

PLURALISMO INFORMATIVO: EL PUNTO DE EQUILIBRIO ENTRE LIBERTAD E IGUALDAD*

INFORMATIVE PLURALISM: THE EQUILIBRIUM BETWEEN LIBERTY AND EQUALITY

PLURALISMO DE INFORMAÇÃO: O PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE LIBERDADE E IGUALDADE

*Juan Pablo González Jansana**
Universidad Diego Portales*

Enviado: 14/10/2015
Aceptado: 21/12/2015

Resumen:

El presente artículo tiene por finalidad exponer la necesidad de incluir el principio de igualdad y no discriminación a la hora de examinar la regulación de la libertad de expresión en materia de pluralismo informativo, especialmente en el contexto latinoamericano de concentración en la propiedad de los medios de comunicación. Para tal efecto se plantea que la concepción liberal clásica sobre libertad de expresión no es adecuada para resolver la tensión entre libertad e igualdad, siendo necesario integrar este último principio para analizar la legitimidad de una restricción a la libertad de expresión.

Palabras clave: Principio de igualdad y no discriminación; Libertad de expresión; Pluralismo Informativo.

Summary:

The purpose of the current paper is to expose the necessity to include the principle of equality and non-discrimination in the regulation of freedom of speech in the matter of pluralism, particularly in the Latin-American context in relation to the property concentration of media. Thus, the classic liberal conception of freedom of speech is not

adequate to resolve the tension between freedom and equality, being necessary to integrate this last principle to analyze the legitimacy of a restriction to freedom of speech.

Key words: Freedom of speech; Equality and non-discrimination; Pluralism.

Resumo:

O presente artigo tem por finalidade expor a necessidade de incluir o princípio de igualdade e não discriminação a hora de examinar a regulação da liberdade de expressão em matéria de pluralismo informativo, especialmente no contexto latino americano de concentração na apropriação dos meios de comunicação. Para tal efeito se plantea que a concepção liberal clássica sobre liberdade de expressão não é adequada para resolver a tensão entre liberdade e igualdade, sendo necessário integrar este último princípio para analisar a legitimidade de uma restrição à liberdade de expressão.

Palavras chaves: Liberdade de expressão; Princípio de igualdade e não discriminação; Pluralismo de informação.

* Agradezco a María Dolores Miño por la invitación a escribir y a Diana Maquilón por sus valiosos comentarios a este ensayo. Cabe aclarar que todo lo señalado en el texto es de mi sola responsabilidad.

** Ex pasante Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (Chile, 2008) y Abogado (2009). Diplomado en Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y práctica, Universidad de Chile (2011), Becario Fulbright (2013) y LL.M. in International Legal Studies, American University Washington College of Law (2013-2014). Actualmente se desempeña en el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile y es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

INTRODUCCIÓN

La manera como hemos entendido la libertad de expresión históricamente ha tendido a ser puesta en duda, principalmente en el contexto latinoamericano. Hasta hace unos años el concepto liberal tradicional de libertad de expresión dominaba e inspiraba las principales regulaciones legales en gran parte de las democracias occidentales, lo que determinaba el rol del Estado como uno neutral, cuya regulación sobre este derecho era, *a priori*, una intervención ilegítima. Esta concepción encuentra un fuerte sustento en la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos (*Congress shall make no law*), que posteriormente inspiró diversas normativas occidentales sobre la materia. No obstante, tal concepción de la libertad de expresión olvida un elemento relevante: por más que el papel diga que una persona es libre de expresar cualquier idea u opinión, eso no implica que en la realidad toda persona pueda hacerlo. En otras palabras, el concepto liberal tradicional de libertad de expresión confía en que la igualdad formal (todos somos titulares del derecho a la libertad de expresión) es garantía suficiente para su ejercicio, olvidando que en muchos países, principalmente en Latinoamérica, la brecha entre la igualdad formal y sustancial en el ejercicio de los derechos impide en la práctica el verdadero ejercicio del derecho, en especial para grupos históricamente marginados del debate público.

