

LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD OFICIAL Y LAS MEDIDAS ANTICONCENTRACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN: OTRO NUDO GORDIANO DEL PLURALISMO INFORMATIVO EN MÉXICO

Socorro APREZA SALGADO*

Señores, mientras la imprenta se considere solo bajo del aspecto del espíritu de partido, mientras el partido triunfante no vea en ella más que un elemento de oposición, mientras el legislador no contemple a la prensa sino como un ariete contra los gobiernos, no saldremos de nuestra antigua rutina, no afianzaremos la libertad de pensamiento.

Francisco Zarco, 1857

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El Estado como anunciante.* III. *La regulación de la publicidad estatal en México.* IV. *El deber estatal de evitar la concentración de medios en la radiodifusión.* A) *Definición de concentración.* B) *Tipos de concentración de medios de comunicación.* V. *Las últimas tentaciones del legislador en la regulación de las medidas anticoncentración.* VI. *Reflexiones finales.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

EL OBJETIVO DEL PRESENTE ENSAYO es examinar cuál ha sido la respuesta del legislador en materia de publicidad oficial y medidas anticoncentración de medios de comunicación en México; el punto de partida es que la omisión del legislador en estas áreas contribuye a la reducción del pluralismo informativo interno y externo. De ahí que, también se pretenda dar respuesta a las siguientes interrogantes ¿Cuándo la publicidad del Estado se convierte en un mecanismo de censura? ¿Cuáles son las incidencias

* Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM.

de la falta de claridad en las medidas relacionadas con la publicidad oficial sobre el pluralismo informativo? ¿Son las medidas anticoncentración el único mecanismo garante del pluralismo informativo?

La tesis que se sustenta en este trabajo considera que la falta de regulación de la publicidad oficial facilita las presiones a medios de comunicación y a periodistas a través del retiro o asignación de publicidad, dando lugar a la censura y fomentando la concentración de medios.

En este sentido, la regulación de la publicidad oficial pagada¹ debería garantizar, por un lado, la igualdad de posibilidades para que los medios tengan oportunidad de recibir las ganancias que produce ésta; y, por el otro, el control de la contratación de la publicidad por parte de las instituciones del Estado con dinero público. Se considera que de esta manera se evitaría una afectación al pluralismo interno² y externo,³ la cual silenciaría aún más las voces necesarias para la construcción democrática de nuestro país, además de que se garantizaría uno de los propósitos de la publicidad oficial, facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales, y entre ellos las libertades de expresión e información.

Igualmente, como señala la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación atentan contra la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, por cuanto impiden la diversidad y pluralidad de voces necesarias en una sociedad democrática”.⁴

¹ En adelante utilizaremos indistintamente publicidad oficial pagada o sólo publicidad oficial. Asimismo, cabe aclarar que aunque la publicidad oficial o del Estado, es “toda forma de comunicación que realizan los sujetos obligados por medio de un pago, en tiempos fiscales y en tiempos del Estado”, nosotros sólo abordaremos en este estudio la publicidad oficial pagada.

² El pluralismo interno es concebido por la uniformidad de la doctrina como la apertura de los medios a las diversas corrientes de opinión (GAY FUENTES, C., *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 252; VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución española*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 95 y 96).

³ El concepto de pluralismo informativo externo se compone de tres notas características que, a su vez, son presupuestos del mismo: a) la existencia del mayor número de medios, b) el hecho de que sean contrapuestos o independientes entre sí, y c) el acceso efectivo de los ciudadanos a las fuentes contrapuestas.

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 30 de diciembre de 2009, p. 423.

De ahí que, el presente estudio resulta relevante, pues estamos frente a dos de las ironías de las libertades de expresión e información: por una parte, la publicidad oficial que debiera ser un canal de comunicación entre el Estado y la población, y es utilizado como instrumento de presión a los medios de comunicación y periodistas críticos, donde el Estado confunde la naturaleza política con la ejecutiva de la acción gubernamental; por otra, la falta de intervención estatal para garantizar la competencia y promover el pluralismo informativo a través de medidas anticoncentración en México. En ambas situaciones, sería el Estado el que violentara los artículos 6 y 7 constitucionales, además del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos al no garantizar las libertades de expresión e información. En principio, la violación parece ser producto de la omisión del legislador e interés del ejecutivo de seguir utilizando la publicidad oficial pagada y la ausencia de medidas anticoncentración como una moneda de cambio para comprar la lealtad de los medios de comunicación.

