

LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN COMO DERECHO AUTÓNOMO Y DIFERENCIADO:
FUNDAMENTOS Y CONSECUENCIAS
(UN ANÁLISIS DE ALCANCE UNIVERSAL REALIZADO DESDE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA)

Freedom of Information as an Autonomous and Distinct Right:
Foundations and Consequences
(an analysis of universal scope carried out from the Spanish experience)

FRANCISCO JAVIER LETURIA INFANTE¹

JUAN FELIPE VILLANUEVA FIGUEROA²

Resumen

La libertad de información es un derecho autónomo y diferente de la libertad de expresión. No se trata de una faceta o forma de ejercer esta última, ni de una especie del género libertad de expresión como ha planteado cierta doctrina y jurisprudencia hoy minoritaria. Esta forma de entender la libertad de información es actualmente adoptada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia mayoritaria de España. Ello, creemos sirve de ejemplo e impulsa una tendencia mundial que busca consagrar de forma autónoma la libertad de información en los ordenamientos jurídicos de cada país y que a través de este artículo buscamos impulsar.

La consagración de la libertad de información como derecho autónomo se fundamenta en su función institucional y no en su dimensión de garantía individual, sin perjuicio de que debe existir una relación balanceada entre ambas dimensiones. La referida consagración tiene al menos tres consecuencias positivas que la hacen deseable: eleva la formación de una opinión pública vigorosa e informada a la calidad de “bien jurídico protegido”; le da preferencia relativa frente a otros derechos; y facilita la consagración, promoción y protección del derecho de acceso a la información pública.

Palabras clave

Libertad de información, derecho a la información, libertad de expresión.

Abstract

Freedom of information is an autonomous right different from freedom of speech. It is not a facet or way of exercising the latter, nor is it a species of the genus freedom of speech as has been suggested by certain minority doctrine and jurisprudence. This understanding of the right to freedom of information is dominant today both in doctrine and the jurisprudence of courts in Spain. We believe that serves as an example and drives a global trend that seeks to enshrine freedom of information autonomously in the legal systems of each country which we promote with this paper.

The autonomy of freedom of information as a right is based on its institutional function and not on its dimension of individual guarantee, without prejudice to the fact that there must be a balanced relationship between both dimensions. Understanding freedom of information as an autonomous right has at least three positive consequences that make it desirable: it raises the formation of a vigorous and informed public opinion to the higher level of a “protected legal asset”; it gives it a relative preference over other rights; and it facilitates the enshrinement, promotion and protection of the right of access to public information.

Key words

Freedom of information, right to information, freedom of speech.

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Profesor de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Comunicaciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Presidente del Consejo para la Transparencia, Santiago, Chile. Correo electrónico: franciscoleturia@gmail.com.

² Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: jfvillan@uc.cl.

1. Introducción

En el capítulo 2 de este trabajo nos referiremos brevemente a la discusión sobre la existencia de la libertad de información como un derecho autónomo de la libertad de expresión y la relación existente entre ambas libertades. Asimismo, nos cuestionaremos sobre la conveniencia de su consagración autónoma en razón de las consecuencias que ello traería. Para lo anterior, analizaremos lo sostenido actualmente por la jurisprudencia y doctrina mayoritarias al respecto, enfocándonos especialmente en España.

En el capítulo 3 abordaremos los antecedentes del reconocimiento constitucional de la libertad de información como derecho autónomo en España para llegar al tratamiento de su situación actual. Analizaremos el caso español en conjunto con el de otros países, todos los cuales creemos forman parte de una tendencia mundial al respecto, que a través de este artículo buscamos impulsar.

Continuaremos en el capítulo 4, tratando el principal fundamento de esta tendencia: la dimensión institucional de la libertad de información, diferenciándola, de paso, de su dimensión de garantía individual, para luego en el capítulo 5 describir la relación balanceada que debe existir entre ambas e identificar la forma de cumplir este objetivo y los riesgos asociados a no hacerlo.

En el capítulo 6 nos referiremos a las consecuencias más relevantes que trae aparejada la consagración de la libertad de información como un derecho individual y autónomo. Sostenemos que estas constituyen la principal razón para estimar que dicha consagración es conveniente y, por tanto, recomendable para los países que todavía no lo han hecho.

Finalmente, en el capítulo 7 ofreceremos nuestras conclusiones.

2. ¿Derechos diferentes o una relación de género/especie?

El análisis de los cuatro acápites del artículo 20.1 de la Constitución Española (CE)³ referidos a las libertades de comunicación⁴, ha permitido un rico debate doctrinal y jurisprudencial. En ese ejercicio, la primera pregunta ha girado en torno a si ellos, en especial los apartados a) y d), constituyen o no derechos diferentes, o si sólo expresan distintas formas de ejercer un mismo derecho. Pregunta que no nos parece la fundamental, dado que la discusión sobre la existencia de un derecho humano siempre será compleja y sumamente ligada al contexto histórico respectivo. Ahora bien, sin dudas ese cuestionamiento cumple un rol introductorio a lo realmente importante: ¿Conviene la consagración de la libertad de información como un derecho autónomo?

Hay quienes sostienen que esta es una faceta o forma de ejercer la libertad de expresión que, dada la importancia asignada en las sociedades democráticas contemporáneas, merece un análisis más detenido y autónomo, sin alcanzar por ello a configurar un derecho diferente⁵. Bustos hace notar que para aquellos que sostienen una posición unitaria, la distinción constitucional sólo tendría por objeto hacer evidente la amplitud de contenido y la riqueza de posibilidades del derecho protegido⁶.

³ Constitución Española, de 1978, artículo 20, señala que “se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades (...)”.

⁴ GARCÍA (2007), p. 360.

⁵ DE ESTEBAN et al. (1980), pp. 165-166; ROMERO (1984), pp. 33-34; LÓPEZ et al. (2013), p. 263.

⁶ BUSTOS (1994), p. 263.

Esta postura tiene apoyo en el hecho de que la mayor parte de las constituciones⁷ y tratados internacionales sobre derechos humanos⁸ dan a ambos derechos un tratamiento unitario.

Por otro lado, se sustenta desde la real dificultad que existe para diferenciar el ejercicio entre ambas libertades, ya que, muchas veces un solo acto encuentra protección en ambos derechos.

Esta comprensión ha permitido sostener que entre ambas libertades existe una relación de género/especie, donde el género es la libertad de expresión, mientras la libertad de información sólo constituye una forma particular de ejercerla. Contribuyó a esta postura alguna jurisprudencia constitucional⁹, aunque fue prontamente abandonada.

Solozábal considera ambos derechos como diferentes, pero realizando un interesante matiz. La libertad de información, antes que “hija” de la libertad de expresión, sería un supuesto y requisito de la primera, pues “sin información no hay opinión”¹⁰.

En la actualidad, la postura dominante sostiene que ambos derechos son diversos¹¹, aunque vinculados en muchos aspectos, como por ejemplo su forma de ejercicio¹². Desde hace muchos años la jurisprudencia constitucional española no plantea dudas sobre la materia¹³.

Al igual que el Tribunal Constitucional de España (TCE), el Tribunal Supremo Español ha sostenido la tesis de la diferenciación, señalando que “la libertad de expresión, igualmente reconocida en el Art. 20 de la Constitución Española, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información, porque en tanto ésta se refiere a la narración de hechos, la de expresión alude a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones y no la narración de hechos reales cuyo conocimiento fidedigno es de interés general (...)”¹⁴.

Sin embargo, no todos los asuntos relativos al contenido del derecho a la información se encuentran plenamente resueltos, habiéndose planteado dudas entre los partidarios de la postura actualmente dominante, entre otros aspectos, en torno a si tiene o no diferencias sustanciales con el derecho a la libertad de expresión en cuanto a la amplitud del ámbito protegido, su alcance, y propósito, así como a la forma en que deben ser ponderados cuando entran en conflicto con otros derechos fundamentales. Las definiciones que puedan ofrecerse respecto de estos puntos, como veremos, tendrán múltiples e importantes consecuencias.

⁷ Por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos, de 1787, primera enmienda; la Constitución de Alemania, de 1949, artículo 5; y la Constitución de Colombia, de 1991, artículo 20.

⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, artículo 19; Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, artículo 10; y Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, artículo 13.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 6/1981 de 16 de marzo.

¹⁰ SOLOZÁBAL (1991), p. 81.

¹¹ SOLOZÁBAL (1988), pp. 142-144; SOLOZÁBAL (1989), pp. 172-173; SOLOZÁBAL (1991), p. 80; AGUILERA (1990), pp. 7-13.

¹² BUSTOS (1994), p. 263, precisa, a nuestro parecer acertadamente, que “la tarea de concretar las aplicaciones prácticas de los derechos fundamentales no corresponde al precepto constitucional, sino más bien al intérprete y a los encargados de asegurar el respeto a las libertades (...)”, por lo que no tendría objeto que la CE se refiriera, en acápites distintos, a cuatro diversas formas posibles de ejercer un mismo derecho. Siguiendo esta lógica, cada uno de ellos debe constituir necesariamente un derecho diverso.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 126/2003 de 30 de junio, FJ 3, sostiene que “(...) pese a su frecuente imbricación práctica, es sabido que ambos derechos presentan un contenido diferente y también unos límites y efectos distintos. En el art. 20.1 a) CE, la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información del art. 20.1 d) CE versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables y de interés general”. Complementa lo anterior, la Sentencia del Tribunal Constitucional de España 174/2006 de 5 de junio, FJ 3 que sostiene que “(...) Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades (...)”. En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional de España 105/1983 de 23 de noviembre, FJ 11; 168/1986 de 22 de diciembre, FJ 2; 165/1987 de 27 de octubre, FJ 10; 6/1988 de 21 de enero, FJ 4; 107/1988 de 8 de junio, FJ 2; 51/1989 de 22 de febrero, FJ 2; 4/1996 de 16 de enero, FJ 3; y 57/1999 de 12 de abril, FJ 7.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo Español 154/2008 de 25 de febrero, que se apoya, a su vez, en las sentencias 104/1986 de 17 de julio y 139/2007 de 4 de junio.

3. Antecedentes del reconocimiento constitucional de la libertad de información en España, situación actual y tendencia mundial

Si bien la positivización del derecho a la información como un derecho autónomo y diferente de la libertad de expresión es reciente, la diferencia entre ambos derechos ha sido reconocida desde hace décadas por la jurisprudencia y la doctrina, que ya desde muy antaño habían establecido diversos grados de protección según se tratara de una simple expresión, o de información veraz y relevante sobre materias de interés público¹⁵.

A pesar de que muchos tratados internacionales sobre derechos fundamentales siguen regulando ambos derechos unitariamente, no sería de extrañar que en los próximos años más países se sumaran a lo que ya parece ser una tendencia internacional al reconocimiento positivo autónomo de la libertad de información.

La CE fue una de las primeras en diferenciar ambos derechos de forma explícita¹⁶. Sin embargo, España no es el único país que ha incorporado a su derecho positivo esta diferenciación a nivel legal y/o constitucional.