Esta tensión entre libertad e igualdad se grafica fuertemente en la falta de pluralismo informativo en Latinoamérica y, asimismo, en cómo ha sido enfrenta-

do –desde Estados con diversas posturas políticas– el problema de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación.¹ Los Estados han presentado posturas desde la no intervención, y dejar que el mercado decida la propiedad sobre los medios de comunicación (Chile, México), pasando por establecer regulaciones al mercado de medios para permitir un mayor número de voces (Argentina), hasta modelos con fuerte presencia estatal (Venezuela). Estos modelos muestran un período de “ensayo y error” en la búsqueda del mecanismo regulatorio adecuado para permitir un mayor pluralismo informativo.² Este ensayo y error está, finalmente, en buscar el punto de equilibrio entre libertad e igualdad, de manera tal que las restricciones que se establezcan sean legítimas y propias en un Estado de Derecho construido en el respeto y promoción de los derechos humanos. Así, las siguientes páginas buscan dar algunas luces sobre este debate y dónde puede estar ese tan buscado “punto de equilibrio”.

En este sentido, se realizan algunas aclaraciones conceptuales en materia de libertad de expresión que son relevantes para el análisis de fondo, para posteriormente desarrollar la idea de que en las democracias latinoamericanas se ha instalado la demanda por encontrar un punto de equilibrio entre libertad e igualdad en materia de libertad de expresión, principalmente en relación al pluralismo informativo, y cómo un Estado puede legítimamente garantizar este objetivo.³ Finalmente, se formulan algunas conclusiones.

CONCEPTOS PREVIOS

Es difícil pensar en un Estado de Derecho democrático que no tenga entre sus principios básicos el reconocimiento de la libertad de expresión. El ejercicio de este derecho implica, tal como lo estableciera la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte

IDH) hace ya 30 años en su Opinión Consultiva 5/85, un pilar fundamental de toda sociedad democrática, no solamente por su dimensión individual sino también por el derecho de la sociedad a conocer la opinión ajena. La libertad de expresión, en sus diversas mani-

-
- 1 En razón de la extensión del ensayo, este abarca de modo genérico el problema de la falta de pluralismo informativo en Latinoamérica. No obstante, un análisis más extenso y detallado debe distinguir entre los tipos de medios de comunicación (prensa escrita, radio, TV, digitales, entre otros), ya que cada uno presenta características diversas que ameritan un trato distinto entre sí.
 - 2 En Chile específicamente no ha habido ningún ensayo, sino que directamente el error ha sido dejar todo en manos del mercado, sin políticas públicas ni un marco regulatorio capaz de fomentar el pluralismo informativo. Ver, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2012, capítulo “Medios de Comunicación Social y derechos humanos”, p. 313 y siguientes.
 - 3 Este artículo no entra en detalle de cómo los Estados de la región han regulado esta materia, sino que más bien se concentra en una análisis teórico del marco conceptual que está presente detrás de tales intentos de regulación.

festaciones, ha implicado un mecanismo de exigibilidad de derechos, en especial para grupos vulnerados.⁴ En los años sesenta, en Estados Unidos, la libertad de expresión fue una herramienta fundamental para demandar el término a la violencia y la discriminación racial. La consagración del voto universal, por su parte, fue una lucha del movimiento feminista donde la libertad de expresión también jugó un rol trascendental. Así como en tantos otros casos, la libertad de expresión ha sido un mecanismo para demandar al Estado el ejercicio de derechos humanos sin discriminación de ningún tipo.

En este sentido, democracia y libertad de expresión han estado siempre íntimamente relacionadas. Por lo mismo, principalmente desde teorías clásicas liberales y, en especial desde la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Estados Unidos, se planteó que el debate democrático no es otra cosa que un “libre mercado de las ideas” (*free market of ideas*), del cual todas las personas deben participar y ser escuchadas. Entre las características de este mercado destaca que ninguna opinión debe ser silenciada, en el entendido de que, como señaló John Stuart Mill, silenciar una idea ajena implicaría aceptar que los seres humanos somos infalibles, cuestión que no es cierta. Al silenciar, agrega Mill, siempre está el riesgo de dejar fuera del mercado una idea que puede tener una porción de verdad (Mill 1981). En este sentido, para el liberalismo clásico la intervención del Estado en este mercado implicaría una afectación de la libertad de expresión, ya que constituiría una preferencia de una idea por sobre otra, lo que es una distinción basada en el contenido de la misma (*content-based*), lo cual no es permitido.⁵ El Estado debe ser neutro en el mercado de las ideas, sin tener alguna preferencia de una opinión por sobre otra.