II. EL ESTADO COMO ANUNCIANTE

El Estado como anunciante no debe olvidar que la “publicidad oficial debe ser entendida como un canal de comunicación entre el Estado y la población. Debe ser clara, objetiva, fácil de atender, necesaria, útil”,⁵ y habría que añadir veraz, en este último sentido, la Corte Interamericana ha declarado que las autoridades estatales “deben constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia mayor a la debida por los particulares, en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales aspectos como para evitar que los ciudadanos u otras personas interesadas reciban una versión no manipulada de determinados hechos”.⁶

Cuyo propósito es “difundir las políticas, programas, servicios e iniciativas gubernamentales; promover el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de los ciudadanos; incidir en el comportamiento so-

⁵ ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, *Principios básicos para la regulación de la publicidad oficial*, Buenos Aires, 2006, p. 14.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia del 28 de enero de 2009, párrafo 151. Las versales son nuestras.

cial y estimular la participación de la sociedad civil en la vida pública y, en general, informar sobre cualquier hecho que sea de relevancia pública”.⁷

El problema se presenta cuando el Estado utiliza la publicidad oficial pagada como un mecanismo para presionar, castigar o premiar a los periodistas y medios de comunicación, y no como canal de comunicación. A lo largo de la historia de México son varios los ejemplos en los que se ha desvirtuado el objetivo de la publicidad oficial, de los que cabe destacar el del Semanario Proceso al cual fue retirada la publicidad oficial en la época de López Portillo, el Diario *El Sur*, que también le retiraron la publicidad oficial como castigo a su posición crítica.⁸

El anterior comportamiento violenta los artículos 6 y 7 constitucional; el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los principios 5 y 13 de la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión. Estos dos últimos, establecen qué se entiende por censura y que la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y debe estar expresamente prohibidos por la Ley.

De modo que, la asignación discriminatoria de la publicidad oficial, se constituye en un mecanismo de censura sobre el periodista o el medio de comunicación; incluso puede llegar el Estado a constituirse en el actor que elimina la independencia de un medio y adquiere el control del mismo, cuando la subsistencia de éste depende de la contratación de la publicidad oficial. Ésta es una consecuencia que se presenta en el sentido estricto de la concentración de medios (como lo veremos en el apartada quinto) y lo grave es que se ha trasladado al poder público. Estas medidas discriminatorias como ha señalado la Relatoría Especial de Libertad de Expresión pueden ser negativas o positivas. “La asignación negativa se otorgaría a una persona o

⁷ ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, *op. cit.*, p. 15. En similar sentido, en España se dispone que la publicidad y comunicación institucional deben estar al servicio de las necesidades de los ciudadanos, facilitar el ejercicio de sus derechos y promover el cumplimiento de sus deberes, y no deben perseguir objetivos inadecuados al buen uso de los fondos públicos (Ley 29/2005 de publicidad y Comunicación Institucional, 29 de diciembre de 2005, p. 42902).

⁸ *Cfr. Iniciativa por la que se crea la Ley que regula la Publicidad del Estado*, propuesta del senador Carlos Sotelo García, integrante del grupo parlamentario del PRD, Legislatura LX, 23 de octubre de 2007, pp. 9 y ss.

un medio de comunicación para inducirlo a no informar desfavorablemente sobre quienes están en el poder. La asignación positiva exige que el beneficiario se exprese favorablemente para recibir los fondos estatales”.⁹ Ambas medidas son un frontal ataque a las libertades de expresión e información.

De ahí que, la Relatoría Especial de Libertad de Expresión señala la necesidad de que los Estados miembros cuenten con marcos normativos que establezcan criterios claros, transparentes, objetivos y no discriminatorios para la determinación de la distribución de la publicidad.¹⁰

III. LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ESTATAL EN MÉXICO

Como afirmamos en el apartado anterior, la publicidad oficial ha sido utilizada como un mecanismo censor. Por ello, el objeto de este apartado es examinar las distintas iniciativas que se han presentado en el Congreso.

Analizaremos en las iniciativas, específicamente, los principios de transparencia, igualdad de posibilidades en el acceso a la publicidad, la no discriminación de aquellos que sean críticos de la labor del gobierno y la posibilidad de controlar a quienes toman la decisión de colocar la publicidad que se compra con dinero público.¹¹ Este análisis nos dará elementos para pronunciarnos sobre las deficiencias y las virtudes de las mismas, para después destacar los aspectos que se requieren incluir para asegurar la independencia de los periodistas y los medios de comunicación “y la calidad del debate público en un sistema democrático”.¹²

En la Iniciativa por la que se crea la Ley que regula la publicidad del Estado, propuesta por el senador Carlos Sotelo García,¹³ la principal crítica se orienta a los siguientes aspectos:

- El artículo 10 que establece las características del contenido de la publicidad del Estado, sólo prevé que debe ser claro, objetivo, necesario,

⁹ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, op. cit.*, p. 426.

¹⁰ *Ibidem*, p. 433.

¹¹ Estos principios son los propuestos en el estudio: *Principios básicos para la regulación de la publicidad oficial, op. cit.*, p.11.

¹² *Ibidem*, p. 5.

¹³ *Op. cit.*, nota 8.