De esta forma, existe una diferencia de gradualidad en la intensidad con que los países han adscrito a esta tendencia. Adscriben en mayor medida, los que consagran esta diferenciación a nivel de sus constituciones y, en menor medida, aquellos que solo lo hacen a nivel legal.

Resulta ilustrativo detenernos brevemente en los casos de países como Suecia o Suiza, que adscriben a esta postura con mayor intensidad, o México y Chile, que lo hacen con una intensidad menor¹⁷.

La situación de Suiza es similar a la española, dado que su Constitución garantiza tanto la libertad de opinión como de información, dando a ambas un tratamiento autónomo y diferenciado en los numerales 2 y 3 del artículo 16¹⁸.

Suecia sigue esta misma línea. Si bien carece de texto constitucional único, ya que su Constitución está dividida en diversos instrumentos normativos esenciales, uno de ellos es la Ley sobre Libertad de Prensa, la que se refiere a la materia¹⁹. Esta ley les garantiza separadamente a todos los ciudadanos, por una parte, la libertad de expresión, y, por la otra, la libertad de información²⁰. Ambos derechos están regulados en numerales distintos del artículo 1 de dicha ley, lo que da cuenta de un nivel máximo de diferenciación entre ambos derechos consagrado en sus normas fundamentales.

En México, si bien la Constitución regula las libertades de expresión e información en los mismos artículos (6 y 7), ya que la primera se enuncia como *“la manifestación de ideas”* y la segunda como *“el derecho a la información”*, este último es explícitamente *“garantizado”* por el Estado, de lo que se sigue que existe un claro reconocimiento del mismo, sin matices²¹.

¹⁵ SOLOZÁBAL (1991), p. 106, señala incluso que antes del reconocimiento expreso de la libertad de información como derecho autónomo la consideración de la vertiente institucional de la libertad de expresión, junto con la mención de la prensa y de la opinión pública como “instituciones”, habían prestado ya gran utilidad, sobre todo jurisdiccional, y sin duda, pavimentaron el camino para ese reconocimiento.

¹⁶ VILLAVERDE (1994), p. 49.

¹⁷ Por motivos de extensión, no es posible tratar la situación individual de cada uno de los países que consagra la libertad de información como un derecho autónomo. Para ahondar al respecto, ver, por ejemplo, VILLANUEVA (2006), pp. 84-342, que estudia en detalle un importante número de países.

¹⁸ Constitución Federal de Suiza, de 1999, artículo 16, establece que: “(...)2 Toda persona tiene derecho a formar, exteriorizar y comunicar libremente su opinión. 3 Toda persona tiene derecho a recibir libremente información, a obtenerla de medios comúnmente accesibles y a difundirla libremente”.

¹⁹ VILLANUEVA (2006), pp. 298-299.

²⁰ Ley de Libertad de Prensa, de 1975, artículo 1, establece que “Todos los ciudadanos tendrán garantizado lo siguiente en sus relaciones con la administración pública: 1. Libertad de expresión: libertad de comunicar información y expresar ideas, opiniones y emociones bien oralmente, por escrito, en representaciones gráficas o de cualquier otra manera; 2. Libertad de información: la libertad de obtener y recibir información y estar al corriente de las declaraciones de otros”.

²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917. “Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado. Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión (...).

Adicionalmente, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, garantiza el derecho a recibir información relevante para la ciudadanía²².

En Chile ocurre algo parecido que en México a nivel constitucional. Ambas libertades se tratan en el artículo 19 N° 12 de la Constitución. La libertad de expresión se identifica con “*la libertad de emitir opinión*”, en cambio, la segunda, con la facultad “*de informar*”²³.

Asimismo, en el ámbito legal chileno, la Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo en sus dos primeros incisos del artículo 1 reitera lo establecido por la Constitución en la materia. Sin embargo, su inciso final agrega que “*se reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general*”, sentando un importante punto: se regula autónomamente la libertad de información en un inciso completo y se explicita que la protección que otorga la ley no es a informar cualquier hecho, sino aquellos de interés general²⁴. Por su parte, la Ley sobre Acceso a la Información Pública, establece y regula de forma autónoma el derecho a acceder a información pública²⁵.

Habiendo hecho este breve recorrido por las legislaciones de algunos países del mundo, se hace necesario explicar el por qué creemos que el análisis tiene un alcance universal. En otras palabras ¿Qué razones justifican pensar que si dicha consagración es útil o conveniente para España (y los demás países revisados) lo debe ser también para otros países que todavía no han avanzado en ese sentido?

En primer lugar, la universalidad es una característica históricamente atribuida a los derechos humanos, de lo que se sigue que lo que se dice de estos para los habitantes de un país del mundo, es aplicable a los de otro. Ellos siguen la lógica de un modelo abstracto, vale decir que - en materia de ventajas y desventajas de su consagración - las experiencias en un país pueden extrapolarse a otro, dado que no están limitados por un marco territorial²⁶.

Adicionalmente, y tal como veremos, la libertad de información tiene una función institucional que sirve a la democracia, dado que la información es consustancial a ella. Si consagrar de forma autónoma este derecho en un país democrático fortalece dicha función institucional, nada obsta a pensar que dichas consecuencias se repetirán en un país que ocupe el mismo sistema político.

4. Doble función de la libertad de información

4.1. Función institucional y garantía individual

Quizás con la sola excepción de los derechos de defensa, en los que su protección se satisface con la sola abstención del Estado²⁷, todo derecho requiere, para su ejercicio efectivo, algo más que su solo reconocimiento normativo. La labor del Estado no termina en darles desarrollo en una ley, sino que también exige la implementación de políticas y acciones

Artículo 7o. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio (...)."

²² Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, de 11 de junio de 2002. "Artículo 1. La presente Ley es de orden público y tiene por objeto proveer lo necesario en el ámbito federal, para garantizar el derecho de acceso a la Información Pública (...)."

²³ Constitución Política de la República de Chile, de 2005, artículo 19 N° 12, establece que "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 (...)."

²⁴ Ley N° 19.733, de 2001.

²⁵ Ley N° 20.285, de 2008. "Artículo 10.- Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley".

²⁶ PECES-BARBA (1994), pp. 614-615, señala que "cuando se habla de universalidad de los derechos se están diciendo al menos tres cosas diferentes, aunque vinculadas a su raíz. Si nos situamos en el plano lógico, por universalidad hacemos referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombres. Si nos situamos en el plano temporal, la universalidad de los derechos supone que tiene una carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si, por fin nos situamos en el plano espacial por universalidad entendemos la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción".

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 77/1982 de 20 de diciembre, FJ 1.

concretas que aseguren determinadas condiciones - y remuevan obstáculos - para su ejercicio y protección.

Más aún, existen ciertos derechos cuyo ejercicio, si bien es una decisión individual, debe ser fomentado, pues de ellos depende la existencia de muchos otros bienes sociales valiosos. En el caso de la libertad de información, ellos son la propia existencia del sistema democrático y con él la posibilidad de dar protección efectiva a todos los demás derechos que le son inherentes.

Así, el principal fundamento de la consagración autónoma de la libertad de información es su función institucional, que, a su vez, la distingue de la libertad de expresión, en la que, sin estar ausente, presenta una intensidad menor.

La función institucional considera que cierto tipo de expresiones, al informar a la comunidad de asuntos de interés colectivo, permiten mejorar el conocimiento y la calidad de los análisis y debates respecto a muchos asuntos relevantes y así la toma de decisiones.

La propia democracia, como sistema político y como ideal, al sustentarse en las decisiones mayoritarias libremente tomadas, y en el respeto a la autonomía y dignidad humana, requiere que se ponga a disposición de los actores sociales un máximo de información, puntos de vista y análisis posibles, ya que, sin ellos, su ejercicio se vuelve imposible o se deteriora significativamente. Por tanto, la calidad y profundidad de la democracia dependerá, en buena medida, del espacio que se reconozca a la libertad de información, y, más concretamente, a la capacidad de entregar a la opinión pública información veraz y suficiente en tiempo y forma.

Ahora bien, si creemos que la democracia es el modelo que permite en mejor manera la protección de la dignidad humana y de sus derechos asociados, y ella depende en buena medida del debido ejercicio de la libertad de información, será correcto afirmar que la protección de los demás derechos constitucionales exigirá, como requisito, de la existencia de este derecho.

La vertiente institucional de la libertad de información permite tener conciencia que su establecimiento y protección constitucional se justifica antes por su trascendencia social que por sus beneficios individuales.

Según Solozábal, esta idea ha tenido su desarrollo más acabado en Alemania, donde ya desde el siglo XIX se consideraba a la libertad de información como *“el desempeño de una función u oficio de colaboración, complemento o suplencia de la representación política, y cuya verdadera titularidad, por tanto, corresponde al pueblo”*²⁸.

En España, el TCE ha reiterado en forma uniforme que el derecho a informar se funda en el interés colectivo que existe sobre el conocimiento de hechos que pueden encerrar trascendencia pública, y que por lo mismo son necesarios para que la participación en la vida colectiva sea real²⁹.

Por otra parte, la libertad de información tiene una clara dimensión de garantía individual, independiente de los fines sociales que existan detrás de su consagración. Esta dimensión faculta a su titular para ejercer o no ejercer este derecho, y para determinar su configuración, pudiendo orientarlo al debate político *“pero solo si ésta es su voluntad”*³⁰.

Este carácter dual de la libertad de información ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia constitucional en España³¹ como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)³².

4.2. Rol de la prensa en la función institucional

Sin duda, la prensa juega un rol fundamental en la búsqueda, difusión y recepción de información y en la expresión de opiniones, pero no debe confundirse con ello. La libertad de

²⁸ SOLOZÁBAL (1991), pp. 100-102.

²⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional de España 6/1981 de 16 de marzo, FJ 3, que fue la primera en reconocer esta dimensión institucional; 105/1983 de 23 de noviembre, FJ 11; 6/1988 de 21 de enero, FJ 5; y 154/1999 de 14 de septiembre, FJ 2.

³⁰ SOLOZÁBAL (1991), p. 103

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 6/1981 de 16 de marzo, en su FJ 4.

³² Corte IDH, Opinión Consultiva 5/85 sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas (1985), párrafo 31.

prensa – que implica el derecho a fundar medios de comunicación (MMCC), ya sea escritos, radios, canales de televisión o digitales sin más intervención gubernamental que las leyes que los regulan³³– si bien íntimamente vinculada, se distingue del derecho de cada ciudadano a buscar, difundir o recibir información de interés público o simplemente de manifestar opiniones, juicios o creencias personales.

Como sostiene Charney, desde la teoría del pluralismo crítico (que desarrollaremos más adelante), son los MMCC, aquellas instituciones que, con sus asimetrías, “*distribuyen las posibilidades de los individuos y grupos para expresarse, ser oídos y acceder a la información disponible*”. En otras palabras, uno de los objetivos tradicionales de los MMCC – junto con controlar la acción de los gobernantes – es “*asegurar el derecho a la información*” y permitir el enfrentamiento de ideas, sin perjuicio de que urja su democratización y la nivelación de asimetrías de poderes involucrados en ellos³⁴.

