

## **Derecho a la Comunicación y Nueva Constitución**

### **Documento de discusión elaborado por el Programa de Libertad de Expresión y Ciudadanía de la Universidad de Chile<sup>1</sup>. 18 de noviembre de 2015**

El derecho a la comunicación no es un concepto nuevo. Se viene hablando de él hace décadas y comprende un campo conceptual bastante más amplio de lo que se pudiera pensar. El primero en acuñarlo fue Jean D'Arcy en 1969 cuando dijo: “vendrá el día en que la Declaración Universal de los Derechos Humanos tendrá que incluir un derecho más amplio que el derecho del hombre a la información: el derecho de los hombres a comunicarse”.

El **derecho a comunicarse** volverá a aparecer en el Informe MacBride de la Unesco. Este informe, también llamado “Un sólo mundo, voces múltiples” fue el resultado del trabajo de una comisión internacional para el estudio de los problemas de la comunicación, creada en 1977 por la Unesco y Presidida por Sean MacBride, fundador de Amnistía Internacional. El Informe señalaba que “El derecho a comunicarse significa mucho más que el derecho a recibir información” (1980: 148), vinculándolo también a otros dos conceptos: acceso a los medios y participación en ellos, en formas de comunicación que privilegiaran el intercambio y no los mensajes en una sola dirección; aunque también reconocía que la formulación final del contenido de este derecho aún estaba inacabado.

Según Tupper (2005: 49), “las ideas contenidas en las cinco áreas claves del informe (políticas de comunicación, tecnología, identidad cultural, derechos humanos, cooperación internacional) constituyen un aporte importante para legitimar la noción de derecho a la comunicación, avanzada por el intelectual francés Jean Darcy”.

El informe MacBride fue el primer documento oficial de un organismo internacional en reconocer y abordar el problema del desequilibrio en los flujos de información, comunicación y cultura entre el norte y el sur global, desarrollando algunas propuestas para revertir este proceso. Sin embargo, luego de su publicación Estados Unidos y Reino Unido abandonaron la Unesco criticando su “politización”. El informe tuvo también la oposición de los países comunistas y encontró posturas divergentes entre los países no – alineados, lo que finalmente derivó en que pese a la urgencia y relevancia de los problemas que planteaba, el Informe quedara guardado en un cajón.

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) volverá a poner en uso el concepto de Derecho a la Comunicación. En 2003, dentro de los debates de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI), el académico y activista Cees Hamelink operacionalizó el derecho a la comunicación en 5 dimensiones: derechos de información, derechos culturales, derechos de protección, derechos de participación y derechos colectivos.

Los **Derechos de Información** se refieren al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; el derecho a tener opinión; el derecho a expresar opiniones sin interferencia de los partidos públicos o privados; el derecho de la gente a ser adecuadamente informada acerca de temas de interés público; el derecho a acceder a información sobre temas de interés público (en poder de fuentes públicas o privadas) y el derecho al acceso a medios públicos de distribución de la información, ideas y opiniones.

---

<sup>1</sup> Han colaborado en la escritura Enrique Ortega, Patricia Peña, Raúl Rodríguez, Chiara Sáez y Miguel Saldivia. Colaboraron en algunos aspectos jurídicos específicos los abogados Francisco Vera y Javier García.

Los **Derechos Culturales** incluyen el derecho a promover y preservar la diversidad cultural; el derecho a participar libremente en la vida cultural de nuestra comunidad; el derecho a practicar las tradiciones culturales; el derecho a disfrutar de las artes y del beneficio del progreso científico y sus aplicaciones; el derecho a la protección de la propiedad y patrimonio cultural nacional e internacional; el derecho a la creatividad e independencia artística, literaria y académica; el derecho a usar nuestro idioma en privado y público; el derecho de las minorías y los pueblos indígenas a la educación y a establecer sus propios medios de comunicación.

Los **Derechos de Protección** remiten al derecho de la gente a ser protegida de la interferencia con su privacidad por los medios de comunicación masiva, o por las agencias públicas y privadas involucradas con la recolección de información; la protección de las comunicaciones privadas de las personas frente a la interferencia de las partes públicas o privadas; el derecho a respetar el estándar del debido proceso en formas de comunicación pública; el derecho a protección frente a formas de comunicación que son discriminatorias en términos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social; el derecho a ser protegido frente a la información engañosa y distorsionada; el derecho a la protección frente a la propagación sistemática e intencional de la creencia que individuos y/o grupos sociales merecen ser eliminados; el derecho a la protección de la independencia profesional de los empleados de agencias de comunicaciones públicas o privadas frente a la interferencia de los dueños y administradores de esas instituciones.

Los **Derechos de Participación** incluyen el derecho a adquirir las capacidades necesarias para participar plenamente en la comunicación pública; el derecho de la gente a participar en la toma de decisiones públicas sobre la provisión de información, la producción de cultura o la producción y aplicación del conocimiento; el derecho de la gente a participar en la toma de decisiones públicas en la elección, desarrollo y aplicación de tecnologías de comunicación.