útil, y relevante para la sociedad mexicana, pero no incluye el requisito de veracidad.

- No se especifican los propósitos de la publicidad oficial.
- No se detalla la integración del Consejo Observador de la Equidad y la Transparencia de la Publicidad Oficial. No hay duda, que es indispensable dotar a este Consejo de parámetros suficientes como para garantizar la independencia y neutralidad de los consejeros.
- No se disponen reglas de licitación y transparencia para elegir a los agentes de publicidad y los contratistas involucrados en el proceso de producción.

En consecuencia, la iniciativa precedente avanza en el aseguramiento de los principios de transparencia, igualdad de posibilidades en el acceso a la publicidad, pero no así en la posibilidad de controlar a quienes toman la decisión de colocar la publicidad que se compra con dinero público, situación que responde en gran medida a la falta de un organismo independiente.

La iniciativa de la senadora Dulce María Sauri Riancho a nombre propio y de diversos senadores del grupo parlamentario del PRI, proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Comunicación Gubernamental a la ciudadanía,¹⁴ tiene las siguientes deficiencias:

- Se propone que sea el IFAI el órgano controlador, lo cual no compartimos, porque el IFAI no posee independencia y neutralidad frente a los órganos del Estado y los particulares tal como se desprende de los artículos 34 y 35 de la Ley de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.¹⁵ En estas circunstancias, es peligroso incorporar entre las competencias del IFAI, la de garantizar que la publicidad oficial se constituya en un verdadero canal de comunicación entre el Estado y

¹⁴ SAURI RIANCHO, Dulce María, *Proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Comunicación Gubernamental a la Ciudadanía*, Cámara de Diputados-LIX Legislatura, 8 de diciembre de 2005.

¹⁵ Bajo estos términos, podemos afirmar que no se cumplen las garantías estatutarias de independencia, puesto que el nombramiento depende del Gobierno, corriéndose el riesgo de que este organismo se constituya en “una estructura fuertemente gubernamentalizada”, donde el sistema de incompatibilidades tampoco se constituye en un factor que impida la dependencia de los consejeros frente al Gobierno. De modo que, el actual sistema de designación y remoción no asegura la independencia de este órgano frente al Gobierno.

la población, principalmente, porque en este último aspecto el Gobierno es sujeto de información no el objeto de la misma.

- No se especifica un procedimiento de distribución de la publicidad, competitivo, abierto, transparente y público.
- No se disponen reglas de licitación y transparencia para elegir a los agentes de publicidad y los contratistas involucrados en el proceso de producción.
- En la distribución de la publicidad, sólo se rige por el precio, la circulación y la audiencia, donde sería necesario que se dividiera la publicidad: asignando un 80% a los que tienen mayor circulación y audiencia y un 20% para los medios más pequeños, esto último principalmente frente a la amplia concentración de medios que existe en México.

No obstante, la iniciativa tiene virtudes como el establecimiento de propósitos de la publicidad oficial en el artículo 4;¹⁶ la inclusión del requisito de veracidad como un principio que deberá guiar la publicidad oficial; y la disposición de criterios para la contratación para la difusión de la publicidad: el precio, la circulación y la audiencia (art.19).

A modo de conclusión, cabe apuntar que en ambas iniciativas el legislador ha pretendido solucionar el problema, como lo hizo Alejandro al nudo gordiano, no desatándolo sino cortándolo, situación que no resuelve de fondo la problemática, cuya solución se aproxima más a re-direccionar la publicidad

¹⁶ Propósitos: *a*) Informar a la población de sus derechos; *b*) Informar a la población de sus obligaciones; *c*) informar a la ciudadanía de los procesos electorales y otros análogos previstos en las leyes y promover su participación; *d*) Informar a la población sobre funciones conferidas por la ley y los servicios proporcionados por los sujetos obligados; *e*) Informar a la población sobre planes, programas, proyectos, acciones y, en su caso, iniciativas de ley de los sujetos obligados; *f*) Informar a la población sobre los resultados de los planes, programas, proyectos, acciones e iniciativas que se refieren en el inciso inmediato anterior; *g*) Informar a la población de disposiciones normativas que por su novedad requieran ser difundidas para su conocimiento; *h*) Informar a la población sobre situaciones y medidas de observancia general relacionadas con seguridad pública y protección civil; *i*) Informar a la población sobre ofertas de empleo; *j*) Informar a los mexicanos en el exterior sobre programas y acciones públicas que les sean relevantes; *k*) Difundir el patrimonio cultural de México, y *l*) Comunicar cualquier otra información o mensaje de interés público, cuya procedencia, por lo que hace al Poder Ejecutivo Federal y a las entidades paraestatales sectorizadas a éste, deberá ser calificada previamente por el IFAI. Estos Principios en la legislación española están previstos en los requisitos de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación, concretamente, en el artículo 3 de la Ley 29/2005 de Publicidad y Comunicación Institucional.

oficial al servicio de las necesidades e intereses de los ciudadanos, facilitar el ejercicio de sus derechos y promover el cumplimiento de sus deberes.