La libertad de prensa se distingue de la libertad de informar en varios aspectos. Respecto del acento implícito en ellas, la primera se asocia más a la propiedad sobre los MMCC y el desempeño en los mismos, en cambio, la segunda a una facultad de las personas en tanto tales³⁵. Respecto de su sujeto activo al fluir la información, en la primera el emisor es un periodista o trabajador de MMCC, en cambio, la libertad de información puede ser ejercida por todo ciudadano. En esta libertad el sujeto protegido es el receptor, entendido como individuo o colectividad. Este receptor es aquel respecto del que se busca que forme sus propias opiniones y que participe de modo responsable de los asuntos públicos³⁶. Adicionalmente, en la primera, el periodista o trabajador de la comunicación tiene la responsabilidad de efectuar una “*razonable comprobación de la información, chequearla y corroborarla con fuentes diversas a las que se haya accedido*”³⁷, lo cual no se exige al ciudadano que ejerce su libertad de información.

Por eso, consagrar esta última de forma autónoma, aún en países en que está reconocida constitucionalmente la primera, es conveniente, ya que protegen cosas distintas y una puede “*parchar*” a la otra. Cuando los MMCC no funcionan correctamente, la actitud investigativa autónoma y proactiva del ciudadano puede conseguir el objetivo de informarlo. Del mismo modo, cuando los MMCC funcionan como deberían, estos pueden suplir la inactividad del ciudadano en el cumplimiento de ese objetivo. Siguiendo con los planteamientos de Charney al explicar la teoría del pluralismo crítico³⁸, “*aunque en las democracias contemporáneas se consagren en las constituciones las libertades de expresión y prensa, estas son en la práctica una ilusión. Por eso, la libertad de información es fundamental como herramienta para no despojar a los ciudadanos de la posibilidad de entender el mundo en que viven por sí mismos*”.

Por lo demás, y basándonos en lo señalado por Cruft, cuando un derecho se consagra de manera autónoma en una constitución se le distingue por su importancia moral– en este caso asociada a su función institucional – independiente de la corriente que se siga³⁹.

La importancia que tiene la prensa en el proceso informativo ha llevado a que parte de la doctrina⁴⁰, seguida de alguna jurisprudencia⁴¹, señale que la provisión del servicio de informar corresponde a un bien público, cuya producción se realiza por una suerte de mandato

³³ STEIEN (2017), p. 66.

³⁴ CHARNEY (2021), pp. 92-94. En sentido similar, Commissioner for Human Rights (2011), p. 6.

³⁵ SNEL (2013), p. 123.

³⁶ BUSTOS (1994), pp. 273-274.

³⁷ COVARRUBIAS (2014), pp. 99-100.

³⁸ CHARNEY (2021), p. 88.

³⁹ CRUFT (2021), p. 1, destaca que se llega a esta conclusión, ya sea que uno adhiera a una postura naturalista, política o meramente legal en materia de derechos humanos.

⁴⁰ SOLOZÁBAL (1991), p. 101, desarrolla la teoría del alemán Hans-Gerd Ridder que sostiene que los MMCC gozan de un reconocimiento constitucional y que su existencia es crucial para una sociedad democrática y de ella depende “*la garantía institucional de la opinión pública*”, por lo que forman parte de la arquitectura constitucional, del mismo modo que lo hacen los partidos políticos y otras asociaciones.

⁴¹ Sentencias del Tribunal Constitucional de España 76/1995 de 22 de mayo y 176/1995 de 11 de diciembre, atribuyen a los medios informativos una “*función constitucional*”, pues consideran que forman parte del sistema de frenos y contrapesos que supone la democracia.

constitucional de libre configuración. Bajo esta comprensión, los MMCC, por mucho que su propiedad, organización y gestión esté entregada principalmente a privados, realizarían una función pública, de vital importancia para la vida institucional.

Estas posturas parecen reflejar parte del esfuerzo realizado por el constitucionalismo moderno por superar las rígidas categorías heredadas del positivismo y liberalismo, que definen a los actores sociales desde un modelo simplificador y binario: lo público y lo privado. En el caso de la información, se hace evidente que los integrantes de la categoría de “lo privado” (mayoría de los MMCC), pueden estar fuertemente involucrados en funciones públicas (que naturalmente se asocian a órganos del Estado) y viceversa⁴², visibilizando la necesidad de flexibilizar estos rígidos criterios.

Sin embargo, no parece que esta clasificación pueda ser abandonada del todo sin el riesgo de generar una confusión de fines con medios. En efecto, aunque la información sea provista en buena medida por los MMCC, ello no debe llevarnos a desplazar la protección otorgada a la libre concurrencia de informaciones (fin) a los actores que lo logran (medios), dado que estos son perfectamente capaces de vulnerar la libertad de información⁴³.

Por ello, parece un exceso sostener que la prensa sea un órgano del Estado o que ejerce una función pública⁴⁴, salvo que ello se comprenda de un modo simbólico, mas no estrictamente jurídico. Ella realiza su aporte por medio de un proceso parcialmente caótico, a veces redundante o incompleto, atomizado, desregulado y extra institucional. Esto es precisamente lo que permite un tipo de control social mucho más permanente, rápido, libre e inclusivo.

5. La relación que debe existir entre ambas dimensiones y riesgos asociados a un desbalance

La dimensión individual de los derechos no puede llevarnos a olvidar su aspecto institucional. Una radicalización de la vertiente individual de la libertad de expresión e información impediría, por ejemplo, establecer restricciones a las mismas fundadas en razones de interés público, haciendo siempre primar el interés particular por sobre el social⁴⁵.

Tampoco puede ocurrir lo contrario. Un énfasis demasiado fuerte en las necesidades colectivas e institucionales podría llevar a que se condicione el ejercicio de un derecho individual a su funcionalidad para la obtención de un estado de cosas (determinado siempre por un grupo muy reducido que ocupa transitoriamente el poder), lo que naturalmente podría generar y justificar una serie de excesos y limitaciones que a nadie interesa promover.

Como advierte Schmitt Glaeser, *“si se da la preferencia a un rendimiento político frente al privado y, correspondientemente, se gradúa la protección del Estado, existe, por tanto, una determinación del contenido del uso del derecho fundamental. Y entre la acentuación de la expresión de la opinión política y la acentuación de una determinada opinión política solo hay una diferencia de grado”*⁴⁶. Siendo así, pese a que en la libertad de información el elemento institucional es particularmente relevante, es fundamental recordar en todo momento su carácter de derecho individual⁴⁷.

Por ello, cualquier restricción a la libertad de expresión y de información deberá ser hecha con máxima cautela y luego de un cuidadoso proceso de balanceo, pues se trata de garantías individuales que el Estado debe promover y proteger.

Con este mismo sentido, el Derecho ha permitido la existencia de errores y comunicaciones molestas a las autoridades públicas, obligándolos a tolerar la disminución de

⁴² SOLOZÁBAL (1991), p. 109.

⁴³ ALDUNATE (2010), pp. 84-85.

⁴⁴ STEIN (1973), p. 134.

⁴⁵ FUENTES (2002), pp. 29-51.

⁴⁶ SCHMITT-GLAESER (1972), p. 293.

⁴⁷ NOGUEIRA (2000), p. 327, nos confirma lo anterior, al señalar que *“las dimensiones individual, colectiva o social de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente”*.

sus derechos a la honra y privacidad⁴⁸, y ha reducido las sanciones y medidas ulteriores que podrían ejercer un efecto silenciador. Así, cualquier restricción deberá tener un carácter estrictamente excepcional y extraordinario⁴⁹, entregando, por regla general, a los propios destinatarios de la información el juicio de legitimidad, calidad y validez de una noticia y del medio que la difunde, aún a sabiendas de los fallos y diferentes imperfecciones e intereses involucrados que habitualmente tienen lugar.

Al respecto, resulta interesante detenernos un poco más en las restricciones a las libertades de informar y de expresión, derechos que, al igual que los demás, no son absolutos. Se ha sostenido que el honor y la reputación constituyen sus límites⁵⁰, del mismo modo que la intimidad⁵¹, aún en ausencia de criterio que la defina⁵².

En cuanto a la moral como limitante y a las demás restricciones indicadas, el TCE las ha recogido e incorporado al ordenamiento español, dado que se encuentran establecidas en el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵³ y otros tratados internacionales, mas no en la CE⁵⁴.

A las anteriores también se les ha sumado la protección de la infancia⁵⁵, así como la responsabilidad de los profesionales de la información⁵⁶.

Las limitaciones a la libertad de información deben fijar un equilibrio razonable entre sus dimensiones individual e institucional⁵⁷. Por lo que, al momento que el legislador las establece y el juez las interpreta, es fundamental que tengan presente el objetivo primordial de este derecho: la formación de la opinión pública.

Ello debe entenderse en un sentido procedimental y abierto, y no como una meta o resultado óptimo, determinable en forma anticipada, que debamos perseguir y propiciar. Por tanto, no será la capacidad intrínseca de cada comunicación de aportar un favor de verdad y utilidad a la formación de la opinión pública, sino que el reconocimiento de que el libre flujo de ellas, bajo ciertas regulaciones mínimas y una lógica pluralista, producirá un resultado que, aunque no nos sea posible conocer de antemano, podremos definir como el mejor que nos es permitido obtener⁵⁸.

Bastida enfatiza aquello al señalar que *“la esencia de la democracia está en el proceso, no en los fines o institutos autónomo; no en la formación de una “opinión pública libre”, sino en la “formación libre” de la opinión pública”*⁵⁹.

6. Consecuencias de la consagración de la libertad de información como derecho autónomo

Para evaluar si la consagración de la libertad de información como derecho autónomo es conveniente, se hace fundamental atender a las consecuencias que ello traería aparejado. Sostenemos que estas derivan principalmente de su función institucional y son al menos las tres que analizamos a continuación.

⁴⁸ BADENI (2006), pp. 571-572. En el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Constitucional de España 52/2002 de 25 de febrero, FJ 4; 107/1988 de 8 de junio, FJ 2; y Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información, de 2020, artículo 32.

⁴⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos: Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974), negó la posibilidad de limitar la libertad de expresión en relación con sus contenidos, asignando al Estado un rol neutral en esta materia. Lo anterior se puede vislumbrar especialmente en el voto concurrente del Juez Douglas.

⁵⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional de España 176/1995 de 11 de diciembre, FJ 3, y 76/2002 de 8 de abril, FJ 2.

⁵¹ Sentencias del Tribunal Constitucional de España 134/1999 de 15 de julio, FJ 5; y 107/1988 de 8 de junio, FJ 2. En sentido similar, TEDH, Nº 9815/82 de 8 de julio de 1986; Nº 11798/85 de 23 de abril de 1992; y Nº 58547/00 de 27 de octubre de 2005.