Asimismo, históricamente se ha defendido la libertad de expresión como un derecho que permite la auto-realización de las personas. En este marco, la libertad de expresión permite a cada persona reunir la información necesaria y tomar la mejor decisión en su plan

de vida. Aquí también el Estado debe mantenerse al margen, ya que es cada persona y no este, quien está mejor posicionado para tomar tales decisiones. Así, la libertad de expresión fortalece la auto-determinación de la persona.

Ambas teorías han tenido su aplicación política o colectiva, esto es, la libertad de expresión en una democracia permite el auto gobierno, donde cada pueblo elige su destino debatiendo en el libre mercado de las ideas. En palabras de Meiklejohn,

[...] nosotros [el pueblo] escuchamos, no porque el resto quiera hablar, sino porque necesitamos escuchar. Si hay argumentos en contra de nuestra teoría de gobierno, de nuestras políticas de guerra o de paz, nosotros los ciudadanos, los gobernantes, debemos escuchar y considerar. Es el programa del autogobierno. (Meiklejohn 2004, 66)⁶

Esta idea incluso está presente en la base misma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 1 parte estableciendo que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

No obstante, todas las teorías mencionadas han sido construidas principalmente desde concepciones liberales puras y, por tanto, tropiezan en el mismo punto: asumen que todas las personas somos iguales para ejercer este derecho, pero no analizan que, en la práctica, no todas las personas tienen el mismo acceso a los espacios de expresión pública, ni todas las expresiones tienen el mismo poder expresivo en el mercado de las ideas. Aún cuando sectores del liberalismo clásico puedan reconocer este problema, tampoco ven la necesidad del Estado para intervenir, ya que este debe ser neutro en materia de libertad de expresión y no

4 Si bien la Opinión Consultiva de la Corte IDH ya ha cumplido 30 años, período en el cual dicho tribunal ha dictado diversas sentencias en materia de libertad de expresión, los contenidos de dicha opinión han sido la base jurídica para la resolución de esas sentencias. Esto porque en la 5/85 la Corte IDH aprovechó para realizar una interpretación principalmente de los 3 primeros párrafos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ese contenido y alcance ha sido fundamental para los casos contenciosos en la materia. Ver, por ejemplo, Corte IDH, *caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, 22 de junio de 2015, párr. 134 a 143.

5 De hecho, la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Ward* (1989), planteó que una intervención posible del Estado es aquella de “modo, tiempo y lugar” (*time, manner and place*), las que implican más bien una facultad de administración, que de contenido. Sobre esto Jeremy Waldron es especialmente crítico, al opinar que finalmente toda intervención del Estado es de contenido, por lo que el punto central es determinar cuáles son legítimas y cuáles no (Waldron 2012).

6 La traducción del inglés al español es del autor.

preferir las expresiones de unas ideas por sobre otras. En este sentido, ha sido a través de concepciones liberales igualitarias (Rawls, Fiss, MacKinnon) que se ha planteado que al momento en que los Estados regulan el ejercicio de la libertad de expresión, no pueden obviar elementos de igualdad en la fórmula regulatoria para permitir que todas las personas (esto es, sin

discriminación y en forma igualitaria) participen del libre debate de ideas y del ejercicio democrático del auto gobierno. Tal como señala Fiss, “el liberalismo de hoy abraza tanto el valor de la igualdad como el de la libertad. Aún más, el liberalismo contemporáneo reconoce el rol que el Estado puede jugar en asegurar la igualdad e incluso a veces la libertad” (Fiss 1996, 9).⁷

PLURALISMO INFORMATIVO (O EL PUNTO DE EQUILIBRIO ENTRE LIBERTAD E IGUALDAD)