Por tanto, parte de la solución de la problemática de la publicidad oficial, pasa por disponer reglas de licitación y transparencia para elegir a los agentes de publicidad y los contratistas involucrados en el proceso de producción; garantizar en la distribución de la publicidad un porcentaje para los que tiene mayor circulación y audiencia y otro para los medios más pequeños, esto último, principalmente, frente a la amplia concentración de medios que existe en México; junto con el marco jurídico de un organismo independiente del poder público y privado. Sin ello, cualquier propuesta será un ejemplo “de cómo puede enmascararse un problema real, dejándolo sin resolver mediante una falsa salida que crea nuevos problemas ficticios absolutamente innecesarios”.¹⁷

Conviene hacer énfasis en la concentración de medios a la publicidad oficial, porque a través de la discriminación en ésta, el Estado al proporcionar a un medio de comunicación la mayoría de sus ingresos publicitarios, puede ejercer una influencia decisiva indirecta sobre el mismo, menoscabando la independencia de esta fuente, colocándonos en el concepto de control propia de una concentración, de acuerdo con la definición que más adelante propondré.

IV. EL DEBER ESTATAL DE EVITAR LA CONCENTRACIÓN DE MEDIOS EN LA RADIODIFUSIÓN

Tal como apunté al inicio de este estudio, para materializarse la libertad de expresión, es indispensable, “*inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía [...] que tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar modelar la opinión pública según un solo punto de vista”.¹⁸

Ahora bien, en el aseguramiento del pluralismo informativo como han sostenido la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos es importante la participación estatal, adoptando leyes antimonopólicas que

¹⁷ NIETO, A., *La nueva organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 225.

¹⁸ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, op. cit.*, p. 423.

limiten la concentración en la propiedad y el control de los medios de radio-difusión.

El criterio de la estructura de la propiedad de las empresas es sumamente utilizado, ya que es el más afinado, desde el momento en que como apunta la comisión europea el criterio del contenido editorial de las emisiones, es “poco manejable dada la complejidad del análisis que exige y su subjetividad”.¹⁹ Igualmente, el criterio del número de cadenas o de diarios, aunque se “puede medir con facilidad [...] es poco significativo desde el punto de vista de la diversidad del contenido editorial que puede ser escasa y fácilmente controlable por un solo operador”. Así, el criterio de la estructura de la propiedad de las empresas hace “hincapié en la autonomía e independencia estructurales entre los controladores, lo cual constituye una condición mínima para la diversidad de elección ofrecida al público, aún sin garantizarla”.²⁰

Empero, no estaría de más que la Corte Interamericana de Derechos Humanos incorporara otros criterios como: el número de canales en cada uno de los ámbitos geográficos,²¹ de acuerdo al tipo de emisión —de pago o de libre acceso—, y el suministro de la mayor parte de la programación o al proporcionar la mayoría de ingresos publicitarios a una concesionaria o a una autorización. El último supuesto se puede presentar en la discriminación en la asignación de la publicidad oficial en México.

Para abordar la respuesta del legislador en México, expondremos primero qué entendemos por concentración, los tipos de concentración.

A) *Definición de concentración*

Partiendo de los supuestos de concentración y del concepto de control previstos en el Reglamento (CEE) N° 4064/1989 del Consejo sobre el control

¹⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro verde de la Comisión sobre pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior. Valoración de la necesidad de una acción comunitaria. COM (92) 480 final*, Bruselas, 23 de diciembre de 1992, p. 20.

²⁰ *Idem*.

²¹ MCQUAIL, D., *La acción de los medios. Los medios de comunicación y el interés público*, trad. de L. BORDA, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1998, p. 237. Criterio apuntado también por la Comisión Europea (*Libro verde de la Comisión sobre pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior, op. cit.*, p. 20).

de las operaciones de concentración entre empresas,²² Zaccaria considera que una operación de concentración consiste en la adquisición del control económico, total o parcial, por parte de una o más empresas sobre otra, a través de fusiones, creaciones de empresas comunes, adquisición de participaciones y, en general, *todos los medios a través de los cuales una empresa puede llegar a ejercer una influencia decisiva directa o indirecta* sobre la empresa controlada.²³ Nosotros aplicaremos esta última noción pues, con ello, no nos ceñimos a la influencia que se puede lograr a través de una participación accionarial en los canales televisivos o radiofónicos sino que integramos otras vías, por ejemplo el suministro de programación o el control de la mayoría de los derechos de voto.