Finalmente, **los Derechos Colectivos** se refieren al derecho de acceso de las comunidades a la comunicación pública; el derecho al desarrollo de las infraestructuras de comunicaciones, a la consecución de recursos adecuados, la distribución del conocimiento y habilidades, la igualdad de oportunidades económicas y la corrección de las desigualdades; el derecho al reconocimiento de que los recursos del conocimiento son, a menudo, un bien común de propiedad de un colectivo; el derecho a la protección de dicho recursos de su apropiación privada por parte de las industrias del conocimiento.

De todos estos derechos descritos por Hamelink, hay algunos que en el contexto actual nos resultan conocidos como parte del ámbito de la comunicación. Sin embargo, hay otros que plantean desafíos desde la perspectiva jurídica. Por ejemplo, aquellos que vinculan comunicación con infraestructuras tecnológicas, con acceso al conocimiento o con diversidad cultural.

El derecho a la comunicación también se relaciona con los denominados Derechos Económicos Sociales y Culturales (“DESC”), en especial con los derechos de participación a la cultura<sup>2</sup>. Si bien es cierto que los Derechos Civiles y Políticos han merecido mayor relevancia por la comunidad internacional, por lo que los DESCs son considerados como derechos de segunda clase,

---

2 El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia el 3 de enero de 1976. El Pacto tiene 160 Estados partes. Chile lo ratificó el 28 de abril de 1989.

inaplicables o no sometidos a los tribunales ya que sólo se pueden hacer efectivos “en forma progresiva”, hay autores que sostienen que esto es un error, ya que en modo alguno los DESCs son menos relevantes que los derechos civiles y políticos, y hoy día son objeto de una consideración preferente. Según Llanos, los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, por lo que se debe dedicar a ellos la misma atención y consideración urgente en la aplicación, promoción y protección de ambos: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales (2011: 151).

En ese sentido, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce que no puede realizarse el ideal del ser humano libre y liberado del temor y la miseria a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona disfrutar de sus derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

En ese sentido, no debemos olvidar que la comunicación es un proceso social fundamental de toda organización y constituye la base que permite el ejercicio de los derechos sociales, económicos, políticos y culturales de los seres humanos y las colectividades. Bajo esta premisa, es necesario repensar la comunicación como un derecho humano fundamental, que no está circunscrito al acceso o producción de información solamente, sino que está vinculado a las posibilidades de todos los individuos de expresarse en igualdad de condiciones y oportunidades, de relacionarse con otros y otras en una acción dialógica y plural.

**Desde nuestra realidad chilena, ¿cuál de todos estos derechos que señala Hamelink es el más desarrollado por nuestra legislación?** En la práctica nos hemos quedado con los derechos de información. La libertad religiosa también importa mucho en Chile: está garantizada por la Constitución. No así el derecho a manifestarse o el derecho a acceder a la información pública.

Entonces, si pensamos en una balanza, en Chile tenemos derechos comunicacionales que son más importantes que otros. El derecho a la privacidad es más importante que el derecho a la información. Un ejemplo de ello es lo ocurrido con el libro *Impunidad Diplomática*. Lo que se puso en discusión en este caso fue que la privacidad de los personajes públicos y con poder aparecidos en el libro era más importante que el derecho a la información. La libertad de expresión tiene que reconocer responsabilidades ulteriores, pero no prohibir que nosotros podamos opinar sobre el libro. Sin embargo, hasta hoy este libro está prohibido en Chile.

En la Constitución no hay ningún criterio para poder establecer una jerarquía de derechos. Cuando hay una pugna entre libertad de expresión y privacidad, ¿qué importa más?. Se necesita establecer criterios que permitan resolver este tipo de dilemas. En Chile nos hemos centrado en la libertad de expresión antes que en los derechos comunicacionales en un sentido amplio, pero aún así es un desarrollo deficiente de este derecho. El texto relativo de la Constitución es el artículo 19, numeral 12, el cual consagra:

*La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.*

Este texto está sacado casi textual de la declaración de la ONU de 1948 (artículo 19) según el cual:

*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.*

La definición de la libertad de expresión en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU a su vez es muy similar a la noción de libertad de expresión de la Declaración de los Derechos del Hombre de la revolución francesa de 1789, que en su artículo 11 sostiene lo siguiente:

*La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.*

Entonces, estamos frente a un concepto que se ha mantenido fijo más de 200 años, cuando los desarrollos tecnológico – comunicativos y las comunicaciones globales se han complejizado. Es un derecho importante, pero solo establece la garantía de que podamos emitir nuestras opiniones, pero no garantiza el derecho a la información pública. Tenemos así la paradoja de que podemos decir todo lo que queramos, pero para tener una opinión hay que estar bien informado y esto último no está garantizado. Asimismo, tenemos posibilidad de decir todo lo que queramos, pero si nadie nos escucha porque no tenemos acceso a soportes de difusión, entonces tampoco se ejerce el derecho en pleno.