Los medios de comunicación participan del libre debate de ideas y cumplen un rol trascendental en toda democracia ya que fiscalizan al Estado en su quehacer (*watchdog*) y transportan la información hacia la ciudadanía. Así, el triángulo “democracia/medios de comunicación/ciudadanía” es fundamental en un Estado de Derecho y sus elementos están íntimamente vinculados. La democracia está en deuda donde no existe pluralidad de medios que representen distintos puntos de vista de la sociedad y de los cuales la sociedad no pueda acceder a ellos.⁸ Tal como señaló la Corte IDH,

[...] 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 respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretende adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas. (Corte IDH 1985, párr. 34. Énfasis propio del texto original)

La falta de pluralismo informativo exige un rol activo del Estado. Sin embargo este rol es fácilmente tachable de intervención ilegítima en la libertad de expresión, por lo que es necesario construir un modelo regulatorio en materia de medios de comunicación que, junto con garantizar el ejercicio igualitario de este derecho, no implique una restricción ilegítima del mismo a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, los que son vinculantes para los Estados. Esto implica primeramente dejar de lado la idea (o mito a estas alturas) de que toda intervención del Estado en materia de regulación de medios de comunicación es ilegítima.

Uno de los problemas es que el régimen de restricciones legítimas a la libertad de expresión ha sido construido sin considerar el principio de igualdad y no discriminación.⁹

Los modelos de restricción sitúan a la libertad en un podio superior, exigiendo que para limitar este derecho, el Estado debe fundamentar la medida restrictiva en alguna de las causales convencionales, tales como el respeto a los derechos o reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden públi-

⁷ La traducción del inglés al español es del autor.

⁸ Los obstáculos en el acceso son diversos y no todos se presentan conjuntamente en toda la región. En general, los principales obstáculos son la falta de infraestructura tecnológica adecuada para transmitir, no contar con medios de impresión, la falta de políticas públicas que incentiven la creación de nuevos medios, la forma en que el Estado distribuye la publicidad oficial o la concentración del mercado de medios de comunicación en verdaderos conglomerados mediáticos que hegemonizan el discurso público.

⁹ Quizás las únicas excepciones convencionales a este respecto son el acceso a los espectáculos públicos por parte de menores de edad (artículo 13.4 de la CADH) y los discursos de odio (*hate speech*). Específicamente el artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

La prohibición de estos discursos son, tal como afirma Waldron, producto de su contenido, ya que conllevan consecuencias que no son queridas por las sociedades democráticas. Esta fundamentación encuentra sustento, en parte, en el principio de igualdad y no discriminación, por lo que no es un tema totalmente nuevo en materia de libertad de expresión la aplicación de este.

co o la salud o moral pública.¹⁰ En esta fórmula no ha habido espacio para el principio de igualdad. Tal como señaló MacKinnon, “hasta este momento, la doctrina constitucional de libertad de expresión ha sido desarrollada sin tomar en cuenta seriamente la igualdad, ya sea el problema de la inequidad social o el mandato de igualdad sustancial” (Mackinnon 1993, 71). La incorporación de este principio no obedece a una mera aspiración política. Por el contrario, este principio ha sido establecido por la propia Corte IDH como norma imperativa (*Jus Cogens*) del Derecho Internacional, es decir, que no admite acuerdo en contrario (siendo nulo ese acuerdo) y que solo puede ser modificada por una norma general posterior de Derecho Internacional que tenga el mismo carácter.¹¹ Para la Corte IDH,

[...] el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico. (Corte IDH 2003, párrafo 101)¹²

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos” (Comité de Derechos Humanos 1989, párr. 1). El Comité agrega que es obligación de los Estados

[...] adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto [PIDCP]. Por ejemplo, en un Estado en el que la si-

tuación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. (Comité de Derechos Humanos 1989, párr. 10)

