que en el caso de estos dos últimos existen excepciones basadas respectivamente en la función social de la propiedad, que a su vez comprende “cuanto exijan los intereses generales de la Nación” (Art. 19, N° 24, inciso 2°; y en lo que “exija el interés nacional” (Art. 19, N° 23, inciso 2°) el objetivo del pluralismo en los medios se considera fuera de las circunstancias que autorizan la restricción.

El fallo no define qué se entiende por “intereses generales de la Nación”, pero parece claro que su concepción es considerablemente más restringida que la de la Corte Suprema. Esta última en una sentencia de 2004 define el concepto como sigue:

“Los intereses generales de la Nación” expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera, y jamás, por importante

¹⁸⁶ Rol N° 56-88, 9 de agosto de 1988, Considerando 5°.

¹⁸⁷ *Ibid.*, Considerando 7.

¹⁸⁸ *Ibid.*, Considerando 12.

que sea, con un sector de ella, y que *se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada*, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden.”(cursivas del autor).¹⁸⁹

Difícilmente podría afirmarse que el buen funcionamiento del sistema democrático no esté incluido en esta definición. Adoptar, por consiguiente, la definición de la Corte Suprema abriría flexibilidades en relación con restricciones relativas a la concentración de la propiedad de los medios.

C. La implicaciones del régimen de protección de la libre competencia

La insistencia del fallo en que el Art. 19, N° 26, excluye toda posibilidad de restringir el uso de la propiedad, el acceso a ella o de limitar las actividades que pueden ser emprendidas —en la medida en que se afectaría la esencia de los derechos respectivos— está en contradicción con la existencia y funcionamiento del régimen de protección de la libre competencia.¹⁹⁰ En efecto dicha normativa prohíbe actividades económicas que no son en sí ilegales —por ejemplo, limitar la producción, que es claramente un atributo de la propiedad de las empresas—. La Constitución, por cierto, no hace referencia alguna a la competencia económica ni al libre mercado; la libre competencia como bien jurídico protegido no es sino una inferencia a partir del tenor global del texto constitucional y de la filosofía que lo impregna. No obstante, la normativa sobre libre competencia no ha sido cuestionada en razón de inconstitucionalidad.

La existencia y el funcionamiento del régimen de protección de la libre competencia proporciona asimismo la refutación de otro de los argumentos del fallo para limitar la concentración de la propiedad de los medios. En el fallo se afirma que las limitaciones o restricciones a un derecho constitucional “deben ser señaladas con absoluta precisión, a fin de que no sea factible una incorrecta o contradictoria interpretación. Asimismo, esa exigida precisión debe permitir la aplicación de las restricciones impuestas de una manera igual para todos los afectados, con parámetros incuestionables y con una indubitable determinación del momento en que aquellas limitaciones nacen o cesan.”

Por el contrario, prosigue el fallo, “el artículo 43, inciso segundo, del proyecto impugnado, carece de los elementos esenciales necesarios para establecer una restricción, según se ha expresado en el considerando anterior. El elemento

¹⁸⁹ Corte Suprema de Chile. Sentencia de inaplicabilidad sobre la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales, 18 de junio de 2004. Considerando 6. inciso 3º.

¹⁹⁰ DFL 1 de 18 de octubre de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211 de 1973, modificado por Ley 19.911 de 14 de noviembre de 2003.

referencial que emplea ese artículo, cual es el del control de un segmento del mercado informativo o de un porcentual de la distribución de publicaciones, corresponde a datos eminentemente cambiantes día a día y están sujetos a la libre voluntad, decisión y opción de quienes cada vez compran o adquieren las publicaciones, sintonizan las emisiones radiales o seleccionan el medio audiovisual de su soberana elección. Estos destinatarios de la información configuran así un universo de magnitud eminentemente variable, resultando de esta manera igualmente variable día a día y momento a momento la magnitud de cualquier porcentaje calculable sobre aquél.”

Este argumento implica en efecto que es imposible medir la lectoría de la prensa o la audiencia de la radio o la televisión, lo que es obviamente insostenible empíricamente; en todos los países de la OCDE que tienen normativas sobre concentración de la propiedad de los medios existen referentes cuantitativos que son manejados rutinariamente por los organismos a cargo de la implementación sin que surjan los problemas de indefinición o imprecisión que el fallo supone. Otro tanto sucede en Chile en el trabajo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Solamente como ejemplo, la Resolución 20/2007 del Tribunal, de fecha 27 de julio de 2007 contiene un cuadro titulado *Participación en la Audiencia Total por Radio/Grupo por Ciudad. Enero-Junio 2006* que ilustra el grado de detalle estadístico con que se puede medir la audiencia radial en un período determinado.¹⁹¹

2. Un enfoque alternativo

Al margen de las deficiencias señaladas, es claro que el fallo es coherente con una concepción hermenéutica perfectamente respetable, pero, pensamos, totalmente fuera de lugar en la problemática que analizamos.