Como adenda, señalar que el numeral 12 del artículo 19 garantiza el derecho al honor en el mismo nivel que el derecho a la libertad de expresión, sin establecer una jerarquía entre ambos, señalando que: “toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida”. Asimismo, este numeral es el que consagra constitucionalmente el mandado de regular el correcto funcionamiento de la televisión y que garantiza el derecho a crear medios escritos (no así radios, televisiones ni servicios de telecomunicaciones) a cualquier persona. Por último, es el numeral que prohíbe toda forma de monopolio público de los medios de comunicación (si bien omite referirse a los monopolios privados).

Pero además de este derecho a la libertad de expresión jibarizado, a nuestra Constitución le falta garantizar toda la otra gama de derechos comunicacionales. Esto se traduce en varios problemas que terminan afectando la calidad de nuestra democracia.

Uno de los problemas más contundentes es el de **la concentración de la propiedad de los medios comerciales y sus consecuencias sobre el pluralismo informativo**; es decir, sobre la diversidad de ideas, opiniones y discursos que circulan en la sociedad. Esta concentración es muy alta sobre todo en la radio y en la prensa escrita, donde además es posible observar cada vez más casos de concentración horizontal, concentración vertical y propiedad cruzada.

El Mercurio es propietario de 3 de los 8 diarios de circulación nacional, 18 de los 45 diarios regionales, marcando presencia en 14 de las grandes ciudades de Chile. Tiene diarios que van cambiando de nombre, pero bajo la misma propiedad. Copesa, además de ser dueño de diarios y revistas, ha entrado en el mercado de la radio, siendo dueña de las radios Duna, Cero, Carolina y Beethoven. El grupo transnacional Iberoamerican (PRISA) es dueño de Imagina, Concierto, Futuro, Rock and pop. Acapara 213 frecuencias radiales con el 60% del mercado y 40% de la torta publicitaria y es el único que opera de manera transnacional y comparte/exporta contenidos de sus otras filiales en América Latina y Cadena Ser de España.

En estos 3 casos hablamos de **concentración horizontal**: un mismo dueño de varios medios con distinto nombre, pero en el mismo soporte. Los periodistas que trabajan para uno de estos medios, por lo general tienen que trabajar y repetir la noticia en otro medio del conglomerado. De manera que estamos frente a una concentración que la gente no percibe. Las personas no perciben que están ante un mismo discurso y esto no tiene ninguna regulación.

La **concentración cruzada** la observamos en el caso de grupos de comunicación que poseen medios en distintos soportes (radio + prensa; prensa + TV; TV + radio). El tema de la concentración en la propiedad de los medios se complejiza cuando observamos otro fenómeno que se extiende a nivel global y que es la propiedad cruzada con otros sectores sensibles de la economía: la banca, el retail, la minería, las telecomunicaciones. Como es el caso del grupo Luksic o el grupo Bethia. ¿Cómo podemos garantizar que estos medios van a informar de problemáticas económicas o medioambientales desde la perspectiva de quienes se oponen a las políticas económicas o medioambientales de estos grupos económicos? ¿Cómo podemos garantizar que como ciudadanos tengamos medios de comunicación sociales?.

Otros problemas que encontramos en el caso de la prensa escrita se relacionan con la concentración del avisaje estatal y con la integración vertical (concentración vertical) de los mecanismos de impresión y distribución de medios escritos, apuntando esta última a la eliminación del sector de los suplementeros como intermediarios. Por último, también en el caso del diario La Nación, tenemos la puesta en venta de su patrimonio durante el gobierno de Piñera.

En el caso de la **TV digital**, los problemas de la concentración tienen cierto resguardo a nivel de los canales de alcance nacional (un mismo dueño -persona o empresa- no puede acceder a otra señal en la misma zona de cobertura), no así a nivel local / regional, donde una misma persona o empresa podría llegar a ser dueña de varios canales. Esto ya se observa en el caso de los permisos provisionales otorgados por la Subtel. También es importante señalar que en cualquier caso la Fiscalía Nacional Económica (FNE) puede permitir cambios en la propiedad del derecho de uso de una concesión de TV sólo omitiéndose de opinar.

La industria de los **medios digitales** sigue el patrón de concentración y propiedad cruzada de los medios *offline*. Si bien existe una argumentación de sentido común según la cual los medios que se salen del *mainstream* en el mundo online (comerciales, comunitarios o ciudadanos) podrían competir en igualdad de condiciones con otros medios, la realidad es que los mayores generadores de contenido en internet son los mismos que en televisión, radio y prensa escrita. La llamada “ley de medios digitales” que saltó a la palestra a principios de 2015 intentó resolver esto, pero creando un nuevo problema: lo que en su espíritu era un proyecto de ley que pretendía fomentar el acceso

de medios online a recursos públicos (principalmente locales y regionales), terminó parodiándose como un proyecto que censuraría blogs e incluso páginas de facebook o cuentas de twitter, por la poca claridad de su definición de un medio online. El proyecto de ley sigue en el Congreso, aunque no se sabe cómo acabará.