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional de España 176/1995 de 11 de diciembre, FJ 3. En sentido similar, TEDH, Nº 6538/74, de 26 de abril de 1979, párrafo 65; Nº 34000/96, de 3 de octubre de 2000, párrafo 27; y Nº 10572/83, de 20 de noviembre de 1989.

⁵³ Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, artículo 10.2.

⁵⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional de España 62/1982 de 15 de octubre, FJ 3 y 5, y 52/1983 de 17 de junio, FJ 6.

⁵⁵ TEDH, Nº 5493/72, de 7 de diciembre de 1976 y Nº 10737/84, de 24 mayo de 1988.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 206/1990 de 17 de diciembre, FJ 6. En un sentido similar, NOGUEIRA (2000), p. 386.

⁵⁷ VALLDECABRES (2004), p. 335.

⁵⁸ VALLDECABRES (2004), p. 336; VILLAVARDE (1994), p. 59.

⁵⁹ BASTIDA (1994), pp. 12-13 y 220.

6.1. La formación de la opinión pública como un bien jurídico digno de protección y promoción

6.1.1. La opinión pública

La libertad de información se ha construido sobre la base de que el conocimiento colectivo sobre los asuntos de gobierno y de interés general constituye un elemento de primera necesidad desde un punto de vista político e institucional, que el Estado debe proteger y fomentar prioritariamente⁶⁰.

El TCE ha recalcado este factor, refiriéndose en reiteradas oportunidades a la “opinión pública” como una *“institución política fundamental (...) indisolublemente ligada con el pluralismo político”*⁶¹.

La importancia de una ciudadanía informada y de un debate público vigoroso sobre los asuntos públicos ha sido un aspecto de vital importancia en la jurisprudencia de Estados Unidos, principal fuente de referencias a nivel mundial sobre esta materia⁶².

Fundado en esta razón, su Corte Suprema ha validado una amplia protección a las expresiones relativas a asuntos de interés público, sin importar que ellas puedan resultar molestas o chocantes, o que puedan afectar a personas involuntariamente envueltas en ellas, generando parámetros que, en mayor o menor medida, han sido luego seguidos por la jurisprudencia y el Derecho a nivel general⁶³.

Por su parte, el TCE ha relevado la importancia de contar con una opinión pública fortalecida, señalando, por ejemplo, que *“el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1 apartado 2, de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico política”*⁶⁴. La jurisprudencia constitucional española es abundante y uniforme al respecto⁶⁵. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha manifestado en tal sentido⁶⁶.

Más recientemente, el TCE ha vuelto sobre el tema al justificar la especial protección dada a la libertad de información en el ordenamiento jurídico español, señalando que en virtud de ella *“no sólo se protege un interés individual, sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático”*⁶⁷.

Como mencionábamos previamente, dicho tribunal se ha referido a la “opinión pública” como una “institución política”. La utilización de esa expresión puede resultar a ratos sorprendente, ya que pareciera que con ella da un tratamiento de “entidad” a un concepto a todas luces abstracto e indefinido. Más sorprendente aún, si consideramos que, en un sentido

⁶⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos: *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). En el mismo sentido, NOGUEIRA (2000), p. 363.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 12/1982 de 31 de marzo, FJ 3.

⁶² Corte Suprema de los Estados Unidos: *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357, 375 (1927), en el fallo disidente del juez Brandeis, enfatiza por primera vez en dicha tradición jurídica, la necesidad de contar con ciudadanos activos y empoderados en el ejercicio de sus libertades y derechos, vinculando este resultado a la Primera Enmienda. En el mismo sentido, Corte Suprema de los Estados Unidos: *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 388, 389 (1967); *Grosjean v. American Press Co.*, 297 US 233, 233, 249, 250 (1936); *Denis v. U.S.*, 341 US 494, 503 (1951); y *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

⁶³ Corte Suprema de los Estados Unidos: *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), es uno de los casos más relevantes en este sentido, ya que restringió drásticamente la posibilidad de acoger demandas por difamación provenientes de funcionarios públicos o personajes sociales relevantes, considerando que ello entorpecería el debate *“libre, abierto y vigoroso”* que busca la Primera Enmienda en relación a los asuntos de interés público.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 6/1981 de 16 de marzo, FJ 3.

⁶⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional de España 159/1986 de 16 de diciembre, FJ 6; 107/1988 de 8 de junio, FJ 2; 148/2002 de 15 de julio, FJ 4; y 47/2002 de 25 de febrero.

⁶⁶ TEDH, Nº 32686/96 de 19 de abril de 2001, párrafo 52.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 12/2012 de 30 de enero, FJ 4.

estricto, ella se utiliza para referirse a organismos estatales o figuras jurídicas, creadas en virtud de la Constitución o la ley, que prestan servicio a la vida social y que es necesario proteger, pues de ellas depende en buena medida el orden estructural de la sociedad.

No corresponde dar un carácter orgánico al concepto de “opinión pública”, pues si bien algunas veces la comunidad de votantes se comporta, al momento de elegir las autoridades, como un órgano de toma de decisiones, dista mucho de ser una “institución pública”. Además, perdura en el tiempo más allá de los procesos electorales y abarca un número mucho mayor de personas⁶⁸.

Por tanto, parece evidente que debemos comprender esta declaración jurisprudencial en un sentido más lato. Todo indica que lo que ha buscado el TCE es reafirmar la importancia de la existencia de una opinión pública libre, informada y vigorosa.

Al final del día, más allá de todas esas dificultades para saber a qué nos referimos cuando hablamos de “opinión pública”, sabemos que “hay algo ahí” que es necesario cuidar y favorecer, en defensa de nosotros mismos, de nuestros gobiernos, y de nuestros derechos. Creemos que con esta declaración el TCE enfatiza el objetivo finalista que justifica la especial protección dada a cierto tipo de expresiones, bajo la cual debe ser entendida e interpretada. En esta acepción, cobra sentido lo señalado por Valldecabres, en cuanto a que *“la consideración doctrinal de la opinión pública como institución con relieve constitucional, ha servido positivamente para dotar de un contenido más amplio a las libertades de expresión e información a cuya conformación van dirigidas”*⁶⁹.

Dicho lo anterior, es posible dar un paso más y realizar un análisis más preciso del bien jurídico protegido. Ello no será más el conocimiento de los asuntos de interés públicos *per sé* o la “opinión pública” concebida como un ente de realidad. Se trata de un procedimiento de formación de opinión por medio de la concurrencia libre y pluralista de la información para que quede a disposición de cada uno de los actores sociales titulares de la soberanía política, cuyo resultado será imposible de anticipar.

Por ello, la finalidad del artículo 20.1 de la CE es garantizar la libre concurrencia de una diversidad de opiniones, antes que garantizar un determinado resultado (la formación de una opinión pública libre, por ejemplo). En este sentido, la libertad de información tiene como virtud principal dentro de una democracia contribuir a la formación de la opinión pública, entendida como aquello que permite la existencia de una sociedad integrada por personas informadas, atentas, críticas y participativas, donde pueda hacerse real la idea de un gobierno *“del pueblo, para el pueblo y por el pueblo”*⁷⁰.

6.1.2. El pluralismo informativo

Conviene recordar también que el pluralismo en materia de información es una cualidad fundamental que debe tener el proceso de formación de la opinión pública. Sin embargo, su conceptualización no ha sido pacífica.

Charney, al sistematizar robusta y numerosa literatura anglosajona y mundial acerca del pluralismo informativo (referida tanto a su propósito como a la propuesta institucional de regulación de los MMCC), sostiene que existen tres principales concepciones al respecto: la liberal, la democrática y la crítica⁷¹.

El pluralismo liberal, personificado en autores de la talla de Stuart Mill, Dworkin, Scanlon y Raz, rechaza *“todo intento por establecer o imponer verdades categóricas o concepciones estrechas sobre lo bueno y lo justo en el plano social y político. Frente a ello reconoce la*

⁶⁸ El universo de personas con derecho a sufragio generalmente es más reducido que aquel compuesto por las personas que pueden “opinar”, al excluir extranjeros, menores de edad y personas que por cualquier razón han perdido su derecho a votar o no pueden ejercerlo.

⁶⁹ VALLDECABRES (2004), p. 335.

⁷⁰ LINCOLN (1863).

⁷¹ CHARNEY (2021), p. 70-73. Otras aproximaciones al estudio del pluralismo informativo pueden verse en MOORE (2009), desde la filosofía (anglosajona); y en YUMATLE (2015), desde la ciencia política.

autonomía de todo individuo para decidir por sí mismo cómo prefiere vivir su vida y promueve que lo haga de acuerdo a aquellas concepciones que le parezcan más justas, verdaderas, correctas o adecuadas. Una sociedad liberal debe entonces tolerar la multiplicidad de formas y estilos de vida que a su alero surgen". Es en este contexto, la libertad de expresión de cada persona, en tanto agente moral responsable, no puede ser restringida por el Estado, incluso ante discursos negacionistas o de odio⁷².

Bajo esta concepción, la función del pluralismo y de la libertad de expresión es reforzar la autonomía individual, tanto de los emisores de expresiones en la esfera pública como de los receptores de estas. De esta forma, fomentan *"la capacidad de todo individuo de formar por sí mismo sus propias concepciones sobre la vida buena, de actuar conforme a ellas y de juzgar la validez de los argumentos que aparecen en la esfera pública"*. Lo anterior, solo es posible si los MMCC *"ofrecen la mayor diversidad de contenidos y puntos de vista posibles"*, lo que, a su vez, permite que las personas vean reflejadas sus opciones de vida en ellos, reafirmando su identidad personal⁷³.

La propuesta institucional del liberalismo, es decir, la forma de organización de los MMCC para que este mejor cumpla su función, es el pluralismo externo, sistema basado en la desconfianza de cualquier intento de interferencia estatal en las comunicaciones que tienen lugar en la esfera pública. Este *"asoma así como la mejor alternativa ya que, a diferencia del pluralismo interno, no requiere ningún tipo de intervención en el modo en el que los medios producen, seleccionan y distribuyen sus contenidos informativos"*. A lo sumo, *"requiere de normas que garanticen la libre competencia, impidiendo grados intolerables de concentración en la propiedad de los medios y prácticas que puedan vulnerar los intereses de los consumidores, es decir, de las audiencias"*⁷⁴.

Por su parte, la concepción democrática, asociada a autores como Habermas, Post, Meiklejohn o Blasi, y la más común entre constituciones, tratados internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, parte por oponerse a ciertos postulados básicos defendidos por el liberalismo. Específicamente, se opone al "mercado de las ideas", en tanto *"tiende a atomizar la diversidad de posiciones existentes en la sociedad"*. Asimismo, *"impide conducir la discusión pública hacia la búsqueda de significados y posiciones compartidas puesto que exacerba las diferencias en torno a intereses individuales y corporativos"*⁷⁵.