El fallo adopta un enfoque “originalista”. Se recordará que dicho enfoque define el sentido de la Constitución en términos de la intención del constituyente, pudiendo ésta ser la intención subjetiva o la llamada intención objetivada, es decir el texto de la Constitución entendido como se habría entendido razonablemente al momento de su adopción.¹⁹²

El fallo adopta este enfoque en un doble sentido: por un lado, privilegia la historia fidedigna definida en términos de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva

¹⁹¹ Resolución 20/2007 de 27 de julio de 2007.

¹⁹² La expresión proviene de la tradición jurídica de Estados Unidos y tiene una vasta bibliografía. Un agudo resumen de la problemática se encuentra en DWORKIN (1997). Para la aplicación del concepto al contexto chileno, ver VERDUGO (1995) y MUÑOZ LEÓN (2007).

Constitución Política del Estado como expresión de la voluntad del constituyente; y por otro, encuadra toda la interpretación en el marco ideológico prevaleciente al momento de la dictación de la Constitución, es decir una concepción individualista y economicista: la sociedad como colección de individuos (actuando solos o en pequeños grupos) y el individuo como *homo economicus* más que ente social y ciudadano participante. La democracia está esencialmente ausente en este enfoque.¹⁹³

Ambas aproximaciones son insostenibles. Por un lado, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política era un ente exclusivamente consultivo, sin procedimientos de deliberación estructurados, cuya función fue elaborar un anteproyecto, el que fue sometido al Consejo de Estado, que a su vez elaboró un proyecto de Constitución. Éste paso luego a la Junta de Gobierno, como el organismo decisorio, el “constituyente”. No puede decirse, por consiguiente, que las Actas de la Comisión constituyan por sí solas la “historia fidedigna” para efectos de la interpretación de la Constitución.¹⁹⁴

El enfoque originalista no es aplicable por una segunda razón. La Constitución fue discutida y aprobada en el periodo inmediatamente posterior al derrocamiento del gobierno constitucional y su reemplazo por la dictadura militar. No existían en el país ni estructuras ni procesos democráticos de ninguna índole; no había otros medios de comunicación que los aceptables al régimen. La Constitución fue preparada en secreto por estructuras no elegidas y fue aprobada en un plebiscito realizado en estado de sitio, sin registros electorales y sin control ciudadano. A las 29 Disposiciones Transitorias de la Constitución –en efecto un régimen de excepción con suspensión de los derechos políticos y las garantías constitucionales– se les otorgó prelación con respecto a las otras normas constitucionales. El pensamiento oficial era abiertamente hostil a la democracia y a la participación ciudadana en la toma de decisión política. Es por consiguiente una contradicción el recurrir a la visión del mundo y de la sociedad dominante en esos momentos para interpretar los preceptos de la Constitución que tienen que ver con el funcionamiento del sistema democrático.

Lo que se requiere es una nueva interpretación que, a partir del texto de la Constitución tomado como un todo y del rescate del lugar central del *ethos* democrático en la sociedad chilena de hoy, abra la puerta a la adopción de normativas sobre pluralismo en los medios.

El punto de partida debe ser el énfasis en la centralidad del objetivo democrático. Para ello los cimientos textuales son claros. En el Capítulo I, Bases de la Institucionalidad, el Art. 4 proclama que “Chile es una república democrática.” El Art. 15, inciso 5° establece que los estatutos de los partidos políticos “deberán contemplar las normas que aseguren una efectiva democracia interna”; y el inciso 6° “garantiza el pluralismo político” y declara inconstitucionales a “los partidos, movimientos u otras formas de

¹⁹³ La palabra “democracia” no es usada ni una sola vez en los considerandos del fallo del Tribunal.

¹⁹⁴ PFEFFER URQUIAGA (1999); VALENZUELA SOMARRIVA (2006).

organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional”.

Este reconocimiento fundamental permite incorporar al proceso interpretativo las contribuciones de la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas a la teoría democrática, y en particular el concepto de derecho a la información como un componente esencial del sistema democrático.

Particularmente importante a este respecto es recordar que el Art. 5, inciso 2º, igualmente parte del Capítulo sobre Bases de la Institucionalidad, establece el deber del Estado de “respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” Entre esos tratados figura la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José. Como ya se ha indicado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que el Art. 13 de la Convención contempla el derecho a la información. La declaración se hizo en una Opinión Consultiva, que no tiene efecto vinculante; no obstante, como la propia Corte ha señalado:

el ejercicio de la función consultiva que le confiere la Convención Americana es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el Reglamento de la Corte, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los “Estados Miembros”, los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento.¹⁹⁵

Como mínimo, puede afirmarse que las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana tienen un efecto moral persuasivo que hace que invariablemente sean acatadas por los gobiernos.¹⁹⁶ El pronunciamiento de la Corte sobre el derecho a la información allega por consiguiente fuerza adicional a la tesis de que dicho derecho debe ser reconocido en la normativa nacional.

Sobre la base de ese reconocimiento, las objeciones expresadas en el fallo del Tribunal Constitucional pierden eficacia. El derecho a la información como componente central de los intereses generales de la nación y del interés nacional en promover y desarrollar la democracia permite obviar objeciones respecto a limitaciones al derecho de propiedad

¹⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (97), párrafo 26, p. 9.