Todo lo dicho sobre igualdad y no discriminación es plenamente aplicable a la falta de pluralismo informativo en los medios de comunicación en la región. La concentración en la propiedad de los medios de comunicación lo que logra, como resultado, es reunir en manos de unos pocos, la propiedad de la gran mayoría de los medios, creando un obstáculo para el acceso al “mercado de las ideas” y logra, en definitiva, que este mercado sea un reflejo parcial de las distintas visiones presentes en una democracia, disfrazando esa visión como si fuese una transversalmente compartida por la sociedad. En otras palabras, el mercado de las ideas solo refleja las visiones de aquellos que han tenido el poder de controlar dicho mercado y donde “las posiciones de poder de los poderosos les facilitan el acceso a los espacios que dictaminan los contenidos del ‘sentido común’ o, dicho en términos de Gramsci, a los espacios que crean hegemonía” (Muñoz 2013, 63). Así las cosas, el principio de igualdad y no discriminación juega un rol trascendental fundamentalmente en el acceso al mercado, de manera de participar de este, expresarse dentro del mismo, y contribuir a la creación de una concepción del sentido común público más diverso y representativo de la sociedad, logrando que esta acceda a distintos puntos de vista y ayudando a que se tomen decisiones públicas de manera informada, tal como exige una democracia representativa.¹³

Esto exige, por tanto, un rol activo de los Estados. Un Estado pasivo ante la concentración en la propiedad

10 Ver, en este sentido, el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En relación al Pacto y su sistema de restricciones a este derecho, ver Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34. Libertad de opinión y libertad de expresión, 2011, párrafo 21 y siguientes. Solo a modo de ejemplo, en el párrafo 22 el Comité especifica que “en el párrafo 3 [del artículo 19 del Pacto] se enuncian condiciones expresas y solo con sujeción a esas condiciones pueden imponerse restricciones: las restricciones deben estar “fijadas por la ley”; solo pueden imponerse para uno de los propósitos indicados en los apartados a) y b) del párrafo 3 y deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad”.

11 Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 53.

12 Este razonamiento la Corte también lo ha ratificado en casos contenciosos. Al respecto, ver Corte IDH, caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79.

13 La construcción de discursos hegemónicos por quienes concentran la propiedad de los medios termina afectando a grupos vulnerados que no tienen ni la capacidad económica para crear sus medios y presentar sus puntos de vista, ni el poder político o social para expresarse a través de otros mecanismos. Ejemplo de lo anterior es la situación del pueblo mapuche en Chile, donde los medios que controlan el mercado, a propósito de las demandas territoriales, políticas, sociales de estos pueblos, han definido esta situación como el “conflicto mapuche”, cuando desde una perspectiva de derechos humanos se está frente a un conflicto entre el pueblo mapuche y el Estado chileno. Así, en estos contextos, los medios tienen un gran poder para crear estereotipos sobre los grupos vulnerados.

en los medios de comunicación es cómplice, por omisión, de la violación de un aspecto fundamental en una democracia, como es el pluralismo informativo. En su reciente Observación General N°34, el Comité de Derechos Humanos fue claro en que

[...] el Estado no debe ejercer un control monopolístico sobre los medios de comunicación sino que ha de promover la pluralidad de estos. Por consiguiente, los Estados partes deberían adoptar medidas adecuadas, en forma compatible con el Pacto, para impedir un excesivo predominio o concentración de los medios de comunicación por grupos mediáticos bajo control privado, en situaciones monopolísticas que pueden menoscabar la diversidad de fuentes y opiniones. (Comité de Derechos Humanos 2011, párr. 40)

La pregunta entonces es cómo un Estado puede justificar medidas a favor del pluralismo informativo, con un fuerte énfasis en la igualdad y no discriminación, y que esto no signifique una afectación ilegítima a la libertad de expresión. La respuesta dada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido, sistemáticamente, que la medida que restrinja todo derecho será legítima, siempre y cuando respete el test de convencionalidad. Esto implica tres elementos fundamentales: (i) que la medida restrictiva esté establecida por una ley general anterior, (ii) que la restricción responda a un objetivo permitido por los tratados internacionales, y (iii) la restricción sea necesaria en una sociedad democrática, es decir, satisfacer un interés público imperativo. Explicando este último punto, la Corte IDH ha planteado que:

[...] entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que

restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho. (Corte IDH 2006, párr. 91)