Trasladando la noción de concentración a los medios de comunicación, Sánchez Tabernero la define como “un incremento en la presencia de una empresa o de un reducido grupo de compañías de comunicación en cualquier mercado como consecuencia de varios procesos posibles: adquisicio-

²² En su artículo 3 dispone que existe una operación de concentración: *a)* cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen; *b)* cuando una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o una o más empresas mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiera directa o indirectamente el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas; *c)* cuando la creación de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una actividad económica independiente, siempre que no implique una coordinación del comportamiento competitivo de las empresas participantes.

La Comisión Europea apunta que “también puede darse el tipo de concentración contemplado en la letra a) antes citada cuando, a pesar de no producirse una fusión a nivel jurídico, la combinación de las actividades de empresas anteriormente independientes supone la creación de una única entidad económica. Esto puede ocurrir especialmente cuando dos o más empresas, que conservan su personalidad jurídica propia, establecen mediante contrato una gestión económica conjunta. Si ello conduce a una fusión de facto de las empresas participantes en una verdadera entidad económica común se considera que es una operación de concentración” (*Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento CEE-Nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*, DOCE C66, 2 de marzo de 1998, p. 6).

²³ ZACCARIA, R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, con la colaboración de VALASTRO, Alessandra, Padua, CEDAM, 1998, p. 547. En esta definición Zaccaria incorpora una cláusula abierta al apuntar, no sólo los tres supuestos de operaciones de concentración previstos en el Reglamento, sino “*todos los medios a través de los cuales una empresa puede llegar a ejercer una influencia decisiva directa o indirecta sobre la empresa controlada*” (las cursivas son nuestras).

nes, fusiones, convenios con otras compañías o incluso la desaparición de competidores”²⁴.

Vistas las concepciones anteriores, se procede a tratar de compendiarlas proponiendo un concepto de concentración de medios de comunicación. Entenderemos que existe concentración *cuando una empresa o grupo empresarial, a través de cualquier medio, ejerza una influencia decisiva directa o indirecta sobre otra u otras empresas —cadenas—, capaz de menoscabar o eliminar la independencia de estas fuentes de información.*

Con ello, nos encontramos ante un concepto que englobaría la influencia, del resultado del control de la propiedad de un medio de comunicación —directa o a través de intermediarios— y, la de aquellas empresas que sin tener el control en términos accionariales, ejercen una influencia decisiva, por ejemplo al suministrar la mayor parte de la programación o al proporcionar la mayoría de ingresos publicitarios a una concesionaria o a una autorización.

B) Tipos de concentración de medios de comunicación

La disminución del número de fuentes de información contrapuestas capaces de garantizar una pluralidad de contenidos puede ser resultado de las distintas operaciones de concentración, por ello es necesario que los límites anticoncentración se dirijan también a evitar la concentración en sus distintas manifestaciones, vertical, horizontal, multimedia y multisectorial.²⁵

En la concentración horizontal, una empresa o un grupo de empresas poseen medios de la misma naturaleza en uno o varios mercados situados en la misma fase del proceso comercial.²⁶

²⁴ SÁNCHEZ TABERNERO, A. *et al.*, *Concentración en Europa. Empresa comercial e interés público*, Barcelona, Centre d'Investigació de la Comunicació-Generalitat de Catalunya, 1993, p. 30.

²⁵ Respecto a los tipos de concentración véase, GALÁN CORONA, E., “Control de concentraciones”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, vol. I, Civitas, 1995, p. 1668; SANABRIA, F., “Concentración empresarial, libertad informativa y diversidad de contenidos en los medios de comunicación”, en *Manuel Fraga. Homenaje académico*, Madrid, Fundación Canovas del Castillo, t. II, 1997, pp. 1456-1457, distingue también concentración internacional; véase también el estudio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y del Consell de l'Audiovisual de Catalunya: *La televisión digital terrenal en España. Situación y tendencias*, España, julio de 2002, pp. 37-38.

²⁶ En este concepto se tomaron en cuenta las definiciones de Galán Corona, Sánchez Tabernero y Bustos Gisbert (GALÁN CORONA, E., “Control de concentraciones”, *op. cit.*, p. 1668;

La concentración vertical supone que una empresa o grupo de ellas controla “el proceso de fabricación y comercialización de un negocio, ya sea para evitar la dependencia de suministradores, o con el fin de aumentar su rentabilidad”. En el sector audiovisual dicha concentración se puede articular de dos modos: “a) Ascendente: los fabricantes de electrónica de consumo y los distribuidores adquieren canales de televisión, y los emisores se introducen en el sector de la producción. b) Descendente: Los productores adquieren o ponen en funcionamiento nuevos canales de televisión, y éstos toman participación en compañías operadoras de cable y satélite”.²⁷

Por su parte, también existe la concentración multimedia, la cual se produce entre varios medios de comunicación de tipo diferente.²⁸

En tanto que la concentración multisectorial trata de “empresas o *holdings* que participan en otros sectores económicos y obtienen un control sobre los medios de comunicación”,²⁹ con “la finalidad de defender sus intereses”.³⁰