¹⁹⁶ El jurista y magistrado argentino Juan Carlos Hitters escribe: “cuando se pretende saber si tales dictámenes [las Opiniones Consultivas] son o no vinculantes, ..., si bien es cierto que en principio la respuesta parece ser negativa, no lo es menos que en la realidad estos pronunciamientos originan un efecto similar al de la jurisdicción comenciosa, ya que son voluntariamente acatados por sus destinatarios, sin reparos.” HITTERS (2008) p. 149.

y a la libertad de adquirir el dominio, cuyo objeto sea preservar el pluralismo en los medios. En tanto bien jurídico protegido, el pluralismo en la información permitiría asimismo limitar el derecho a desarrollar actividades económicas en el sector de los medios que atenten en su contra, con la misma racionalidad con que se admite la normativa pro-libre competencia. Dentro de márgenes razonables, haría posible también imponer obligaciones de contenido, siguiendo la misma lógica de la relación entre el derecho de rectificación y el bien jurídico de la honra de las personas. Y la presunta desigualdad ante las cargas públicas no sería más injustificada que la existencia de impuestos específicos a sectores económicos como la minería, cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada.

¿Cuán compatible con una interpretación armónica y sistemática del conjunto de la Constitución es el reconocimiento del derecho a la información que estamos proponiendo?¹⁹⁷

La mejor respuesta la ha dado Jaime Guzmán, quien, como el principal teórico político-jurídico del régimen militar y de la Constitución de 1980, parece especialmente autorizado para juzgar si el derecho a la información tiene cabida en el marco constitucional.

En efecto, fue Jaime Guzmán quien propuso la inclusión de normas sobre el derecho a la información en el anteproyecto de la Comisión Consultiva. El texto propuesto por él fue el siguiente:

La Constitución asegura a todas las personas:

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

Es deber de la comunidad nacional colaborar al ejercicio de este derecho y es obligación del Estado contribuir a su desarrollo y perfeccionamiento.¹⁹⁸

Fundamentando su proposición, Jaime Guzmán utilizó un lenguaje que podría ser suscrito sin reservas por los defensores del enfoque democrático del pluralismo en los medios:

ha nacido el derecho de la comunidad a ser informada, derecho que, naturalmente, tiene sentido y verdadera relevancia cuanto más progresan los medios de comunicación social. Este derecho a ser informado es una cosa que no figuraba en las constituciones antiguas o tradicionales, como

¹⁹⁷ "La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía". Rol N° 33-85, 24 de septiembre de 1985, Considerando 19.

¹⁹⁸ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO (1973-78), Tomo VII, sesiones N° 227 y N° 233, pp. 403 y 586.

reveladora del énfasis que se ponía respecto de que lo que se deseaba garantizar era la libertad del que quería informar u opinar. Pero sin discusión hoy día —también ha sido opinión, en debates anteriores, de los miembros de la Comisión que éstos han ido manifestando; es también un punto del cual ya incluso el Concilio Vaticano II se ocupó desde el punto de vista de la postura de la Iglesia; es un tema que muchas Constituciones o al menos tratadistas modernos abordan—, debe consagrarse el derecho a ser informado.¹⁹⁹

Bibliografía citada

- ACHAP/Megatime, *Inversión 2008. Inversión publicitaria*, Santiago, febrero de 2009. Disponible en: http://www.achap.cl/documentos/INV_2008.ppt (éste y todos los demás textos electrónicos fueron consultados el 10 de enero de 2011).
- ACKERMAN, Seth (2001): "The Most Biased Name in News. Fox News Channel's extraordinary right-wing tilt", en: *Fair*, July-August. Disponible en <http://www.fair.org/index.php?page=1067>
- AITKEN, Robin (2007): *Can we Trust the BCC?*, Continuum, London.
- ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA PRENSA (2011): *Diarios. Lectoría Total (Papel + Digital) Primer semestre de 2011*. Disponible en: http://www.anp.cl/estadisticas/diarios_1_semestre_2011_lectoria_netto.pdf
- BAKER, C. Edwin (2002a): *Media, Markets, and Democracy*. Cambridge University Press, Cambridge, U.K.
- BAKER, C. Edwin (2002b): "Media Concentration: Giving up on Democracy", en: *Florida Law Review*, Vol. 54, No. 5, December, pp. 839-919.
- BAKER, C. Edwin (2007): *Media Concentration and Democracy: Why Ownership Matters*, Cambridge University Press, Cambridge, U.K.
- BBC NEWS (2011): "News of the World to close amid hacking scandal", 7 July 2011. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/uk-14070733>
- BBC NEWS BUSINESS (2011): "Rupert Murdoch BSkyB takeover gets government go-ahead", 3 March 2011. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/business-12631875>
- BBC TRUST (sf): *Purpose plan for delivering the BBC public purpose: Sustaining citizenship and civil society*, p. 3. Disponible en: http://www.bbc.co.uk/aboutthebbc/purpose/public_purposes/pdf/purpose_plan_citizenship.pdf
- BELMAS, Genelle y OVERBECK, Wayne (2011): *Major Principles of Media Law*, 2011 Edition, Wadsworth Cengage Learning.