De acuerdo con esta concepción, la función del pluralismo y de la libertad de expresión *"no es proteger el interés de una persona de manifestar sus ideas, creencias u opiniones en la esfera pública. Su función, por el contrario, es la de resguardar los intereses de la comunidad política como un todo"*. Es decir, se les asigna una función política. Mientras más se sabe, mejores decisiones se toman, por lo que su contribución es *"que las decisiones sobre los asuntos colectivos sean las mejores decisiones posibles"*⁷⁶. Consecuencialmente, esto activa el proceso político y legitima el sistema democrático⁷⁷, así como empodera a los ciudadanos en su rol fiscalizador de la autoridad, siendo un verdadero mecanismo de prevención general de la corrupción⁷⁸.

La teoría democrática tiene, por supuesto, una propuesta institucional de regulación de los MMCC que tolera mayores niveles de interferencia estatal que la liberal. Lo anterior, dado que entiende que *"la lógica del mercado de los medios de comunicación genera incentivos que operan, muchas veces, en la dirección contraria a los requerimientos de una democracia"*

⁷² CHARNEY (2021), pp. 73-76. La aproximación liberal en el sistema jurídico estadounidense también es tratada por WHITTINGHAM (2007).

⁷³ CHARNEY (2021), p. 76.

⁷⁴ CHARNEY (2021), pp. 76-78.

⁷⁵ CHARNEY (2021), pp. 78-80. En sentido similar, WHITTINGHAM (2007), al referirse al "mercado equitativo de ideas".

⁷⁶ CHARNEY (2021), pp. 80-81. En sentido similar, BROGI (2020), que a lo largo de su artículo destaca el rol del pluralismo como esencial en la democracia deliberativa.

⁷⁷ POST (2011), p. 487, afirma que este efecto o ideal democrático está dado por que los ciudadanos estén convencidos de que influyen y son potencialmente autores de las normas jurídicas que los rigen.

⁷⁸ BLASI (1977), p. 521.

participativa". En este sentido, entiende que el pluralismo externo es insuficiente, pues constata –sobre la base de varios estudios– que existe una gran dificultad para trazar un vínculo causal entre la estructura de propiedad de los MMCC y la diversidad de los contenidos que transmite⁷⁹.

Por lo anterior, dentro de sus propuesta –enmarcadas dentro de lo que se denomina el pluralismo interno– encontramos: la necesidad de complementar el mercado de la comunicación con MMCC estatales; medidas de desconcentración en la propiedad de los medios, pero por una razón de justa distribución del poder comunicativo de la sociedad; subsidios a MMCC locales y comunitarios; e, incluso, la regulación de contenidos, dada por ejemplo, por distribuciones de tiempos de transmisión, consagración del derecho de aclaración por alguien injustamente aludido, y, en general, espacios *"que obligan a respetar la diversidad política, cultural, étnica, sexual y religiosa"*⁸⁰.

Finalmente, la concepción crítica, de autores como Marcuse, Herman y Chomsky, parte de la base de las fallas de la teoría democrática, ya que si bien le reconoce el mérito de detectar *"las dificultades que tiene el mercado para distribuir debidamente el poder comunicativo, solo las aborda de una manera muy superficial, a nivel de fallas del mercado"*. Ella no logra comprender la profundidad del problema, que es estructural: los MMCC *"crean las necesidades de las audiencias y a través de ellas producen audiencias funcionales a sus intereses"*. Es decir, la esfera pública está lejos de ser un lugar en que los ciudadanos puedan deliberar y llegar a consensos, dado que la estructura social y económica imperante hace que sea *"un espacio de permanente conflicto, diferencia y desacuerdo"*⁸¹.

Al aproximarse desde esta perspectiva a la función del pluralismo y de la libertad de expresión, nos encontramos primeramente ante una definición negativa. No se trataría de *"un instrumento que permita reconciliar intereses contrapuestos, que facilite la reflexión autónoma e independiente ni que contribuya al desarrollo del conocimiento ni a la búsqueda de la verdad"*. Al contrario, las contradicciones de las sociedades capitalistas *"se expresan en la esfera pública en la neutralización de aquellas voces que tienden a cuestionar las estructuras de desigualdad imperantes y que son absorbidas por un marco de significado general que condiciona y determina los términos de la discusión y el debate e impide la reflexión autónoma e independiente"*. En la práctica, la libertad de expresión y prensa serían casi una ilusión⁸².

Dotando de contenido al pluralismo, esta teoría le atribuye –al igual que la democrática– una función política, de asegurar la adecuada distribución del poder de las comunicaciones en la esfera pública, y, más específicamente, la de *"develar las asimetrías de poder existentes, abrir espacios y canales de comunicación a quienes se encuentran en los márgenes y exponer los problemas estructurales y las necesidades de reestructuración institucional de los medios"*⁸³

En lo institucional, su propuesta apunta a democratizar los MMCC y nivelar las asimetrías de poder existentes. Para ello, parte por diferenciar el aporte de cada tipo de medio al proceso democrático y propone *"diversificar instrumentos regulatorios existentes y aplicarlos diferenciadamente a las plataformas de comunicación"*⁸⁴.

Habiendo hecho un recorrido por las principales aproximaciones conceptuales al pluralismo informativo, e independiente de la que se adopte, todas buscan –por razones y métodos diferentes– similar resultado práctico. La Corte IDH nos ayuda a precisarlo al señalar que es indispensable que los MMCC *"(...) recojan las más diversas informaciones y opiniones"*⁸⁵.

Justamente, el riesgo de la carencia de pluralismo es la proliferación de un monopolio (u oligopolio) de la información, el cual *"rara vez presenta las dos caras de un mismo tema. Con mucha frecuencia, insiste en una línea ideológica o política, usando su posición monopolística no*

⁷⁹ CHARNEY (2021), p. 83.

⁸⁰ CHARNEY (2021), pp. 83-85.

⁸¹ CHARNEY (2021), pp. 85-86.

⁸² CHARNEY (2021), pp. 87-89. Ver también, MARCUSE (2010), pp. 111-112.

⁸³ CHARNEY (2021), pp. 92-94. Estas asimetrías también son tratadas por WHITTINGHAM (2007), p. 39.

⁸⁴ CHARNEY (2021), p. 94.

⁸⁵ Corte IDH, Ivcher Bronstein v. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 149.

*para educar al pueblo ni para promover el debate, sino para inculcar en sus lectores una filosofía o una actitud, y para hacer dinero*⁸⁶.

Sin una diversidad de medios, fuentes y puntos de vista, la posibilidad de contar con una comunidad informada y deliberativa, capaz de debatir vigoroso sobre los asuntos de interés público, disminuye, pues *“la uniformidad en los medios de comunicación social fortalece el conformismo y desalienta la evaluación de otras perspectivas y opiniones”*⁸⁷.

En el sistema interamericano se ha resaltado la importancia del pluralismo⁸⁸, sosteniéndose que la existencia de prácticas oligopólicas *“afecta seriamente la libertad de expresión y el derecho de información de los ciudadanos (...), y no son compatibles con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática”*⁸⁹. Los MMCC han sido considerados como el “perro guardián” de la democracia, ya que favorecen la fiscalización a las autoridades y la disminución de los casos de corrupción⁹⁰.

En España, el valor dado al pluralismo es claro. La CE en su artículo 20.3 eleva al pluralismo como uno de sus valores esenciales, ordenando la regulación por vía legal y el control parlamentario de los medios dependientes del Estado, con el propósito de *“asegurar su pluralismo y el acceso a los mismos de diversos grupos significativos”*⁹¹. Por su parte, el TEDH se ha pronunciado en sentido similar⁹², apoyado por el Parlamento Europeo⁹³.

6.1.3. Rol de las nuevas tecnologías digitales en la formación de la opinión pública

Es innegable que la irrupción de las nuevas tecnologías digitales ha tenido un impacto significativo en la búsqueda, difusión y recepción de información, y, con ello, en el proceso de formación de la opinión pública.

Hasta finales del siglo XX, la industria de los MMCC era analógica. La prensa escrita tenía un modelo de producción con altos costos y exigentes barreras de entradas a un mercado marcado por altos niveles de concentración. La televisión, por su parte, poseía un número muy reducido de señales televisivas, dado el limitado espectro radioeléctrico. Y la radio, al igual como ocurría con la televisión, solo podía difundir sus contenidos a la audiencia que se conectara en el mismo momento en que se transmitía. Estos medios se caracterizaban por su verticalidad, es decir, *“contenidos producidos y transmitidos por grandes agencias y oficinas de prensa y recibidos pasivamente por la ciudadanía”*; ser número acotado y una elevada concentración de la propiedad⁹⁴.

La revolución de la tecnología digital trajo consigo una mayor horizontalidad, impulsando un rol más activo de la ciudadanía en la formación de la opinión pública, dado que hoy es posible comentar noticias, crear páginas o blogs y levantar información y opinar en las redes sociales. Asimismo, permitió la disminución de las barreras de entrada a los MMCC, la desconcentración en la propiedad de estos y, consecuentemente, la diversificación de los contenidos⁹⁵.

Sin embargo, este cambio no ha estado exento de problemas, ya que ha generado dificultades al pluralismo informativo, e incluso –para algunos– las ha radicalizado⁹⁶. Como

⁸⁶ CAHN (1963), pp. 124-125. En sentido similar, lo sostenido por el juez William Douglas, en Corte Suprema de los Estados Unidos: Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974).

⁸⁷ Organización de Estados Americanos (OEA), Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual (2004).

⁸⁸ OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual (2013). En sentido similar, Corte IDH, Ivcher Bronstein Vs. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 149.

⁸⁹ OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual (2004) capítulo V, letra D.

⁹⁰ Corte IDH, Herrera Ulloa v. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 101 y 117; Canese v. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafo 72; y Palamara Iribarne v. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 83.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 63/1987 de 20 de mayo, FJ 6. En el mismo sentido, MAGDALENO (2006), pp. 223 y ss.

⁹² TEDH, Nº 13914/88, de 24 de noviembre de 1993, párrafos 31 a 39.

⁹³ Parlamento Europeo, Resolución (OJ C 44/179. 14) “on the Commission Green Paper Pluralism and Media Concentration in the Internal Market” (1994).

⁹⁴ CHARNEY (2021), pp. 89-90.

⁹⁵ CHARNEY (2021), pp. 90-92.

⁹⁶ Véase al respecto, MCCHESEY (2013).

ilustra Charney, existe una “*creciente tendencia de los sistemas de comunicación a fragmentar las audiencias en grupos que comparten unos mismos intereses, gustos y posiciones políticas. Las lógicas de negocios de las redes sociales y de las plataformas digitales dejan a sus usuarios cada vez menos expuestos a recibir contenidos, ideas u opiniones que no calcen con las que ellos mismos han manifestado a través de sus opciones en la red y que son identificadas por poderosos algoritmos*”⁹⁷.

Adicionalmente, este fenómeno ha radicalizado la competencia por la publicidad de los avisadores, los que se han concentrado en las grandes empresas de tecnología; ha aumentado la exigencia de volumen de noticias de forma exponencial, lo que ha perjudicado fuertemente a la prensa escrita; y ha acentuado las inequidades relacionadas con el uso y el rendimiento de las tecnologías entre personas de distinto nivel educacional y rango etario⁹⁸.