Como se desprende de la exposición precedente, la afectación del pluralismo informativo, tal como señala Bustos, responde a distintas situaciones; en el caso de la concentración vertical, horizontal y multimedia, se “amenaza el pluralismo por la situación de preeminencia en el mercado de la comunicación por parte de ciertos grupos o empresas”,³¹ hecho que les permite establecer “una barrera casi infranqueable para sus rivales”.³² En cambio, en la concentración multisectorial se “amenaza el pluralismo por el carácter parcial de los medios en la defensa de los intereses particulares”.³³

SÁNCHEZ TABERNERO, A., *Dirección estratégica de empresas de comunicación*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000, p. 332; y BUSTOS GISBERT, R., *Justificación y alcance de la intervención estatal en los medios audiovisuales*, en prensa, p. 20).

²⁷ SÁNCHEZ TABERNERO, A. *et al.*, *Concentración en Europa. Empresa comercial e interés público*, *op. cit.*, pp. 328-329.

²⁸ MONTI, M. y BANGEMANN, M., *Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à la propriété des médias dans le Marché Interior. COM (97) 86/8*, Bruselas, 8 de marzo de 1997, p. 16.

²⁹ SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., “Concentración informativa y libertad de información”, en *Las libertades informativas en el mundo actual. Actas del congreso conmemorativo del 25 aniversario de la Facultad de Ciencias de la Información*, Farias García, P. y Sánchez de Diego, M. (coords.), España, Universidad Complutense de Madrid, 1999, p. 515.

³⁰ BUSTOS GISBERT, R., *op. cit.*, p. 20.

³¹ *Ibidem*, p. 20.

³² SÁNCHEZ TABERNERO, A. *et al.*, *Concentración en Europa. Empresa comercial e interés público*, *op. cit.*, p. 350.

³³ BUSTOS GISBERT, R., *idem*, nota 30.

V. LAS ÚLTIMAS TENTACIONES DEL LEGISLADOR EN LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS ANTICONCENTRACIÓN

Los tipos de concentración apuntados en el tópico anterior se centran en la propiedad de los medios de comunicación, sin embargo como mencionamos, se puede ejercer una influencia decisiva, sin tener el control en términos accionarios, por ejemplo, al suministrar la mayor parte de la programación o al proporcionar la mayoría de ingresos publicitarios a una concesionaria o a una autorización.

Y en este último sentido, parecen ir los límites de la concentración de medios instrumentados en las más recientes iniciativas del legislador en México. Situación lógica, si tomamos en cuenta la amplia concentración accionaria y de número de cadenas y frecuencias en los distintos ámbitos que tienen dos grupos mediáticos (Televisa y TV Azteca).

Ahora bien, la justificación de las medidas dispuestas para garantizar el pluralismo informativo externo se encuentra en que éste, en sus manifestaciones, es un *condictio sine qua non* de las libertades de expresión e información, y éstas, a su vez, son requisito de la formación y manifestación libre de la opinión pública, pilar del sistema democrático.

De ahí, la importancia de la exposición de las medidas dispuestas en la Iniciativa que expide la Ley Federal de Telecomunicaciones y contenidos audiovisuales, a cargo del diputado Javier Corral Jurado, del grupo parlamentario del PAN, 8 de abril de 2010:³⁴

- El artículo 38 establece que el organismo competente elabora las bases de licitación y recabará la opinión de la Comisión Federal de la Competencia, donde faltó establecer opinión favorable, no sólo opinión.
- En la misma disposición se dispone en las bases de la licitación que para el servicio de radio y televisión se entregará además el proyecto de producción y programación, así como la carta compromiso para cumplir la función social.
- En el artículo 30 que prevé los criterios para seleccionar al ganador de la concesión, cabe puntualizar tres fracciones en las que se introducen elementos para avanzar en el aseguramiento del pluralismo informativo: “VII. Que su participación como prestador de servicios contribuya

³⁴ Cabe aclarar que no analizaremos la iniciativa del senador Carlos Sotelo, porque el contenido es igual al de esta propuesta.

a la pluralidad y la diversidad de los contenidos, a la competencia y a disminuir los niveles de concentración existentes; VIII. La revisión de su expediente, cuando se trate de solicitantes que sean o hayan sido titulares o que operen o hayan operado otra concesión o radiodifusión, verificando el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley. IX. En el caso de servicio de radio y televisión además, la propuesta de programación de contenidos a transmitir y su vinculación con los principios establecidos en el artículo 5, así como las formas de fanatizarlos ante el Estado”.