¹⁹⁹ *Ibid.*, sesión N° 227, p. 407.

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2001): *Historia de la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del Periodismo*, 04 de junio, 2001. Disponible en: <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>
- CÁMARA DE DIPUTADOS (2007): *Informe de la Comisión Especial investigadora sobre avisaje del Estado*. Disponible en: www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=59&prmTIPO=INVESTIGAFIN
- CANDEUB, Adam (2008): "Media Ownership Regulation, the First Amendment, and Democracy's Future", en: *University of California Davis Law Review*, Vol. 41, No. 4, April, pp. 1547-1611. Disponible en: http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/41/4/articles/41-4_Candeub.pdf
- CATALÁN, Carlos y SUNKEL, Guillermo (1991): "Comunicaciones y Democracia en Chile", *Diálogos de la Comunicación*, N° 29, Lima, marzo. Disponible en: <http://www.dialogosfelafacs.net/revista/upload/primepoca/pdf/29-08Guillermo-Sunkel.pdf>
- CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS (2011): *Estudio Nacional de Opinión Pública N° 6, Noviembre-diciembre 2011*. Disponible en: <http://static.latercera.com/20111229/1436667.pdf>
- COASE, Ronald H. (1974): "The Market for Goods and the Market for Ideas", en: *The American Economic Review*, Vol. 64, No. 2, May, pp. 384-391.
- COASE, Ronald H. (1992): "El mercado de los bienes y el mercado de las ideas", en: *Estudios Públicos*, Santiago, Chile, No 45, pp. 135-145.
- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO (1973-1978): *Actas Oficiales*. Disponibles en: http://www.bcn.cl/lc/politica/actas_oficiales-r
- COMISIÓN EUROPEA (2007): *Pluralismo en los medios de comunicación: la Comisión subraya la necesidad de transparencia, libertad y diversidad en los medios de comunicación europeos*, Comunicado de Prensa, Bruselas, 16 de enero de 2007. Disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/152&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en>
- COMISIÓN EUROPEA (2011): *Agenda Digital: Creación de un Grupo de debate de alto nivel sobre el pluralismo y la libertad de los medios de comunicación en la UE*, Comunicado de Prensa, 11 de octubre de 2011. Disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1173&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>
- COMMISSION CHARGÉE D' EXAMINER LES PROBLÈMES DE CONCENTRATION DANS LE DOMAINE DES MÉDIAS (2005): *Rapport au Premier ministre sur les problèmes de concentration dans le domaine des médias*, Décembre. Disponible en: http://www.ddm.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_lancelot.pdf

- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (2007): *Media pluralism in the Member States of the European Union*, Commission Staff Working Document, SEC(2007) 32, Brussels, 16 January 2007. Disponible en: http://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/doc/pluralism/media_pluralism_swp_en.pdf
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (1992): *Pluralism and Media Concentration in the Internal Market. An assessment of the need for Community Action*, Commission Green Paper, COM(92)80 Final, Brussels, 23 December. Disponible en: http://aei.pitt.edu/1156/1/pluralism_gp_COM_92_480.pdf.
- COMPAINE, Benjamin M. y GOMERY, Douglas (2000): *Who owns the media?: competition and concentration in the mass media industry*, Psychology Press.
- CONN, Paul H. (1973): "Social Pluralism and Democracy", en: *American Journal of Political Science*, Vol. 17, No. 2, May, pp. 237-254.
- CORRALES JORQUERA, Osvaldo y SANDOVAL MOYA, Juan (2005): *Concentración del mercado de los medios de comunicación, pluralismo y libertad de expresión*, Santiago, Fundación Chile 21, Colección Ideas Año 5, No. 53, mayo. Disponible en: <http://www.chile21.cl/temas/publicaciones/coleccion-ideas/page/12/>)
- COUNCIL OF EUROPE (2002): *Media Diversity in Europe*, Report prepared by the Advisory Panel on Media Diversity for the Steering Committee on the Mass Media on media concentrations, pluralism and diversity questions, Strasbourg, December. Disponible en http://archiv2.medienhilfe.ch/topics/Diversity/CoE_MediaDiversity.pdf
- DAHL, Robert A. (1978): "Pluralism Revisited", en: *Comparative Politics*, Vol. 10, No. 2, January, pp. 191-203
- DCMS (2001): *Jowell Announces Consultation Paper on Media Ownership*, 22 October. Disponible en <http://www.cpb.org.uk/body.php?subject=gov&id=91&f=1>
- DERIEUX, Emmanuel (2001): *Le dispositif anticoncentration dans le secteur des médias en France*, Université Laval, Centre d'études sur les médias, février p. 6. Disponible en: <http://www.cem.ulaval.ca/pdf/CONCFrance.pdf>
- DOMMERING, Egbert (1997): "The Dutch Audiovisual Landscape: An Interesting European Case", en Santiago Muñoz Machado (ed.), *Derecho Europeo del Audiovisual*, Madrid, Tomo I, pp. 521-534,. Disponible en <http://www.ivir.nl/staff/dommering.html>
- DOUGLAS, Torin (2010): Media Correspondent, BBC News, "Analysis: Murdoch and media ownership in UK", *BBC News UK*, 22 December. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/uk-12062176>
- DOYLE, Gillian (2002): *Media Ownership: The Economics and Politics of Convergence and Concentration in the UK and European Media*, Sage.
- DWORKIN, Ronald: "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve", *Fordham Law Review*. Vol. 65, nº 4, 1249 (1997) pp. 1249-1268. Disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3328&context=flr>