Junto a estas nuevas dificultades, surgen una serie de nuevos riesgos asociados⁹⁹, tales como como la desinformación¹⁰⁰, el discurso de odio, las amenazas a la producción local de información, la sobreabundancia de información disponible¹⁰¹, la censura arbitraria¹⁰² y la desprotección de datos¹⁰³.

Entendiendo que estas dificultades y riesgos que repercuten en el proceso de formación de la opinión pública deben ser enfrentados con medidas innovadoras, creemos que elevarla a bien jurídico protegido es lo recomendable para los Estados, pues, relevarla, es justamente aquello que nos permitirá hacer frente a los desafíos que los nuevos tiempos nos imponen en el proceso de su formación.

6.2. La libertad de información como derecho preferente frente a otros derechos

Otra consecuencia relevante derivada del reconocimiento expreso de la libertad de información como derecho autónomo, tiene que ver con la protección adicional o fortalecida que las constituciones ofrecen a las comunicaciones realizadas bajo su amparo. Dado que se trata de informaciones que además de ser expresión del ejercicio de un derecho individual, tienen una relevancia social que es necesario proteger¹⁰⁴.

La voluntad de establecer un *plus* respecto de aquellas expresiones que puedan contribuir en este sentido ha sido la causa principal del reconocimiento normativo de este derecho. Este privilegio se justifica en la relación existente entre la emisión de un tipo particular de expresiones (las protegidas) y el buen funcionamiento de la institucionalidad democrática, como tantas veces lo ha señalado la jurisprudencia constitucional española¹⁰⁵.

El principal impacto operativo se verá cuando deba realizarse un ejercicio de ponderación entre la libertad de información y otros derechos constitucionalmente protegidos, como la privacidad, pues por lo general permitirá que la primera prevalezca sobre el resto. Esta preferencia relativa nos ofrece un criterio que contribuye a la solución de conflictos y a la labor de la justicia, bajo la forma de una jerarquía *prima facie* que disminuye la litigiosidad respecto

⁹⁷ CHARNEY (2021), p. 78. En un sentido similar, Commissioner for Human Rights (2011); SEGADO-BOJ y DÍAZ-CAMPOS (2020), p. 239; y BROGI (2020), p. 2, al referirse a las “*filter bubbles or echo-chambers*”.

⁹⁸ CHARNEY (2021), pp. 90-92. En un sentido similar, UNESCO (2021), p. 3.

⁹⁹ Buena parte de estas dificultades y riesgos para el pluralismo, han sido usados como criterios por BROGI (2020), para construir el “*Media pluralism monitor*”, herramienta diseñada para identificar y medir los riesgos potenciales al pluralismo de medios en la Unión Europea.

Por su parte, el Commissioner for Human Rights (2011), identifica los desafíos pendientes para hacer frente a estas dificultades y riesgos.

¹⁰⁰ Sobre este punto, es especialmente ilustrativo BARNETT (2010), p. 54, quien releva que el contenido ciudadano que circula a través de internet suele carecer del rigor informativo y profesionalismo que puede exigirse a medios más tradicionales.

¹⁰¹ UNESCO (2021), p. 3.

¹⁰² SEGADO-BOJ y DÍAZ-CAMPOS (2020), p. 236, se refieren a este punto en relación con las redes sociales.

¹⁰³ SEGADO-BOJ y DÍAZ-CAMPOS (2020), no solo se refieren a este punto, sino que también proponen una serie de soluciones para enfrentar varios de los problemas y riesgos asociados a la irrupción de los MMCC digitales.

¹⁰⁴ LLAMAZARES (1999), p. 234.

¹⁰⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional de España: 143/1991 de 1 de julio, FJ 6; 197/1991 de 17 de octubre, FJ 2; 40/1992 de 30 de marzo, FJ 2; 223/1992 de 14 de diciembre, FJ 2; 15/1993 de 18 de enero, FJ 2; 178/1993 de 31 de mayo, FJ 5; 232/1993 de 12 de julio, FJ 3; y, especialmente, la 159/1986 de 16 de diciembre, FJ 6.

de estos temas y, consecuentemente, reduce costos. Sin esta herramienta se dificultaría dar con un criterio decisorio, generando muchas veces soluciones inadecuadas y contradictorias¹⁰⁶.

Esta preferencia implica que el derecho a la información tiene un estatuto jurídico diferente que el derecho a expresar opiniones, cuyo fundamento es que se puede intervenir más en la privacidad de las personas cuando hay un interés público en la divulgación de la información. Sin embargo, no debe entenderse como un privilegio permanente, ni como el establecimiento de una jerarquía rígida e inapelable, por mucho que la realidad nos muestre que la libertad de información será preferida en la mayoría de los casos¹⁰⁷.

En términos generales, en el sistema constitucional español todos los derechos constitucionales cuentan con la misma categoría y vigencia abstracta y, por lo mismo, obligan, en todos los casos un balanceo circunstanciado¹⁰⁸. Por ello, una tesis a favor del carácter absoluto y no derrotable de los derechos reconocidos en el artículo 20.1 de la CE jamás podría ser postulada, pues ningún derecho fundamental tiene una posición privilegiada absoluta frente a los demás¹⁰⁹.

La tesis de una protección o preferencia absoluta ni siquiera parece sostenible en los Estados Unidos, no obstante alguna jurisprudencia minoritaria parece haberlo sugerido¹¹⁰. De hecho, la jurisprudencia nos muestra que más allá del recurso retórico, muchas veces ha sido necesario realizar un juicio de ponderación, donde las libertades expresivas resultan derrotadas por otro derecho¹¹¹.

Por ello, lo correcto será hablar de un derecho especialmente relevante, y, por tanto, de un peso habitualmente mayor¹¹², pero no de una preferencia absoluta o de una ventaja inicial¹¹³. De esta forma, se reafirma la naturaleza esencialmente igualitaria, limitada y relativa de todos los derechos considerados en abstracto, mostrándonos una vez más la naturaleza del diseño constitucional como un sistema general y unitario construido en torno a la idea de dignidad humana¹¹⁴.

Finalmente, debemos señalar que, para evitar un uso excesivo, abusivo y ajeno a los propósitos tenidos en consideración para la consagración de este derecho, la propia CE condiciona su ejercicio a la presencia de dos requisitos copulativos: la veracidad de la información y su relevancia pública¹¹⁵.

En muchas ocasiones, sin embargo, no será fácil distinguir si un acto comunicativo está protegido por la libertad de información o de expresión, y en otros, gozará del amparo de ambos¹¹⁶. En aquellos casos en que los actos comunicativos no cumplan con los requisitos arriba

¹⁰⁶ SOLOZÁBAL (1991), p. 107.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 21/2000 de 31 de enero, FJ 4; y 53/2006 de 27 de febrero, FJ 5, que agrega que esta doctrina de la preferencia es “coincidente en lo sustancial con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el Art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”.

¹⁰⁸ SOLOZÁBAL (1991), p. 82.

¹⁰⁹ VALLDECABRES (2004), pp. 356-357, señala que “la idea de límite es consustancial a los derechos” y que, no obstante ello dicho, “el TCE parece haberse apoyado en la idea de preferencia o jerarquía, al menos hasta el año 1986, privilegiando la honra, honor y propia imagen como límites absolutos a la libertad de expresión e información”; RODRÍGUEZ (1997), pp. 2-7, agrega que, a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional de España 104/1986 de 17 de julio y 159/1987 de 26 de octubre, comenzaría una segunda etapa en que empieza a exigir a los tribunales ordinarios la necesidad de incorporar en sus razonamientos la libertad de expresión y ponderar entre esta y el derecho a la honra, honor y propia imagen, aunque sin establecer directrices de cómo debe realizarse esta ponderación. Asimismo, empieza a sostener que la libertad de expresión tiene un carácter preferente; NOGUEIRA (2000), p. 403.

¹¹⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos: Jones v. City of Opelika, 316 U.S. 584 (1942).

¹¹¹ Ver, a modo de ejemplo, Corte Suprema de los Estados Unidos: Melvin v. Reid, 112 Cal. App. 285, 297 P. 91 (1931).

¹¹² CARRILLO (2003), pp. 28-29, que sostiene que “la información debe considerarse como el “*primus inter pares*” respecto a los derechos de la personalidad (...)”.

¹¹³ VALLDECABRES (2004), p. 358.

¹¹⁴ JIMÉNEZ (1996), pp. 471-472. En el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Constitucional de España 178/1993 de 31 de mayo; 336/1993 de 15 de noviembre; y 42/1995 de 13 de febrero.

¹¹⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional de España 85/1992 de 8 de junio, FJ 5; 205/1994 de 11 de julio; 288/1994 de 27 de octubre, FJ 2 y 3; 92/1995 de 19 de junio, FJ 1 y 2; 120/1996 de 8 de julio, FJ 10; 113/2000 de 5 de mayo, FJ 4; 117/2003 de 13 de junio, FJ 3; 65/2004 de 19 de abril, FJ 3; 232/2005 de 26 de septiembre, FJ 3 y 4; 155/2006 de 22 de mayo, FJ 4 y 5; 338 /2006 de 11 de diciembre, FJ 2 y 3; y 24/2007 de 12 de febrero, FJ 2 y 3. En el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo Español: 597/1998 de 13 de junio y la 174/2005 de 23 de octubre de 2008. Por su parte, NOGUEIRA (2000), pp. 370-371 y 375, desarrolla el contenido de estos requisitos.

¹¹⁶ NOGUEIRA (2000), p. 362, sostiene que es habitual que los comunicadores presenten hechos evaluados, condicionándose e incliniéndose recíprocamente así la información con la opinión contenida en una idea o juicio de valor.

señalados, y, por tanto, solo queden protegidos por la segunda, no podrá alegarse su protección especialmente reforzada, por lo que su capacidad para afectar o restringir legítimamente otros derechos será, aunque elevada, menor¹¹⁷.

6.3. Consagración, promoción y protección del derecho de acceso a la información pública

Otra consecuencia relevante de la consagración autónoma del derecho a la información, es el rol activo que el Estado debe asumir para protegerlo. Nogueira enfatiza que este rol lo obliga “a no realizar actos y conductas u omisiones destinadas a evitar o limitar la libre recepción de la información de carácter público, de relevancia pública o destinada al público, como asimismo, el deber de promover las condiciones que posibiliten su pleno ejercicio, eliminando los obstáculos o trabas factuales, jurídicas o conductuales que afecten o entorpezcan a través de limitaciones, controles o formalidades desproporcionadas o irrazonables la recepción de la información”¹¹⁸.

En concordancia, el Derecho ha debido establecer la obligación de las autoridades de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial y de órganos autónomos de facilitar y entregar toda información de relevancia pública “con excepción del secreto que debe estar regulado por ley, dentro de límites razonables”¹¹⁹. Esta obligación ha tenido un importante desarrollo las últimas décadas, lo que se ha plasmado en la consagración, promoción y protección de un derecho relativamente nuevo: el derecho de acceso a la información pública (DAIP)¹²⁰.