Además muchos medios comunitarios no pueden financiarse con publicidad, porque no tienen una audiencia rentable o no contemplan vender publicidad -> lo que hoy es legítimo dado que la publicidad en línea es un verdadero mecanismo de vigilancia a los clientes.

En el caso de la **comunicación comunitaria** no hay políticas públicas que la fortalezcan o promuevan su acceso a la legalidad desde su condición de medios privados sin fines de lucro. Se les pide comportarse como medios privados comerciales; por lo tanto, justificarse exclusivamente desde una lógica de rentabilidad económica, sin poner en valor su rentabilidad social. Se discrimina y se persigue la libertad de expresión de los comunicadores comunitarios de radio y TV por no tener concesiones legales (Artículo 36B Letra A de la Ley General de Telecomunicaciones, que establece multas, decomiso de equipos y penas de cárcel de hasta 5 años y 1 día a quien emita sin licencia), pese a que la CIDH (2010: 12) ha señalado que la aplicación del derecho penal en estos casos es “desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática”. Por lo que podemos sostener la existencia de un desequilibrio entre políticas de apoyo y políticas de persecución a sector. En lo que va de 2015, cuatro radios comunitarias han sido allanadas por infringir el artículo 36b, letra a): Radio La Voz de Carahue, de Carahue; Radio La Victoria, de Pedro Aguirre Cerda; Radio La Voz de Nueva Braunau, de Puerto Varas y Radio Manque, de Rancagua.

Otros problemas de las radios comunitarias se relacionan con la difícil implementación de la ley de radios comunitarias de 2010, que vino a reemplazar la Ley de radios de “mínima cobertura” de 1994, la cual permitía a las radios comunitarias emitir sólo 1 watt de potencia (4 cuerdas a la redonda, aproximadamente). Las radios que se acogieron a los trámites para migrar a las condiciones de la nueva ley ya han ido recibiendo sus nuevos decretos de radio comunitaria. Sin embargo, ninguna ha quedado con los 25 watts ni las antenas de 18 metros que prometía la ley. Siempre son potencias menores, por lo que la promesa de mayor potencia y cobertura, no se cumple.

Pero además, las radios privadas no-comunitarias (comerciales o de iglesias) que tenían concesiones como radios comunitarias sin serlo, han traspasado sus frecuencias a centros culturales u organizaciones funcionales de base, para cumplir el requisito que la nueva ley exige. Sin embargo, no cambian su modelo de gestión, entonces es peor aún, porque quedan con concesiones de radio comunitaria sin que nadie fiscalice o regule qué modelo de radio desarrollan.

A pesar de que la nueva ley les asigna una zona del dial FM, desde el 105.1 hasta el 107.9, ésta sólo representa de un 5% hasta un 10% del dial (dependiendo de la región o zona de servicio), por lo que la FM queda concentrado en el sector privado comercial en al menos un 90%, pues no existen radios públicas dentro del sistema de radiodifusión en Chile (salvo si consideramos que la radio de Carabineros de Chile es una radio pública). A esto se suma que tampoco hay espacio para nuevos interesados en acceder a concesiones comunitarias en la franja del dial asignada al sector. Los interesados llevan cinco años esperando que la Subtel informe la disponibilidad real en todas las comunas de Chile: concursan, pero sus solicitudes son rechazadas porque no hay disponibilidad de frecuencias.

En el caso de las televisiones comunitarias, la ley de TV Digital (2014) no hizo ningún reconocimiento de las televisiones comunitarias actualmente existentes que se encontraban emitiendo sin licencia, precisamente porque el Estado había dejado de otorgar licencias en TV abierta en el año 2000 por el advenimiento de la TV Digital (unas 15 en total). En la ley de TV digital, el sector quedó definido como “local de carácter comunitario”, delimitando a priori su cobertura y asumiendo con ello que lo comunitario se define por el bajo alcance geográfico. Lo anterior contraviene las definiciones que se manejan en el debate internacional y que ponen énfasis en aspectos más sustantivos de la comunicación comunitaria, como la participación de la comunidad de referencia tanto en la propiedad del medio, como en la programación, administración, operación, financiamiento y evaluación del mismo (Amarc, 2010; Buckley et al, 2008; Parlamento Europeo, 2008). Las televisiones comunitarias tampoco tienen prioridad en el acceso a los recursos públicos directos para infraestructura, derivados del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones. El FDT necesita cambiar su reglamento para que radios y televisiones comunitarias puedan acceder a sus fondos. Y además necesita aumentar su presupuesto. Ninguna de estas cuestiones es clara hoy en día. Por ahora sólo es claro el apoyo a la creación de contenidos vía fondos del CNTV, pero no para tener concesiones con medios propios. Es decir, para poder acceder plenamente al espectro radioeléctrico.