- FOWLER, Mark S. y BRENNER, Daniel L. (1981): "A Marketplace Approach to Broadcast Regulation", *Texas Law Review*, Vol. 60, No. 1, December, pp. 209-210.
- FREEMAN, Des (2005): "Promoting Diversity and Pluralism in Contemporary Communication Policies in the United States and the United Kingdom", en: *International Journal on Media Management*, Vol. 7, No 1, pp. 16-23.
- FREEMAN, Des (2010): "A Note on Plurality", Goldsmith College, University of London, 2010. Disponible en: <http://www.gold.ac.uk/media/A%20Note%20on%20Plurality%20DF.pdf>
- GERBER, Elisabet (2011a): "Políticas de comunicación: bienes públicos, leyes privadas", en: *Barómetro de política y equidad, El primer año. Modelo para armar*, Santiago, Fundación Equitas/ Friedrich-Ebert-Stiftung, abril, pp. 194-203. Disponible en: <http://www.fundacionequitas.org/descargas/barometro/barometro02-10.pdf>
- GERBER, Elisabet (2011b): "Políticas de comunicación y TV Digital en Chile: la agenda por omisión", *Barómetro de política y equidad. Nuevos actores, nuevas banderas*, Fundación Equitas-Fundación Friedrich-Ebert, Santiago, octubre, pp. 174-191. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/08571.pdf>
- GRAY, John (1998): "Pluralismo de valores y tolerancia liberal", en: *Estudios Públicos*, No. 70, primavera de 1998, pp. 77-93.
- HILL, Brian C. (2006): "Measuring Media Market Diversity: Concentration, Importance, and Pluralism", p. 169-194, en: *Federal Communications Law Journal*, Vol. 58, No. 1, January.
- HITTERS, Juan Carlos (2008): "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº 10, julio-diciembre 2008, pp. 131-156.
- HUMAN RIGHTS WATCH (1998): *Los límites de la tolerancia: libertad de expresión y debate público en Chile*, LOM Ediciones, Santiago.
- HUNT, Jeremy (2010): *Speech to the Royal Television Society*, 28 September. Disponible en: http://www.culture.gov.uk/news/ministers_speeches/7447.aspx
- IOSIFIDES, Petros (1997): "Pluralism and Media Concentration Policy in the European Union", en: *Javnost – The Public*, Vol. 4, No. 1, 1997, pp. 85-104. Disponible en <http://www.javnost-thepublic.org/media/datotekel/iosifides-1-1997-6.pdf>.
- K.U.LEUVEN – ICRI (LEAD CONTRACTOR), JÖNKÖPING INTERNATIONAL BUSINESS SCHOOL – MMTIC, CENTRAL EUROPEAN UNIVERSITY – CMCS, ERNST & YOUNG CONSULTANCY BELGIUM (2009): *Independent Study on Indicators for Media Pluralism in the Member States – Towards a Risk-Based Approach*, Prepared for the European Commission Directorate-General Information Society and Media, Leuven, April.

- LE POINT (2005): "Chirac-Sarkozy: Les-médias dans la mire", París, 27 enero 2005. Disponible en: <http://www.lepoint.fr/actualites-politique/2007-01-17/chirac-sarkozy-les-medias-dans-la-mire/917/0/35139>
- LLORENS-MALUQUER, Carlos (2001): *Concentración de empresas de comunicación y el pluralismo: la acción de la UE*, UAB, Barcelona. Disponible en: <http://tdx.cat/handle/10803/4095>
- MCCHESENEY, Robert W. (1996): "The Internet and U. S. Communication Policy-Making in Historical and Critical Perspective", en: *Journal of Computer-Mediated Communication*, Vol. 1, No. 4, March. Disponible en: <http://jcmc.indiana.edu/vol1/issue4/mccchesney.html>
- MCCHESENEY, Robert W. (2001): "Media corporations versus democracy: a response to Benjamin Compaine", *opendemocracy*, 14 November. Disponible en http://www.opendemocracy.net/media-globalmediaownership/article_60.jsp
- MCCHESENEY, Robert W. (2008): *The Political Economy of Media*, Monthly Review Press.
- MILL, John Stuart (2010): *On liberty and other essays*, Digireads.com Publishing.
- MILL, John Stuart (2004): *Sobre la libertad*, Editorial Edaf, Madrid.
- MILTON, John (2002): *Un discurso del Sr. John Milton al Parlamento de Inglaterra sobre la libertad de impresión sin censura* (1644), Fondo de Cultura Económica, México.
- MILTON, John (2008): *Areopagitica: A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England*, Maryland, Arc Manor, Rockville. Disponible en <http://www.fullbooks.com/Areopagitica.html>
- MONCKEBERG, María Olivia (2009): *Los magnates de la prensa: concentración de los medios de comunicación en Chile*, Editorial Debate, Santiago.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2007): "La interpretación originalista de nuestra Constitución: ¿es posible y deseable?" en: *Revista de Derecho Público*, N° 69, Tomo II.
- MURDOCH, Rupert (2009): "The future of journalism is more promising than ever", en: *Press Gazette*, 3 December. Disponible en <http://www.pressgazette.co.uk/story.asp?storycode=44737>
- NADLER, Tony (2007): "Measuring Media Diversity for 'The Marketplace of Ideas'", trabajo presentado a la reunión de la 93a Convención Anual de la Asociación Nacional de Comunicaciones, Chicago, Ill., 15 de noviembre de 2007. Disponible en http://citation.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/1/8/9/5/7/pages189574/p189574-1.php
- NAPOLI, Philip M. (1999a): "Deconstructing the Diversity Principle", en: *Journal of Communication*, Volume 49, No. 4, December 1999, pp. 7-34.
- NAPOLI, Philip M. (1999b): "The Marketplace of Ideas Metaphor in Communications Regulation", en: *Journal of Communication*, Vol. 49, N° 4, December, pp. 151-169.