Exigir un rol activo del Estado en pos de asegurar un mayor pluralismo en los medios de comunicación implica, necesariamente, romper con la concepción liberal clásica que ha dominado el debate en libertad de expresión, ya que lo que se le pide al Estado es, justamente, hacer lo que históricamente se ha mirado con recelo, es decir, que “dibuje la línea” en el mercado de las ideas para permitir el acceso de otras voces y terminar así con la discriminación en el acceso.¹⁴ No obstante, permitir que el Estado regule no implica que tenga un poder amplio, subjetivo y de total arbitrariedad para realizar esta tarea, lo que sin lugar a dudas daría lugar a escenarios de censura previa. El Estado tiene la carga probatoria ya que, en palabras del Comité de Derechos Humanos, “incumbe al Estado parte demostrar el fundamento en derecho de las restricciones impuestas a la libertad de expresión” (Comité de Derechos Humanos 2011, párr. 27). En este sentido, es el test de convencionalidad el que dota de legitimidad a la medida regulatoria que utilice el Estado para fomentar el pluralismo informativo. El test se convierte en un certificado de calidad, que garantiza que la medida regulatoria cumple con los requisitos convencionales y que, por tanto, es una restricción legítima a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹⁵

Ahora bien, que el test dote de legitimidad a la medida regulatoria, no implica necesariamente que sea idóneo para la búsqueda del “punto de equilibrio” entre libertad e igualdad en materia de pluralismo informativo. Quizás, siguiendo a MacKinnon, es necesario buscar

14 Esto no es otra cosa que el “Estado amigo” de la libertad de expresión al que hizo referencia Owen Fiss en su libro *La ironía de la libertad de expresión*. Fiss usa la analogía de un megáfono que el Estado debe usar para que las voces que no son escuchadas en el mercado de las ideas, lo sean (Fiss 1996).

15 Un caso relevante en esta materia es el de Argentina. El Estado publicó la Ley 26.522, la que tenía por objeto fomentar el pluralismo informativo y con tal fin, su artículo 45 permite limitar la cantidad de concesiones sobre frecuencias para medios de comunicación. El Clarín, uno de los medios más grandes en Argentina y con una alta presencia en prensa escrita, televisión abierta y televisión por cable, alegó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación la inconstitucionalidad del artículo 45, la cual fue rechazada por la Corte. Para el Tribunal “no se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que **las medidas en cuestión resultan idóneas** para cumplir con los objetivos mencionados, en tanto las restricciones contenidas en el artículo 45 a la cantidad de licencias y registros aparecen como apropiadas o aptas para permitir la participación de un mayor número de voces, o al menos poseen entidad suficiente como para contribuir de algún modo a ese objetivo. Es evidente que a través de la limitación de la cantidad de licencias y registros a todos los operadores de medios de comunicación se podría evitar la concentración y ello permitiría una mayor participación y diversidad de opiniones” (considerando 43, énfasis del tribunal), agregando que “la ley, al limitar la cantidad de licencias y registros persigue el enriquecimiento del debate democrático y, en definitiva, el fortalecimiento de la libertad de expresión y del derecho a la información de todos los individuos” (considerando 44). La Corte concluye que “los requisitos de idoneidad y proporcionalidad a que se viene haciendo referencia se encuentran cumplidos en cada una de las limitaciones contenidas en el artículo 45” (considerando 46). Ver, Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina 2013.

“un nuevo modelo de libertad de expresión donde la posición de la libre expresión no implique reafirmar un dominio social, como lo es ahora” (Mackinnon 1993, 109).¹⁶ Bajo estos términos, en principio, el test de convencionalidad podría adecuarse para dar respuesta a esta tensión. Esto implica que el Estado debe argumentar fuertemente por qué una medida regulatoria en materia de concentración en la propiedad de los medios de comunicación es necesaria en una sociedad democrática (tercera parte del test de convencionalidad). En otras palabras, el Estado debe fundamentar cuál es el interés público imperativo en esta materia, el cual está dado, como se ha dicho, por la discriminación en el acceso al mercado de ideas, el derecho de la sociedad a acceder a diversos puntos de vista y fomentar el pluralismo informativo en una sociedad democrática.¹⁷ La fundamentación sobre esta materia es imprescindible para eliminar toda sospecha de intervención arbitraria o ilegítima del Estado en materia de libertad de expresión que constituya un acto de censura previa directa o indirecta sobre los medios de comunicación. Asimismo, es un reto