En relación al tema **comunicación y pueblos indígenas**, observamos varios problemas. La información que se difunde de los pueblos indígenas en los medios convencionales es sesgada, omitiendo muchas veces los argumentos históricos y políticos de las múltiples reivindicaciones del sector. En este sentido, es posible señalar que los medios incurren en prácticas de “silencio informativo”, violando el principio de pluralismo y vulnerando el derecho a la información. Al mismo tiempo, existen barreras para que los pueblos indígenas creen sus propios medios. En agosto del 2013, por ejemplo, la Radio Kimche Mapu del lof Puqiñe Lumaco (Lanco) denunció persecución ante las Naciones Unidas. El gobierno de Piñera se comprometió a elaborar un plan de radiodifusión indígena en Chile que incluía la disposición de 30 concesiones de radio para pueblos indígenas; sin embargo, hasta ahora sólo se conoce la asignación de una concesión a la radio denunciante. Por último, la ley de TV Digital no incluye ninguna referencia a la promoción de proyectos de televisión por parte de los pueblos originarios.

Con respecto a los **medios públicos** existe una desnaturalización del concepto, que queda muy bien expresada en el mandato de autofinanciamiento de TVN, ya que al no recibir financiamiento estatal está obligada a competir con los canales privados-comerciales por la inversión publicitaria. Dándose por supuesto que la única manera de garantizar la independencia de los medios del Estado es obligarlos a auto-financiarse, como si las lógicas del mercado fueran transparentes o carentes de intencionalidad política.

La llamada “Ley corta de TVN” amplió el giro comercial del canal otorgándole las mismas facultades que una emisora plenamente comercial. Pero otros aspectos relativos a la misión de servicio público de TVN siguen pendientes de abordar. A lo anterior se debe agregar que durante su última cuenta pública anual (21 de mayo de 2015), Bachelet anunció la creación de “un canal de televisión cultural y educativo de recepción libre, gratuita y sin publicidad”, cuyo objetivo es “hacer de la televisión un instrumento que dé cuenta de la diversidad cultural y geográfica de Chile”, lo que impone mayor presión sobre la necesidad de reformular la regulación actual de la TV pública.

Con respecto a **internet**, las políticas públicas en el ámbito digital tienen un énfasis exclusivo en el punto de vista del desarrollo económico y comercial, carente de una perspectiva socio-comunicacional y un análisis desde la perspectiva de Derechos Humanos. Tampoco existe una institucionalidad ad hoc que asegure un ingreso equitativo de Chile a la sociedad de la información. La gran pregunta a responder es si internet lo vamos a considerar como un servicio / bien público o como un servicio de pago en que el mercado regule su contenido y cobertura. Lo anterior porque a pesar de los discursos auto-complacientes, la brecha digital sigue siendo un problema: según datos de 2014 de la Subtel, mientras un 54,9% de los hogares urbanos tiene acceso a Internet vía Banda Ancha Fija Residencial (que es la que permite garantizar mejores velocidades y calidades de conexión, en dispositivos que permiten acceder a contenidos más elaborados), sólo un 13,8% de los hogares rurales cuenta con ella.

Del mismo modo, Chile no cuenta con una regulación que asegure estándares de calidad de servicio que puedan ser exigidos por los usuarios. El resguardo a la protección de datos personales contenido en la legislación chilena, tiene vacíos y deficiencias especialmente en su aplicación en el entorno digital. Tampoco existen protecciones legales para los intermediarios respecto a acciones legales relativas a delitos contra el honor u honra (aunque sí existen en materia de propiedad intelectual: ver artículo 85 y siguientes ley 17.336) que puedan generar eventual responsabilidad patrimonial para un intermediario de Internet. Tenemos una ley de neutralidad en la red, que fue celebrada en su momento como un gran logro. Ella otorga cierta protección a prestadores de conexión a internet, pero no para contenidos como hosting, foros online o redes sociales. Es decir, la ley permite que no se discriminen contenidos a los clientes por las ISPs (prestadoras de servicios de internet), impidiendo que éstas censuren o degraden en razón de contenidos o protocolos. Sin embargo, hay empresas de telefonía móvil que hacen promociones que no se están fiscalizando por subtel como las de “redes sociales gratis”, que discriminan contenidos al no cobrar por algunos de ellos y eso puede entenderse como vulneración a libertad de expresión, al condicionar opciones de las audiencias. En el caso de los medios digitales online la neutralidad de la red entrega unas condiciones equitativas pero sólo marginalmente: todavía es necesario el desarrollo de políticas para financiar y dar protección legal a la creación de contenidos, por lo que debería complementarse con otras neutralidades como la neutralidad en el financiamiento estatal a los medios (volvemos así al tema publicidad estatal).