- NAPOLI, Philip M. (2011): "Exposure Diversity Reconsidered", en: *Journal of Information Policy*, Vol. 1, pp. 246-259.
- NIEUWENHUIS, Aernout (2007): "The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights", Disponible en: *European Constitutional Law Review*, No. 3, 2007, pp. 367-384.
- OFCOM (sf): *Guidance for the public interest test for media mergers*, Londres. Disponible en: http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/guidance/pi_test.pdf
- OFCOM (2006): *Review of Media Ownership Rules*, Londres, 14 November. Disponible en: http://postcomm.gov.uk/research/media_owners/rulesreview/rules.pdf
- OFCOM (2009): *Media Ownership Rules Review*, Londres, 31 July 2009. Disponible en: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/morr/summary/morrcondoc.pdf>
- OMINAMI, Carlos (2011): *Secretos de la Concertación. Recuerdos para el futuro*, La Tercera Ediciones, Santiago.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (2009): *OECD Communications Outlook 2009*, París.
- OWEN, Bruce M. (2004): "Confusing Success with Access: Correctly Measuring Concentration of Ownership and Control in Mass Media and Online Services", Stanford Law School, *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper* 283, May.
- PARTI SOCIALISTE (2011): *Garantir le pluralisme effectif des médias*, 29 mars 2011. Disponible en: http://www.ps57.fr/IMG/pdf/BN_22_mars_2011_medias.pdf
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (1999): "Análisis de los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional en Chile (período 1981-1990)", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, N° 41, mayo.
- PILGER, John (2010): "The BBC is on Murdoch's side", *New Statesman*, 30 September
- PONIACHICK Karen (2009): "Chile tiene una oportunidad única de ingresar al selecto grupo de la OCDE", *Fundación Chile 21*, 15 de mayo. Disponible en: <http://www.chile21.cl/2009/05/15/karen-poniachick-en-chile-21-%E2%80%9Cchile-tiene-una-oportunidad-unica-de-ingresar-al-selecto-grupo-de-la-ocde%E2%80%9D/>
- PORTALES C, Diego (1981): *Poder Económico y Libertad de Expresión. La industria de la comunicación chilena en la democracia y el autoritarismo*, México, Instituto Latinoamericano de Estudios Transnacionales, Editorial Nueva Imagen.
- POSNER, Richard. A. (2007): *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer for Aspen Publishers, Austin, Texas.
- POSNER, Richard. A. (1998): *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México.
- PRITCHARD David (2007): *Media Ownership Policy in the United States. An Update*, 2007. Disponible en: <http://www.cem.ulaval.ca/pdf/PropEtatsUnis.pdf>