- En el artículo 103, fracción IV, se dispone que la concesión se pueda revocar por no cumplir con las obligaciones o condiciones establecidas en los títulos de concesión.
- Sin entrar a revisar cuándo se considera dominante a un operador de servicios de radiodifusión, pues excede nuestros objetivos,³⁵ tiene interés apuntar que el operador dominante deberá sujetarse a la obligación de brindar acceso a productores independientes a los contenidos audiovisuales producidos por el mismo. Además, de contratar el 20% de su programación semanal a productores independientes (artículo 151).

Respecto a los criterios de dominancia, los argumentos de las concesionarias van en el sentido de que la Comisión Federal de la Competencia ya les otorgó una resolución de que no tienen dominancia al momento de que se les autorizó la concesión, de ahí que consideran que la supervisión de esta dominancia debe estar a cargo de la COFECO y no en el nuevo organismo que se propone en la iniciativa. Frente a esto, quizás, valdría incluir en el artículo 150 que el organismo propuesto deberá solicitar a la COFECO el cumplimiento del requisito de dominancia, para que después este organismo sea el que aplique las obligaciones en caso de dominancia.

³⁵ Sin embargo, queremos señalar que en televisión abierta es más fácil verificar el primer porcentaje establecido en el artículo 150, no así en la televisión de ámbito restringido. El artículo 150 dispone: “Se considera dominante al operador de servicios de radiodifusión que: concentre en una misma empresa la selección, producción y distribución de contenidos y el 90% de su programación sea de su producción; 25% de la audiencia nacional; 25% de las estaciones o canales dentro de una misma área de cobertura; tenga al menos 25% de los ingresos de publicidad en servicios de radio y televisión, ya sea a nivel nacional o en la misma cobertura”.

Así mismo, parece que en los criterios establecidos en el artículo 150 no se tomaron en cuenta a la Ley de Inversiones Extranjeras, el Código de Comercio, la Ley del Mercado de Valores, etc.

Por otra parte, respecto a la obligación en caso de dominancia de los operadores de brindar acceso a productores independientes a los contenidos audiovisuales producidos por el mismo, éste plantea serios problemas, no sólo para el organismo controlador, sino para el propio medio, principalmente, porque habría que revisar cada contrato de producción para ver si permite el acceso, dado que en algunos de ellos se plantea un plazo para liberarse los contenidos; además que en la coproducción hay que convencer a la otra parte para permitir el acceso.

Pese a las observaciones realizadas, las medidas instrumentadas son viables y avanzan en la línea del aseguramiento del pluralismo informativo, no obstante, estas medidas de nada servirían si no se garantiza la independencia del organismo frente al poder público y privado.

Por tanto, las últimas tentaciones del legislador no se centran en la limitación de la propiedad de los medios de comunicación, sino en garantizar el pluralismo informativo interno en el medio de comunicación que tenga el control de la mayor parte de la programación. Además, a través de los requisitos y obligaciones para los nuevos concesionarios parece que se pretende dar cabida a aquellos medios de comunicación que garanticen un pluralismo informativo interno, al solicitarles su proyecto de producción y programación y el pluralismo informativo externo en tanto sea una fuente contrapuesta a las ya existentes.

Aún así, debemos insistir que es necesario en lo referente a los operadores independientes, establecer medidas de transparencia para determinar con claridad si dependen económicamente de una empresa, así como la previsión de medidas que eviten que un solo operador independiente acapare el 20% semanal reservado al conjunto de los operadores.

Por último, sería inaceptable la ausencia de una consideración detallada de la creación de un organismo constitucional autónomo,³⁶ pues, a nuestro juicio, es una parte nuclear de la protección eficaz del pluralismo informa-

³⁶ Respecto a la oportunidad de la creación de la autoridad independiente de lo audiovisual, Sánchez Tabernero apunta que “buena parte de falta de transparencia y pluralidad informativas podría resolverse con la constitución de un organismo independiente del Gobierno”. El cual tendría como uno de sus cometidos: “sustituir a las comisiones dependientes del Gobierno en la concesión y renovación [...] de canales de televisión” (SÁNCHEZ TABERNERO, A. y CORREIDORA, L., *Transparencia y control de los medios informativos. Informe sobre*

tivo. Cuya operatividad, pasa necesariamente, por la existencia de “una voluntad política sostenida de respetar la independencia de este tipo de administraciones. Dicho de otro modo, la plena efectividad de la neutralización política de una institución exige, en primer término, la firme decisión en tal sentido de los propios actores del juego político”,³⁷ para evitar que los avatares de la coyuntura política provoquen un cambio en el organismo regulador cada vez que la balanza se mueva.

VI. REFLEXIONES FINALES

Cabe apuntar que las iniciativas más recientes (PRI y PRD) han pretendido más que desatar el nudo gordiano, cortarlo, situación que no resuelve de fondo la problemática, es decir, re-direccionar la publicidad oficial al servicio de las necesidades e intereses de los ciudadanos, facilitar el ejercicio de sus derechos y promover el cumplimiento de sus deberes.