A lo anterior se agrega el hecho de tener vigentes tipos penales de injurias y calumnias. En este último tiempo hay un par de fallos judiciales que suponen problemas para libertad de expresión en internet, especialmente en la medida que más que responsabilidad ulterior pueden implicar censura previa: el fallo donde ordenaron a Google borrar un blog que hablaba del hoy fiscal nacional y otro fallo que obliga a una mujer de Punta Arenas a borrar una foto y comentarios que subió a Facebook

Si entramos al campo de las **telecomunicaciones**, el mercado de empresas que ofrecen servicios de conectividad fija y móvil de Internet y telecomunicaciones está concentrada en 3 grupos: Movistar, Entel, Grupo Claro y en menor medida el Grupo GTD y los operadores móviles VTR y Virgin. Tres de estas compañías (Movistar, Entel y Claro) poseen el 95,4% de los clientes de Internet móvil (3G+4G). En cuanto al mercado de conectividad fija residencial, el 76,1% de los accesos a Internet vía Banda Ancha Fija Residencial lo controlan las empresas VTR y Movistar (Subtel, 2014). No hay políticas públicas que promuevan el desarrollo de proveedores

comunitarios y/o de cooperativas de servicios de telecomunicaciones. Existe una total dependencia de proveedores externos en relación a la infraestructura tecnológica de la comunicación: la banda ancha, satélites y servidores que usamos tienen su centro de distribución fuera del país, lo que atenta contra nuestra soberanía tecnológica.

Si bien la concentración de la propiedad en el sector de las telecomunicaciones no implica por sí misma problemas de conectividad, entrega menos posibilidad de elegir a los consumidores, afectando así la libre competencia por un lado y a su vez la calidad del servicio, por otro: una calidad deficiente de las conexiones puede impedir el acceso en la red a determinados medios que requieren de mejor ancho de banda, como por ejemplo los canales de video digital.

Una vez que hemos hablado de radiodifusión y telecomunicaciones, es importante hacer mención al **espectro radioeléctrico**, toda vez que es un bien común por el que circulan la mayoría de estos medios y empresas. Lo que tenemos es una sobre-representación del sector privado comercial en la distribución de las concesiones del espectro radioeléctrico (radio, TV, telefonía, internet). No hay acceso equitativo con respecto a sector público y sector no-comercial (comunitario, social). En la medida que no existe una regulación específica antimonopolios y de libre competencia ni se regula la propiedad cruzada en el sector de las comunicaciones que utiliza espectro radioeléctrico, también se pone en riesgo el derecho a la libertad de expresión.

Finalmente, es importante también señalar que pasa con **los profesionales de la comunicación** en este contexto. El primer dato es que el control ético de la profesión no tiene efectos jurídicos y funciona como auto-regulación solamente. Esto tiene una explicación histórica, relacionada con las medidas de la dictadura de Pinochet contra la tuición ética de los colegios profesionales. Por otro lado, tampoco hay incentivos a la sindicalización de los trabajadores de la comunicación. Los sindicatos no tienen la titularidad de los beneficios negociados, privilegiándose así la acción individual por sobre la acción colectiva. No poder negociar por rama también debilita la posibilidad de presionar a los empleadores.

Hay una creciente tendencia a la informalidad (figuras de “colaborador”, “practicante”; los empleadores desconocen la relación de subordinación y dependencia), en desmedro de contratos de trabajo que ofrezcan protección social. Bajo estas figuras, periodistas o creadores audiovisuales no son reconocidos como empleados (sobre todo -pero no solamente- en medios de tamaño mediano o pequeño), obligando a formar empresas o a trabajar a honorarios. Todo lo anterior afecta el derecho a huelga, a vacaciones o a fuero maternal. En el caso de los creadores audiovisuales, existen problemas específicos relacionados con el reconocimiento de la propiedad intelectual en su relación con productoras y canales de TV. Estas condiciones laborales precarias se convierten en caldo de cultivo para la autocensura, que pese a estar dada por condiciones estructurales, se vuelve imperceptible para la opinión pública.

Pero todo lo anterior no sólo tiene impacto sobre el sector de las comunicaciones y telecomunicaciones, sino que también sobre la sociedad chilena en general. Las organizaciones de la sociedad civil, sus temas y problemas tienen baja presencia en los medios dominantes. La realidad que construyen estos medios se desarrolla dentro una estructura concentrada de la propiedad de medios y servicios de telecomunicaciones, con capitales en otros sectores de la economía cada vez más estratégicos. La concentración también afecta la libertad de elección: por ejemplo, cuando se omite información negativa no sólo de los dueños de los medios, sino también

de sus anunciantes.

Por otro lado, la Corte Interamericana ha señalado que “los medios de comunicación cumplen un papel esencial en tanto vehículo o instrumento para el ejercicio de la libertad de expresión e información, en sus dimensiones individual y colectiva, en una sociedad democrática”. Teniendo la tarea de “transmitir toda clase de informaciones y opiniones sobre asuntos de interés general que el público tiene derecho a recibir y valorar de manera autónoma. En tal sentido, la jurisprudencia y la doctrina regional han reiterado que la existencia de medios de comunicación libres, independientes, vigorosos, pluralistas y diversos, es esencial para el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática” (CIDH, 2010: 1). Por lo tanto, la CIDH interpreta que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión colectiva. Pero la interpretación que hacen los tribunales de los países no siempre tienen en consideración esta dimensión colectiva o priorizan una sobre la otra. Un ejemplo reciente en Chile tiene que ver con la demanda que hizo Conadecus por acaparamiento de espectro contra las principales operadoras que controlan el mercado de la telefonía móvil: el Tribunal de la Libre Competencia rechazó la demanda (y obligó a pagar las costas del juicio) argumentando que la organización de consumidores no tenía legitimidad para interponer la demanda por no ser una empresa potencialmente afectada.