- RAMÍREZ ACEVEDO, Mónica (1999): *La propiedad de la prensa en Chile como factor delimitante de la libertad de expresión*, Memoria de Título, Instituto de la Comunicación e Imagen, Universidad de Chile.
- REASON (1981): "Reason Interview: Mark S. Fowler", November.
- REUTERS (2007): "FCC votes to ease media ownership restrictions", 18 December. Disponible en <http://www.reuters.com/article/2007/12/18/us-media-fcc-idUSN1851363920071218>
- SUNKEL, Guillermo y GEOFFROY, Esteban (2001): *Concentración Económica de los Medios de Comunicación*, LOM Ediciones, Santiago.
- TAMBINI, Damien (2001): "Through with ownership rules? Media pluralism in the transition to digital", en: D. Tambini (ed.), *Communications: Revolution and reform*, Institute for Public Policy Research, London.
- THE GUARDIAN (2010): "British media join forces against Murdoch takeover of BSkyB", 11 October.
- THE GUARDIAN (2011a): "Media plurality: The law and its loopholes", Editorial, 4 March. Disponible en: <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2011/mar/04/media-plurality-law-loopholes-editorial>
- THE GUARDIAN (2011b) "Murdoch has too much political influence, say 60% in poll", *The Guardian*, 19 March. Disponible en: <http://www.guardian.co.uk/media/greenslade/2011/mar/19/rupert-murdoch-polls>
- THE TELEGRAPH (2011): "A body blow to the notion of a vibrant, diverse press", 3 March. Disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/politics/8360405/A-body-blow-to-the-notion-of-a-vibrant-diverse-press.html>
- UNITED KINGDOM PARLIAMENT, HOUSE OF LORDS (2010): *Media: Ownership. Debate*. Lord Puttnam, 4 November. Disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201011/ldhansrd/text/101104-0002.htm>
- UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE (sf): *The Herfindahl-Hirschman Index*, en <http://www.justice.gov/att/public/testimony/hhi.htm>
- UNIVERSITY OF MANCHESTER (sf): *Globalization, Regulatory Competition and Audiovisual Regulation in 5 Countries. Media Ownership Rules in the United Kingdom and Germany. 1. Media Pluralism Regulation in the UK: A Summary*. Disponible en: http://www.socialsciences.manchester.ac.uk/disciplines/politics/research/avregulation/media_ownership.htm
- VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio (2006): *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Contribución del Tribunal Constitucional a la institucionalización democrática*, Tribunal Constitucional, Chile.
- VERDUGO, Mario (1995): "La interpretación constitucional", *Gaceta Jurídica*, Santiago, N° 185.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2008): "Propiedad y control de los medios de comunicación social: Algunas notas sobre el Estatuto de la Radiodifusión", *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1.

Normas citadas

- Broadcasting Act 1990. Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/42/contents>
- Broadcasting Act 1996. Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/55/contents>
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 18 de diciembre de 2000. Disponible en:
http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- Communications Act 2003. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/contents>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>
- Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950. Disponible en: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CB-D20E595/0/ESP_CONV.pdf
- Declaration on the Freedom of Expression and Information, Council of Europe, Committee of Ministers, 29 April 1982, session 70th. Disponible en: <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=601273&SecMode=1&DocId=675536&Usage=2>
- DFL 1 de 18 de octubre de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211 de 1973 modificado por Ley 19.911 de 14 de noviembre de 2003. Disponible en: <http://www.economia.cl/2010/03/10/fija-texto-refundido-coordinado-y-sistematizado-del-dfl-211-de-1973.htm>
- Directiva 89/552/CEE del Consejo de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* 17.10.89, N° L 298/23. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1989:298:0023:0030:ES:PDF>
- Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. *Diario Oficial de la Unión Europea* 18.12.2007, N° L 332/27. Dispo-

nible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:332:0027:0045:ES:PDF>

Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, N° L 95/1, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (versión codificada), *Diario Oficial de la Unión Europea*. 15.4.2010, Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:095:0001:0024:ES:PDF>

Enterprise Act 2002. Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>

European Convention on Transfrontier Television, Strasbourg, 5.5.1989. Disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/132.htm>

Ley sobre Televisión Chilena, No. 17.377 de 24 de octubre de 1970.

Ley 18.838 de 30 de septiembre de 1989, que crea el Consejo Nacional de Televisión.

Ley 19.132 de 8 de abril de 1992, que crea la Empresa Televisión Nacional de Chile.

Ley 19.131 de 8 de abril de 1992 que Modifica Ley N° 18.838, sobre Consejo Nacional de Televisión.

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070722&dateTexte=20080312>

Loi n°84-937 du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000320890&dateTexte=>

Loi n°86-897 du 1 août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse. Versión final Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068976&dateTexte=20110324>

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard). Versión final. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068930&dateTexte=20110324>

Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, con el que inicia un proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre. Santiago, octubre 24 de 2008. Mensaje N° 942-356.

Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.132 de Televisión Nacional de Chile, 27 de octubre de 2008. Mensaje N° 943-356/.

Proposition de loi visant à réguler la concentration dans le secteur des médias, Assemblée Nationale, Treizième législature 7 octobre 2009. Disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion1958.asp>

- Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros, 1997, Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>
- Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Culturelles et de l'Éducation sur la proposition de loi de M. Jean-Marc Ayrault et plusieurs de ses collègues visant à réguler la concentration dans le secteur des médias (n° 1958), par M. Patrick Bloche, Asemblée Nationale, Treizième législature 10 novembre 2009. Disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2066.asp>
- Recommendation 834 (1978) on threats to the freedom of the press and television, Council of Europe Parliamentary Assembly (1978), 28 April 1978. Disponible en assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta78/erec834.htm
- Reglamento del Consejo de la EEC 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, 21 de diciembre de 1989. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1990:257:0013:0025:ES:PDF>
- Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking, United States Federal Communications Commission Washington D.C. July 2, 2003, Doc. FCC 03-127.
- Report and Order on Reconsideration, United States Federal Communications Commission, Washington D.C., 4 February 2008, Doc. FCC 07-216.
- Resolución A3-0153/92/Cor del Parlamento Europeo sobre la concentración de los medios de comunicación y el pluralismo, de 16 de septiembre de 1992, en: *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 2.11.92, N° 284/44, Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1992:284:0032:0088:ES:PDF>
- Resolución del Parlamento Europeo de 20 de noviembre de 2002 sobre la concentración de los medios de comunicación, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 29.01.04, N° C 25 E/ 205. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:025E:0205:0207:ES:PDF>
- Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de septiembre de 2008, sobre la concentración y el pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 14.01.2010, N° C 8 E/85. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:008E:0085:0094:ES:PDF>
- Resolution (74) 43 On Press Concentrations, Council of Europe Committee of Ministers (1974), 16 December 1974. Disponible en http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/res%281974%29043_FN.asp
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 25 de marzo de 1957), disponible en <http://www.iuee.eu/pdf-dossier/20/Rpf9mSjcpVwG-TqIToEus.PDF>
- Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:ES:PDF>