Para resolver la actual problemática de la publicidad oficial, sería necesario incluir en las propuestas: reglas de licitación y transparencia para elegir a los agentes de publicidad y los contratistas involucrados en el proceso de producción; garantizar en la distribución de la publicidad los siguientes porcentajes: un 80% a los que tienen mayor circulación y audiencia y un 20% para los medios más pequeños, esto último, principalmente, frente a la amplia concentración de medios que existe en México; junto con el marco jurídico de un organismo independiente del poder público y privado. Sin ello, cualquier propuesta será un ejemplo “de cómo puede enmascararse un problema real, dejándolo sin resolver mediante una falsa salida que crea nuevos problemas ficticios absolutamente innecesarios”.³⁸

La discriminación de la asignación de la publicidad oficial, afecta tanto al pluralismo informativo como externo. El pluralismo informativo interno al inducir al medio a no informar desfavorablemente sobre quienes están en el poder. Y al externo, fomentado la concentración, desde la perspectiva que es el propio Estado el que ejerciendo una influencia decisiva indirecta sobre

la situación española y perspectiva europea, España, Fundación de Comunicación Social, 1994, p. 36).

³⁷ POMED SÁNCHEZ, L. A., “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 132, septiembre-diciembre de 1993, p. 137.

³⁸ NIETO, A., *op. cit.*, p. 225.

un medio al que le proporciona la mayoría de sus ingresos publicitarios, menoscaba la independencia de esta fuente de información y reduciría la diversidad de fuentes de información.

Entenderemos que existe concentración de medios de comunicación cuando una empresa o grupo empresarial, a través de cualquier medio, ejerza una influencia decisiva directa o indirecta sobre otra u otras empresas —cadenas—, capaz de menoscabar o eliminar la independencia de estas fuentes de información.

Las últimas tentaciones del legislador no se centran en la limitación de la propiedad de los medios de comunicación, sino en garantizar el pluralismo informativo interno en los medios de comunicación que tengan el control de la mayor parte de la programación. Además, a través de los requisitos y obligaciones para los nuevos concesionarios parece que se pretende dar cabida a aquellos medios de comunicación que garanticen un pluralismo informativo interno, al solicitarles su proyecto de producción y programación; y pluralismo informativo externo en tanto sea una fuente contrapuesta a las ya existentes.

Pese a las medidas instrumentadas en la iniciativa, debemos insistir que es necesario en lo referente a los operadores independientes, establecer medidas de transparencia para determinar con claridad si dependen económicamente de una empresa; la previsión de medidas que eviten que un sólo operador independiente acapare el 20% semanal reservado al conjunto de los operadores.

Por último, dados los parámetros establecidos en la iniciativa respecto al organismo garante, sería inaceptable la ausencia de una consideración detallada de la creación de un organismo constitucional autónomo, pues, a nuestro juicio, es una parte nuclear de la protección eficaz del pluralismo informativo. Cuya operatividad, pasa necesariamente, por la existencia de “una voluntad política sostenida de respetar la independencia de este tipo de administraciones. Dicho de otro modo, la plena efectividad de la neutralización política de una institución exige, en primer término, la firme decisión en tal sentido de los propios actores del juego político”,³⁹ para evitar que los avatares de la coyuntura política provoquen, un cambio del organismo regulador cada vez que la balanza se mueva.

³⁹ POMED SÁNCHEZ, L. A., *op. cit.*, p. 137.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS GISBERT, R., *Justificación y alcance de la intervención estatal en los medios audiovisuales*, en prensa.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia del 28 de enero de 2009.

_____, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 30 de diciembre de 2009.

MCQUAIL, D., *La acción de los medios. Los medios de comunicación y el interés público*, trad. de L. Borda, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1998.

GAY FUENTES, C., *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

GALÁN CORONA, E., “Control de concentraciones”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, vol. I, Civitas, 1995.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro verde de la Comisión sobre pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior. Valoración de la necesidad de una acción comunitaria. COM (92) 480 final*, Bruselas, 23 de diciembre de 1992.

NIETO, A., *La nueva organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1998.

ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, *Principios básicos para la regulación de la publicidad oficial*, Buenos Aires, 2006.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., “Concentración informativa y libertad de información”, en *Las libertades informativas en el mundo actual. Actas del Congreso Conmemorativo del 25 aniversario de la Facultad de Ciencias de la Información*, Fariás García, P. y Sánchez de Diego, M. (coords.), España, Universidad Complutense de Madrid, 1999.

SÁNCHEZ TABERNERO, A., et al., *Concentración en Europa. Empresa comercial e interés público*, Barcelona, Centre d’Investigació de la Comunicació-Generalitat de Catalunya, 1993.

VILLAVEDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución española*, Madrid, Tecnos, 1995.

ZACCARIA, R., *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, con la colaboración de Alessandra, Valastro, Padua, CEDAM, 1998.