En síntesis, aunque el objetivo de los medios de comunicación es garantizar la democracia, el concepto social de la comunicación y el periodismo se ha perdido. La ley de prensa promueve el pluralismo, pero si esto no está consagrado en la Constitución, es letra muerta. En coexistencia con este escenario se desarrolla un sector de las telecomunicaciones que producto de la convergencia digital es cada vez más difícil de separar del de las industrias culturales, pero las legislaciones nacionales (no sólo en Chile) apuntan cada vez más a equiparar el sector de las comunicaciones al de las telecomunicaciones que al revés, teniendo así como consecuencia la existencia de menores resguardos sobre las distintas dimensiones culturales y políticas de la comunicación (diversidad, pluralismo, democracia)

### **¿Cómo abordar estas diversas dimensiones del Derecho a la Comunicación cuando discutamos la Nueva Constitución para asegurar que queden resguardadas y protegidas?**

Nuestra propuesta es que no es necesario que la Constitución se pronuncie explícitamente para garantizar cada uno de estos derechos y los casos en que limite o colinde con otros. Si bien hay quienes consideran que atendiendo a la idiosincracia chilena, mientras más se explicita todo, mejor. El problema es ¿qué pasaría cuando surjan nuevos temas que el texto constitucional no incluye? Volveríamos otra vez a punto cero.

En este sentido, consideramos que en primer lugar no sólo hay que quedarse con lo que dicen los textos, sino también el sentido y los procesos por los cuales se ha llegado a los diversos textos constitucionales en diversos países.

Elegimos al azar varias Constituciones (Marruecos, Uruguay, Alemania, España, Colombia, Chile y Suecia) para ver cuál desarrollaba mejor el derecho a la libertad de expresión. Pero no analizamos únicamente el contenido relativo a las libertades fundamentales, sino que también atendimos a otros aspectos constitucionales. Por otro lado, también pudimos constatar que la situación de los países es dinámica, como muestran los ranking en materia de libertad de expresión, y su respeto por las libertades puede mejorar o empeorar por cambios sociales o

políticos, incluso manteniendo el mismo texto constitucional.

### Texto, contexto y legitimidad

El texto de la Constitución de Marruecos, por ejemplo, es el más extenso y el más explícito, pero es importante conocer el proceso de elaboración constitucional. Marruecos tiene una Constitución otorgada por un grupo de expertos, con participación limitada del parlamento. Pero la población fue consultada a posteriori, en un contexto donde el rey sigue decidiendo quién es el Presidente. El rey tiene un estatus superior en la Constitución con una serie de prerrogativas que hacen que la Constitución sea *papel mojado*. En este punto es importante estar alerta respecto de las limitaciones de una carta otorgada: la participación de la ciudadanía en la redacción de los textos es una garantía de legitimidad.

Mientras, los suecos tienen un texto más corto que en la práctica es más garantista. Su texto dice: “la democracia sueca se basa en la libre formación de la opinión y el derecho a sufragio”. Es decir, la libre formación de la opinión es un principio constitucional. Esto justifica que Suecia pueda hacer intervención sobre los medios públicos y privados. Porque es un principio constitucional tan fuerte, que aunque en su ley de prensa puede que no diga que el Estado puede intervenir, se interpreta que puede hacerlo porque la libre formación de la opinión es un bien jurídico fundamental para la democracia, al mismo nivel que el derecho a voto.

Pero no es sólo el texto. Lo interesante es la trayectoria democrática que tiene Suecia. En 1776 ya prohibieron la censura. En 1810 ya tenían una ley de prensa muy avanzada. No necesita que sus textos sean explícitos, porque ya tiene incorporada en la trayectoria de su país estos derechos de una manera muy asentada. Entonces, es importante tener en consideración la tradición democrática del país como contexto. En función de eso, el instrumento constitucional puede ser de una manera o de otra.

Tampoco hay que quedarse con lo que los textos recogen literalmente. Hay derechos que no se incluyen en el texto, por lo que hay que acudir al contenido implícito. Por ejemplo, el derecho a crear medios de comunicación o el secreto profesional de los periodistas, no siempre se recogen en las Constituciones. Pero luego los tribunales han entendido que se trata de un contenido implícito. Se deduce del contenido. Que un derecho no esté descrito explícitamente no significa que no esté incluido en una Constitución.

### Cláusulas y principios

Otro elemento clave son las cláusulas constitucionales, que se convierten en claves de lectura de todo el texto constitucional. Tanto Alemania como España, por ejemplo, tienen en su texto la cláusula constitucional de “Estado social y democrático de derecho”. La Constitución chilena omite referirse a este tema.