tanto para las instancias jurisdiccionales internas como internacionales, el adoptar en esta materia un acercamiento jurídico no solo desde la libertad, sino integrando el principio de igualdad y no discriminación, en el sentido de que una afectación de este último también podría implicar la violación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De todos modos, quedan en el aire ciertas preguntas: ¿es lo suficientemente capaz el test de convencionalidad para permitir al Estado abandonar su rol neutral liberal puro en materia de libertad de expresión? ¿es capaz el test de tomar en cuenta las desigualdades existentes en las sociedades latinoamericanas a la hora de evaluar la discriminación en el acceso al “mercado de ideas”? Solo a través de las respuestas a estas preguntas que se vayan obteniendo con el tiempo, se podrá evaluar si es necesario pensar en un modelo de restricciones distinto, donde existan mayores posibilidades de encontrar la solución a la tensión final: el punto de equilibrio entre libertad e igualdad.

CONCLUSIÓN

La concepción liberal clásica acerca de la libertad de expresión no es capaz de responder por sí sola a la problemática de la falta de pluralismo informativo en los medios de comunicación. Esto, principalmente, porque bajo esta concepción el Estado debe ser neutral, ya que toda intervención puede ser vista como una preferencia de un contenido por sobre otro.

No obstante, la falta en el acceso al mercado de ideas requiere de un Estado que adopte medidas en pos de garantizar no solo el derecho a la libertad de expresión de los medios de comunicación excluidos del merca-

do, sino que permite además que la ciudadanía acceda a diversos puntos de vista. Aquí el principio de igualdad y no discriminación juega un rol central, ya que legitima un actuar del Estado que permita un ejercicio igualitario de la libertad de expresión. Con todo, este rol del Estado debe estar sujeto a límites y a mecanismos de control que impidan que en aras de la igualdad se establezcan restricciones ilegítimas a la libertad de expresión. En este contexto, mecanismos como el test de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una alternativa a considerar para dotar de legitimidad a dicha restricción.

¹⁶ La traducción del inglés al español es del autor.

¹⁷ Por otra parte, para el Estado implica fundamentar que la restricción es proporcional al interés que la justifica y es también conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo. Sin embargo, como el objetivo de este ensayo está concentrado en argumentar el principio de igualdad y no discriminación, no parece necesario detenerse en esta parte del test, lo cual no le resta importancia.

BIBLIOGRAFÍA

- Comité de Derechos Humanos. 1989. *Observación General N° 18. No discriminación.*
- Comité de Derechos Humanos. 2011. *Observación General N° 34. Libertad de opinión y libertad de expresión.*
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1985. *Opinión Consultiva 5/85 sobre colegiación obligatoria de periodistas.* 13 de noviembre de 1985.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2003. *Opinión Consultiva 18/03 sobre Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados.* 17 de septiembre de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile,* 19 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. *Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile,* 24 de febrero de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela.* 22 de junio de 2015.
- Corte Suprema de la Justicia de la Nación de Argentina. 2013. *Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional,* 29 de octubre de 2013.
- Fiss, Owen. 1996. *The Irony of Freedom of Speech.* Cambridge: Harvard University Press.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile. 2012. *Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile.*
- Mackinnon, Catharine. 1993. *Only Words.* Cambridge: Harvard University Press.
- Meiklejohn, Alexander. 2004. *Free Speech and its Relation to Self-Government.* Nueva York: Harpers Collins Publishers.
- Mill, Jhon Stuart. 1981. *On Liberty.* Indianapolis: Hackett publishing Company Inc.
- Muñoz, Fernando. 2013. Chile es una República Democrática: La Asamblea Constituyente como salida a la cuestión constitucional. *Anuario de Derecho Público UDP:* 60-96 .
- Waldron, Jeremy. 2012. *The Harm in Hate Speech.* Cambridge: Harvard University Press.