Esta mayor transparencia de los actos del Estado, sin duda vinculada con la dimensión institucional de la libertad de información, exige a las autoridades públicas el deber de facilitar la información incluso antes que les sea requerida (transparencia activa), y supone la existencia de un número muy limitado de excepciones para denegarla¹²¹.

Ya en 2003, Villanueva sostuvo que existía una verdadera tendencia mundial asociada a plasmar el DAIP en distintas constituciones, agregando que ello revelaba “un proceso de emergencia democrática que empieza a rodear el entorno mundial como regla de procedimiento al darle al individuo las posibilidades materiales para participar de forma más activa en la res pública. Esto es particularmente cierto si se considera que de los 35 países del mundo que han constitucionalizado el derecho de acceso a la información pública (18% del universo total), 20 de ellos lo han hecho entre 1990 y 1996 al adoptar nuevos textos constitucionales”¹²².

Más recientemente, desde el 2011, las organizaciones *Acces Info Europe* y *Center for Law and Democracy* vienen evaluando el marco legal que se le ha dado al DAIP en los distintos países del mundo, lo que se refleja en el ranking llamado “*The Right to Information Rating*”. La medición que hace se basa en la revisión del marco normativo del DAIP en relación a criterios que se agrupan en siete grandes áreas: derecho de acceso, ámbito de aplicación, procedimiento para solicitar información, excepciones y denegaciones, recursos, sanciones y medidas de protección, y medidas de promoción. Los resultados son alentadores, dado que, a pesar de que todavía hay varios países que tienen una consagración insuficiente del DAIP (aproximadamente un tercio de los países puntúan menos de 75 puntos de un total de 150), existe una clara tendencia mundial a la expansión de este derecho en los últimos 5 años¹²³.

¹¹⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional de España 154/1999 de 14 de septiembre; 11/2000 de 17 de enero, FJ 7; 148/2002 de 15 de julio, FJ 4; y 54/2004 de 15 de abril, FJ 3.

¹¹⁸ NOGUEIRA (2000), p. 362. Por su parte, COTINO (2017) a), p. 281, confirma que el DAIP se desprende del derecho a la información, al señalar que “en un largo proceso, el acceso a la información se ha ido conformando como un derecho subjetivo a partir del derecho a buscar información que está integrado en la libertad de expresión e información (...)”

¹¹⁹ NOGUEIRA (2000), p. 362. En sentido similar, COTINO (2017) a), pp. 302 y ss; y HESSLING (2021), pp. 73-74.

¹²⁰ Para ahondar en este proceso, puede verse COTINO (2017b); PELED Y RABIN (2010); y CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY'S ENTRENCHING RTI (2012), pp. 12 y ss.

¹²¹ SOLOZÁBAL (1991), p. 107.

¹²² VILLANUEVA (2003), p. 23.

¹²³ ACCESS INFO EUROPE Y CENTER FOR LAW AND DEMOCRACY (2021), *The Rating Results*. En un sentido similar, UNESCO (2021), p. 3.

Estudios hechos por el propio Consejo para la Transparencia el año 2021, usando como principales fuentes el referido ranking, así como el denominado “*The Constitution Project*”¹²⁴, confirman lo anterior. Dicha investigación tuvo por objeto revisar la situación de 124 países, arrojando como resultado que el 50% reconoce el DAIP de forma expresa en sus constituciones, un 7,2% lo hace de forma implícita y un 42,8% todavía no lo reconoce¹²⁵. Ello demuestra que se trata de un fenómeno creciente, pero que todavía tiene mucho espacio para expandirse y perfeccionarse¹²⁶.

Finalmente, cabe destacar que, en contexto del continuo avance de esta tendencia mundial, el modo en que el Estado asuma su mandato en esta materia deberá ser objeto de un debate político vinculado a la realidad en que se pretenda su implementación. Esta tarea admitirá muchas posibilidades legítimas, aunque siempre buscando promover aquel estado de cosas que haga más propicia la existencia de una opinión pública vigorosa e informada¹²⁷.

7. Conclusiones

7.1. La libertad de información no es una especie del género libertad de expresión, sino que es un derecho autónomo y diferente. Esta apreciación es adoptada actualmente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia mayoritaria de España, país que, junto a los demás analizados, creemos marca una tendencia mundial en esa dirección que debe impulsarse.

7.2. El principal fundamento de la consagración de la libertad de información como un derecho autónomo es su factor institucional, ya que es condición de una real democracia, y, por tanto, condición para el ejercicio de todos los demás derechos inherentes a un sistema democrático.

7.3. Si bien la dimensión institucional de la libertad de información es fundamental para justificar su consagración, no hay que descartar su dimensión de garantía individual, debiendo existir una relación balanceada entre ambas.

7.4. Es conveniente la consagración autónoma de la libertad de información en razón de las consecuencias que ello trae aparejado. En primer lugar, eleva la formación de una opinión pública libre, informada y vigorosa a la calidad de “bien jurídico protegido”, dado que el conocimiento colectivo sobre los asuntos de gobierno y de interés general es fundamental para que la ciudadanía pueda tomar decisiones libres en un sistema democrático. Dicho procedimiento debe estar orientado al pluralismo informativo, hoy en jaque por las nuevas dificultades y riesgos causados por la irrupción de las tecnologías digitales.

En segundo lugar, le da preferencia relativa frente a otros derechos, constituyéndola en un derecho especialmente relevante, de un peso habitualmente mayor, pero que no debe entenderse como una preferencia absoluta. Ello se justifica en la relación existente entre la emisión de un tipo particular de expresiones (las protegidas) y el buen funcionamiento de la institucionalidad democrática. Además, ofrece un criterio que contribuye a la solución de conflictos y a la labor de la justicia, cuando deba realizarse un ejercicio de ponderación con otros derechos constitucionalmente protegidos.

En tercer y último lugar, facilita la consagración, promoción y protección del DAIP, cuya regulación a nivel constitucional es una tendencia a nivel mundial en expansión y perfeccionamiento.

¹²⁴ PROJECT ON GOVERNMENT OVERSIGHT (2021), *The Constitution Project*.

¹²⁵ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2021), *Minuta sobre reconocimiento constitucional DAI a nivel comparado*.

¹²⁶ COTINO (2017) a), p. 279, señala que “*que el derecho de acceso a la información pública se ha conformado internacionalmente como un derecho fundamental, no hay duda. Que ello aún no se ha consolidado en Europa y especialmente en España, tampoco*”.

¹²⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional de España 105/1983 de 23 de noviembre, FJ 11; 13/1985 de 31 de enero y 167/1986 de 22 de diciembre.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCESS INFO EUROPE Y CENTER FOR LAW AND DEMOCRACY (2021): "The Right to Information Rating 2021". Disponible en: <https://www.rti-rating.org/> [visitado en 18 de octubre de 2021].
- AGUILERA FERNÁNDEZ, ANTONIO (1990): *La Libertad de Expresión del Ciudadano y la Libertad de Prensa o Información* (Granada, Comares).
- ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2010): "Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo", en: *Revista de Derecho* (Vol. 23, Nº 1), pp. 79-102.
- BADENI, GREGORIO (2006): *Tratado de Derechos Constitucionales*, 2ª edición (Buenos Aires, Ediciones La Ley).
- BARNETT, STEVEN (2010): "Periodismo, Democracia e Interés Público", en: *Revista Iberoamericana de Información* (Nº 3-4), pp. 41-56.
- BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO JAVIER (1994): *El Régimen Jurídico de la Comunicación Social* (Madrid, Instituto de Estudios Económicos).
- BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO JAVIER; VILLAVERDE, IGNACIO; REQUEJO, PALOMA; PRESNO, MIGUEL ÁNGEL; ALÁEZ, BENITO Y FERNÁNDEZ SARASOLA, IGNACIO (2004): *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978* (Madrid, Tecnos).
- BLASI, VINCENT (1977): "The checking value in First Amendment theory", en: *American Bar Foundation Research Journal* (Vol. 2, Nº 3), pp. 521-649.
- BROGI, ELDA (2020): "The Media pluralism monitor: Conceptualizing media pluralism for the online environment", en: *Profesional de la información* (Vol. 29, Nº 5), pp. 1-7.
- BUSTOS GISBERT, RAFAEL (1994): "El Concepto de Libertad de Información a partir de su Distinción de la Libertad de Expresión", en: *Revista de Estudios Políticos* (Nº 85), pp. 261-290.
- CAHN, EDMOND NATHANIEL (1963): *The Great Rights* (Nueva York, Macmillan).
- CARRILLO, MARC (2003): *El Derecho a no ser Molestado. Información y Vida Privada* (Navarra, Thompson-Aranzadi).
- CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY'S ENTRENCHING RTI (2012): "An Analysis of Constitutional Protections of the Right to Information". Disponible en: <https://www.menamedialaw.org/sites/default/files/library/material/const-report-with-annex.pdf> [visitado el 10 de noviembre de 2022].
- CHARNEY, JOHN (2021): "Tres concepciones del pluralismo informativo", en: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (Vol. 10, Nº 2), pp. 69-102.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2021): "Minuta sobre reconocimiento constitucional DAI a nivel comparado", no publicada.
- CORTE IDH (1985): "Opinión Consultiva 5/85 sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas". Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf [visitado el 21 de octubre de 2021].
- COTINO HUESO, LORENZO (2017a): "El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental", en: *UNED, Teoría y Realidad Constitucional* (Nº 40), pp. 279-316;
- COTINO HUESO, LORENZO (2017b): "El avanzado reconocimiento y regulación del derecho de acceso a la información pública y la transparencia en Iberoamérica (y su brecha con la realidad)", en: *Cuadernos Manuel Giménez Abad* (Nº 14).