Otra cláusula importante en el caso de España es la idea de “La dignidad humana como fundamento de toda comunidad humana”. Entonces, España reconoce la libertad de empresa y la libertad de expresión en su Constitución, pero la libertad de expresión tiene una garantía mucho mayor como derecho fundamental y la libertad de empresa no está catalogada como libertad fundamental. Por lo tanto, a la hora de ponerlas en una balanza, la libertad de expresión tiene mucho

más peso. Esto permite que el Estado regule de una manera mas detallada los medios de comunicación. Asimismo, en España, en el caso de la propiedad privada, se le exige un rol social (a partir de la cláusula del Estado social). Con lo cual, un privado puede encontrarse con mayores límites a su derecho a la propiedad. El uso del derecho a la propiedad debe servir al bien común. Esta cuestión se vuelve muy importante al hablar de los medios de comunicación y los servicios de telecomunicaciones.

También es importante que el texto reconozca como principio constitucional la igualdad formal y material (la Constitución chilena sólo recoge la igualdad formal) y el pluralismo social. La importancia de reconocer como principios la igualdad formal y material, tiene que ver con poder relacionarnos de manera equitativa entre desiguales. En el ámbito que nos convoca, esto tiene que ver, por ejemplo, con que se valore y evalúe los medios sin fines de lucro con indicadores distintos de los de los medios comerciales, tanto en el ámbito legal como en el de las políticas públicas. O en el caso de los proyectos comunicaciones de los pueblos indígenas, tener en consideración la condición de discriminación histórica desde la cual se posiciona este sector de la población. Por último, es importante cómo se interpretan los principios y libertades constitucionales para poder establecer límites a los límites y qué principios interpretativos van a considerarse en los casos de colisión. Por ejemplo en los casos de derecho al honor o los límites a la propiedad de medios de comunicación.

### Las instituciones del Estado

El rol de las distintas instituciones. No en los mismos países han hecho el mismo rol. El Tribunal Constitucional en Chile ha sido mucho más conservador. Las Constituciones de Chile y Colombia se parecen mucho, pero sus respectivos Tribunales Constitucionales las interpretan de manera diferente: allá ha permitido garantizar derechos de los indígenas, a la comunidad LGTB que en Chile serían impensables. La Constitución de Uruguay también se parece mucho a la chilena, pero en los últimos gobiernos el poder legislativo ha hecho una interpretación distinta de los límites a la actividad de los privados. A pesar de tener un contenido parecido, están haciendo una intervención muy intensa sobre medios públicos y privados, un ejercicio de democratización de las comunicaciones que es referente en la región a través de la implementación de una Ley de Servicios Audiovisuales (2014).

### Tratados internacionales

La relación con los tratados internacionales es fundamental, porque estos organismos están avanzando mucho más que los países en el desarrollo de algunos derechos. Entonces ahí es clave como las constituciones recogen esto, porque Chile por ejemplo firma tratados que luego no cumple. Que en la Constitución quede clara la obligatoriedad de los tratados internacionales y como se resuelve su incumplimiento. Porque si no se hace, existen tensiones respecto en cómo resolver las colisiones con el derecho interno y si la Constitución está o por encima de los tratados o no. Existen distintas resoluciones de organismos internacionales señalando el incumplimiento de Chile de diversos tratados internacionales. Por ejemplo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

## Referencias

AMARC (2010): *40 Principios para garantizar la diversidad y el pluralismo en la radiodifusión y los servicios de comunicación audiovisual*. Buenos Aires: Fundación Ford

Buckley, S.; Duer, K.; Mendel, T.; O'Siochru, S.; Price, M. E. Price; Raboy, M. (2008): *Broadcasting, Voice, and Accountability: A Public Interest Approach to Policy, Law, and Regulation*. Washington, D.C.: The World Bank Group and the University of Michigan Press.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Relatoría de la Libertad de Expresión, CIDH - RELE (2010): *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente*. Washington, D.C.: Organización de Estados Americanos

Hamelink, C-. (2003): *El derecho a comunicarse*. URL: [http://www.infoamerica.org/documentos\\_word/hamelink02.doc](http://www.infoamerica.org/documentos_word/hamelink02.doc)

Llanos, H. (2011): “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, DESCs”. Universidad Bernardo O'higgins. Instituto de Ciencias Sociales y de la Comunicación. URL: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/10/5-Llanos.pdf>

Parlamento Europeo (2008): *Resolución del Parlamento Europeo sobre los medios del tercer sector de la comunicación (TSC) (2008/2011(INI))*.

Subsecretaría de Telecomunicaciones, Subtel (2014): *V Encuesta Acceso y Usos de Internet*

VV.AA. (1980): *Un solo mundo, voces múltiples*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Tupper, P. (2005): “Sí, las ideas del Informe MacBride son todavía vigentes”. *Quaderns del CAC* núm. 21, enero-abril 2005. Especial XXV aniversario del Informe MacBride. Comunicación internacional y políticas de comunicación. Pp. 49 – 51.