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional del Chile

(disponibles en: <http://www.tribunalconstitucional.cl>)

Rol N° 33-85, 24 de septiembre de 1985.

Rol N° 56-88, 9 de agosto de 1988.

Rol N° 226-95, 30 de octubre de 1995.

Corte Europea de Derechos Humanos

(disponibles en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=70651982&skin=hudoc-en>)

The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1) (1979) Solicitud No. 6538/74, 26 April 1979.

The Observer and Guardian v. The United Kingdom, Application no. 13585/88, 26 November 1991.

The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 2), Solicitud No. 13166/87, 26 November 1991.

Castells v. Spain, Solicitud No. 11798/85, 23 April 1992.

Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, Solicitud No. 13778/88, 25 June 1992.

Jersild V. Denmark, Solicitud No. 15890/89, 23 September 1994.

De Haes and Gijssels v. Belgium, Caso 7/1996/626/809, 24 February 1997.

Tribunales de Estados Unidos

Abrams v. US, 250 U.S. 616 (1919). Disponible en

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=250&invol=616>

Associated Press v. United States (1945). June 18, 1945, pp. 326 U.S. 1-60. Disponible en: <http://supreme.justia.com/us/326/1/case.html>

Prometheus Radio Project v. Federal Communications Commission, 373 F.3d 372 (2004). Disponible en <http://transition.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/03-3388-062404.pdf>

Prometheus Radio Project v. Federal Communications Commission; United States Of America (2011). En <http://www.ca3.uscourts.gov/opinarch/083078p.pdf>

Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. Federal Communications Commission (1969). June 9, 1969, No. 2, 395 U.S. 367-401. Disponible en: <http://supreme.justia.com/us/395/367/case.html>

Schurz Communications, Incorporated, et al. v. Federal Communications Commission and United States of America (1992), United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, November 5, 1992. Disponible en:

<http://www.projectposner.org/case/1992/982F2d1043a>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

(disponibles en: <http://eur-lex.europa.eu/JURISIndex.do?ihmlang=es>)

European Court of Justice, Giuseppe Sacchi, Judgment of the Court of 30 April 1974, C-155/73.

Bond van Averteeders y Otros contra Estado Neerlandés. Asunto 352/85, Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 1988.

Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros y Commissariaat voor de Media (1991) Asunto C-288-89, Sentencia del Tribunal de 25 de julio de 1991.

Comisión de la Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos (1991). Asunto C-353/89, Sentencia del Tribunal de 25 de julio de 1991.

Comisión de la Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica (1992). Asunto C-211/91, Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1992.

Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media (1993). Asunto C-148/91, Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de febrero de 1993.

Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica (1996). Asunto C-11/95, Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 1996.

Tribunal Constitucional de Francia

(disponibles en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnell/francais/les-decisionstaces-par-date/decisions-depuis-1959/les-decisions-par-date.4614.html>)

Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984

Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986

Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986

Décision n° 93-333 DC du 21 janvier 1994

Saisine par 60 sénateurs – 84-181 DC.

Saisine par 60 députés – 84-181 DC

Saisine par 60 députés – 86-210 DC

Saisine par 60 sénateurs – 86-210 DC

Saisine par 60 députés – 86-217 DC

Otra jurisprudencia

Comisión Europea de Derechos Humanos (1976). Informe de 6 de julio de 1976 en el juicio *De Geillustreerde Pers v. the Netherlands*, Solicitud No. 5178/71 párrafo 88; Comité de Ministros, Resolución DH(77) en *Yearbook of the European Convention on Human Rights Vol. 20*, 1977, pp. 640-642.

Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, *Observación general No. 10, Libertad de opinión* (Artículo 19), 29 de junio de 1983, en http://www.ccpcentre.org/doc/ICCPR/GeneralComments/HRI.GEN.1.Rev.9%28VoI.I%29_%28GC10%29_es.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985). Opinión Consultiva 5/85, del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997) Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf

Resolución 20/2007 de 27 de julio de 2007. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resoluci%C3%B3n-20-2007.pdf>

Reynolds v. Times Newspapers Limited and Others (1999), 28 de octubre de 1999, Cámara de los Lores del Reino Unido, voto de Lord Steyn. En:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/reyn01.htm>

Corte Suprema de Chile, Sentencia de inaplicabilidad sobre la Inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales, 18 de junio de 2004. Considerando 6, inciso 3°. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502004000200009&script=sci_arttext