- COUNCIL OF EUROPE, COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (2011): "Media Pluralism and Human Rights. Issue Discussion Paper". Disponible en: <https://rm.coe.int/16806da515> [visitado el 10 de noviembre de 2022].
- COVARRUBIAS, IGNACIO (2014): "Libertad de Opinión e Información: algunos tópicos interesantes en la jurisprudencia chilena", en: Revista de Derecho Universidad Finis Terrae (año II, Nº 1), pp. 95-116.
- CRUFT, ROWAN (2021): "Journalism and Press Freedom as Human Rights", en: Journal of Applied Philosophy, pp. 1-18.
- DE ESTEBAN, JORGE; LÓPEZ GUERRA, LUIS; GARCIA MORILLO, JOAQUÍN Y PÉREZ TREMP, PABLO (1980): El Régimen Constitucional Español (Barcelona, Labor Universitaria).
- FUENTES TORRIJO, XIMENA (2002): "Democracia y Libertad de Expresión en América Latina: la Amenaza del Ímpetu Devorador de los Derechos", en: Revista de Estudios Internacionales (Vol. 35, Nº 137) pp. 29-51.
- GARCÍA GUERRERO, JOSÉ LUIS (2007): "Una Visión de la Libertad de Comunicación desde la Perspectiva de las Diferencias entre la Libertad de Expresión, en Sentido Estricto, y la Libertad de Información", en: Revista Teoría y Realidad Constitucional (Nº 20), pp. 359-399.
- HESSLING, FRANCO (2021): "Derecho a la comunicación, periodismo e interés público: de la OC-5/85 a los problemas éticos actuales", en: Derecho y Ciencias Sociales (noviembre 2020 - abril 2021, Nº 24), pp. 58-78.
- JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER (1996): "Art. 53. Protección de los Derechos Fundamentales", en: Oscar Alzaga Villaamil (Coord.), Comentarios a la Constitución Española de 1978 (Madrid, Edersa-Cortes Generales), volumen IV, pp. 1996-1999.
- LINCOLN, ABRAHAM (1863): "Discurso de Gettysburg de 19 de noviembre de 1863". Disponible en <https://www.claseejecutiva.uc.cl/blog/articulos/el-discurso-de-gettysburg-de-abraham-lincoln-como-aprendizaje/> [visitado el 21 de octubre de 2021].
- LLAMAZARES CALZADILLA, MARÍA CRUZ (1999): Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático (Madrid, Civitas).
- LÓPEZ GUERRA, LUIS; ESPÍN, EDUARDO; GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN; PÉREZ TREMP, PABLO Y SATRÚSTEGUI, MIGUEL (2013): Derecho Constitucional (Valencia, Tirant lo Blanch), volumen 1.
- MAGDALENO ALEGRÍA, ANTONIO (2006): "El Derecho de Acceso a los Medios de Comunicación Públicos de los Grupos Sociales y Políticos Significativos en el Estado Social y Democrático de Derecho", en: Teoría y Realidad Constitucional (Nº 18), pp. 223 y ss.
- MARCUSE, HERBERT (2010): La tolerancia represiva y otros ensayos (Madrid, Catarata).
- MCCHESNEY, ROBERT (2013): Digital disconnect: How capitalism is turning the Internet against democracy (Nueva York, The New Press).
- MOORE, MATTHEW (2009): "Pluralism, Relativism, and Liberalism", en: Political Research Quarterly (Vol. 62, Nº 2) pp. 244-256.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2000): "El Derecho a la Información en el Ámbito del Derecho Constitucional Chileno y Comparado en Iberoamérica y Estados Unidos", en: Ius et Praxis (Vol. 6, Nº 1), pp. 321-404.
- OEA, CIDH Y RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (2004): "Informe Anual". Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202004.pdf> [visitado el 21 de octubre de 2021].

- OEA, CIDH Y RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (2013): “Informe Anual”. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014_04_22_ia_2013_esp_final_web.pdf [visitado el 21 de octubre de 2021].
- PARLAMENTO EUROPEO (1994): “Resolución (OJ C 44/179. 14) “on the Commission Green Paper Pluralism and Media Concentration in the Internal Market””. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1994:044:FULL&from=ES> [visitado el 10 de noviembre de 2022].
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO (1994): “La universalidad de los derechos humanos”, en: *Doxa* (Nº 15-16), pp. 613-633.
- PELED, ROY; RABIN, YORAM (2010): “The Constitutional Right to Information”, en: *Columbia Human Rights Review* (Vol. 42, Nº 2), pp. 356-401.
- POST, ROBERT (2011): “Participatory democracy and free speech”, en: *Virginia Law Review* (Vol. 97, Nº 3), pp. 477-489.
- PROJECT ON GOVERNMENT OVERSIGHT (2021): “The Constitution Project”. Disponible en: <https://www.constitutionproject.org/> [visitado en 18 de octubre de 2021].
- RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO (1997): “La Libertad de Información en la Jurisprudencia Constitucional”, en: *Claves de la Razón Práctica* (Nº 72), pp. 2-7.
- ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA (1984): *Derecho a la Información y Libertad de Expresión* (Barcelona, Bosch).
- SCHMITT-GLAESSER, WALTER (1972): “Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Schluss)”, en: *Archiv des öffentlichen Recht* (Nº 98), pp. 276-298.
- SEGADO-BOJ, FRANCISCO Y DÍAZ-CAMPOS, JESÚS (2020): “Social media and its intersections with free speech, freedom of information and privacy. An analysis”, en: *Revista ICONO 14. Revista Científica De Comunicación Y Tecnologías Emergentes* (Vol. 18, Nº 1), pp. 231-255.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ (1988): “Aspectos Constitucionales de la Libertad de Expresión y el Derecho a la Información”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 23), pp. 139-155.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ (1989): “Libertad de Expresión, Información y Relaciones Laborales”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 26), pp. 165-179.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ (1991): “La Libertad de Expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional* (Año 11, Nº 32), pp. 73-113.
- SNEL, JOHAN (2013): “Freedom of Expression and the Media: A Case-Study from The Netherlands”, en: *Science journal (Communication and information)* (Nº6), pp. 121-140.
- STEIEN, SOLVEIG (2017): “The Relationship between Press Freedom and Corruption: The Perception of Journalism Students”, en: Elsebeth Frey, Mofizur Rhaman y Hamida El Bour (Eds.), *Negotiating Journalism: Core Values and Cultural Diversities* (Gothenburg, University of Gothenburg, Nordicom), pp. 65-76.
- STEIN, EKKEHART (1973): *Derecho Político* (Madrid, Aguilar).
- UNESCO (2021): “Information as a Public Good. 30 Years of the Windhoek Declaration”. Disponible en: <https://media.sipiapa.org/adjuntos/186/documentos/001/839/0001839935.pdf> [visitado el 10 de noviembre de 2022].
- VALLDECABRES ORTIZ, MARÍA ISABEL (2004): *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación* (Valencia, Universitat de València).

VILLANUEVA, ERNESTO (2003): "Estudio Introductorio y compilación. Derecho, autonomía, y educación superior. Derecho de Acceso a la Información Pública en Latinoamérica". Disponible en: <http://eprints.rclis.org/10200/4/3.pdf> [visitado el 26 de enero de 2021].

VILLANUEVA, ERNESTO (2006): Derecho de la información (Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa).

VILLAVARDE MENÉNDEZ, IGNACIO (1994): Estado Democrático e Información. El Derecho a ser Informado y la Constitución Española de 1978 (Oviedo, Junta General del Principado de Asturias).

WHITTINGHAM, JESSICA (2007): "Libertad de Información", en: Revista Derecho del Estado (Nº 20), pp. 33-48.

YUMATLE, CARLA (2015): Pluralism. The Encyclopedia of Political Thought, 1st edition (Hoboken, New Jersey, Wiley & Sons, Ltd.).

JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

STC 6/1981.

STC 12/1982.

STC 62/1982.

STC 77/1982.

STC 52/1983.

STC 105/1983.

STC 13/1985.

STC 104/1986.

STC 159/1986.

STC 167/1986.

STC 168/1986.

STC 63/1987.

STC 159/1987.

STC 165/1987.

STC 6/1988.

STC 107/1988.

STC 51/1989.

STC 171/1990.

STC 206/1990.

STC 240/1990.

STC 143/1991.

STC 197/1991.

STC 214/1991.

STC 40/1992.

STC 85/1992.
STC 223/1992.
STC 15/1993.
STC 178/1993.
STC 232/1993.
STC 336/1993.
STC 205/1994.
STC 288/1994.
STC 42/1995.
STC 76/1995.
STC 92/1995.
STC 176/1995.
STC 4/1996.
STC 120/1996.
STC 57/1999.
STC 134/1999.
STC 154/1999.
STC 11/2000.
STC 21/2000.
STC 113/2000.
STC 47/2002.
STC 52/2002.
STC 76/2002.
STC 148/2002.
STC 117/2003.
STC 126/2003.
STC 54/2004.
STC 65/2004.
STC 127/2004.
STC 232/2005.
STC 53/2006.
STC 155/2006.
STC 174/2006.
STC 338/2006.
STC 24/2007.
STC 139/2007.

STC 12/2012.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

STS 597/1998.

STS 174/2005.

STS 154/2008.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

WHITNEY V. PEOPLE OF STATE OF CALIFORNIA, 274 U.S. 357, 375 (1927).

MELVIN V. REID, 112 Cal. App. 285, 297 P. 91 (1931).

GROSJEAN V. AMERICAN PRESS Co., 297 US 233, 233, 249, 250 (1936).

JONES V. CITY OF OPELIKA, 316 U.S. 584 (1942).

DENIS V. U.S, 341 US 494, 503 (1951).

NEW YORK TIMES CO. V. SULLIVAN, 376 U.S. 254 (1964).

TIME, INC. V. HILL, 385 U.S. 388, 389 (1967).

COHEN V. CALIFORNIA, 403 U.S. 15 (1971).

MIAMI HERALD PUBLISHING CO. V. TORNILLO, 418 U.S. 241 (1974).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Nº 5493/72, HANDYSIDE V. REINO UNIDO, de 7 de diciembre de 1976.

Nº 6538/74, SUNDAY TIMES V. REINO UNIDO, de 26 de abril de 1979.

Nº 9815/82, LINGENS V. AUSTRIA, de 8 de julio de 1986.

Nº 10737/84, MÜLLER Y OTROS V. SUIZA, de 24 mayo de 1988.

Nº 10572/83, MARKT INTERN VERLAG GMBH ET KLAUS BEERMANN V. ALEMANIA, de 20 de noviembre de 1989.

Nº 11798/85, CASTELLS V. ESPAÑA, de 23 de abril de 1992.

Nº 13914/88, LENTIA INFORMATIONSVEREIN AND OTHERS V. AUSTRIA, Sentencia del 24 de noviembre de 1993.

Nº 34000/96, ROY ET MALAURIE V. FRANCIA, de 3 de octubre de 2000.

Nº 32686/96, MARÔNEK V. SLOVAKIA, de 19 de abril de 2001.

Nº 58547/00, WIRTSCHAFTS-TREND ZEITSCHRIFTEN-VERLAGS GMBH V. AUSTRIA, de 27 de octubre de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

IVCHER BRONSTEIN V. PERÚ, sentencia de 6 de febrero de 2001.

HERRERA ULLOA V. COSTA RICA, sentencia de 2 de julio de 2004.

CANESE V. PARAGUAY, sentencia de 31 de agosto de 2004.

PALAMARA IRIBARNE V. CHILE, sentencia de 22 de noviembre de 2005.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS. 1787.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 1917.

CONSTITUCIÓN DE ALEMANIA. 1949.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 1978.

CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA. 1991.

CONSTITUCIÓN FEDERAL DE SUIZA. 1999.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2005.

LEY Nº 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. Diario Oficial, 4 de junio de 2001.

LEY Nº 20.285, sobre Acceso a la información Pública. Diario Oficial, 20 de agosto de 2008.

LEY Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. 11 de junio de 2002.

LEY DE LIBERTAD DE PRENSA. 1 de enero 1975.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1948

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 1950.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. 1969.

LEY MODELO INTERAMERICANA 2.0 SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN. 2020.