

DEMOCRACIA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

*Saúl López Noriega**

*La prensa es libre cuando no depende
ni del poder del gobierno ni del dinero*

Albert Camus

Resumen

El presente ensayo aborda el problema de la concentración mediática en las democracias contemporáneas. Se trata de un estudio que brota a partir de una inquietud central: cómo controlar el poder privado de los medios de comunicación, sin mermar el conjunto de libertades del sistema de expresión e información. En este sentido, inserto en la tradición liberal, el texto analiza la tensión entre autonomía y control, la relación entre Estado y libertad, así como las características de los derechos que giran alrededor de la concentración mediática: libertad de expresión, derecho a la información y libertad de propiedad. En última instancia, con un pie en el ámbito teórico y el otro en ciertas resoluciones de tribunales constitucionales, el ensayo busca esbozar algunos criterios constitucionales mínimos que coadyuven a la construcción de un escenario mediático plural.

Abstract

The present essay approaches the problem of the media concentration in contemporary democracies. It is a study that arises from a central concern: how to control the private power of mass media without diminishing the set of freedoms of the system of expression and information. In this regard, within the liberal tradition, the text analyzes the tension between autonomy and control, the connection between State and freedom, as well as the characteristics of the rights that revolve around the media concentration: freedom of expression, right to information and freedom of property. Ultimately, with one eye looking at the theoretical scope and the other looking in the direction of certain resolutions of constitutional courts, the essay seeks to outline some minimum constitutional criteria that contribute to the construction of a plural mass media scenario.

* Director de Relaciones Nacionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

I

Sobra recordarlo: los medios de comunicación en las sociedades contemporáneas son de mayúscula importancia. Es, precisamente, a través de su incesante transmisión de opiniones e información que se levanta un entorno común, un trasfondo de todas las interacciones sociales. Se trata del único foro posible en las democracias modernas; el ágora de nuestros tiempos. Una realidad que, para bien y para mal, es nuestra principal referencia cotidiana.

Esta es la razón de la constante preocupación liberal por los medios de comunicación. Desde los cimientos de este pensamiento político, la prensa se ha entendido como el ingrediente indispensable para materializar otras libertades, tales como la de pensamiento y de expresión y, en este sentido, como el instrumento idóneo para lograr el pluralismo informativo, la participación ciudadana en la esfera pública, así como la transparencia de la política sujeta al examen de la sociedad. En esta línea, Benjamín Constant consideraba que la más importante de las libertades sociales es la de la prensa. Sólo a través de ella se logra difundir opiniones diversas y, mediante su confrontación, acercarse a la verdad. Se trata del único medio de publicidad y, por tanto, la garantía última de los ciudadanos: todas las limitaciones al poder se vuelven una quimera sin la luz de los medios.¹

Ahora bien, el escenario mediático clásico del siglo XVIII, XIX y buena parte del XX se concibió a partir de dos ingredientes fundamentales. Por una parte, el Estado como el peligroso enemigo a vencer. Se entendió a la libertad de los medios como una épica y heroica batalla en contra del obeso y abusivo ogro estatal, en donde éstos eran un conducto neutral por donde circulaba la información más relevante de la comunidad. La lucha por una prensa autónoma se enfocó casi de manera exclusiva en eliminar la intromisión estatal y arrinconar su estructura para abrir un amplio espacio donde circularan libremente las opiniones. El otro ingrediente lo encontramos en el que fuese el medio de comunicación predominante durante dicho período: la prensa. Durante el nacimiento de las libertades liberales existían también panfletos, libros y revistas,

¹ Cfr. Jardin, André, *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875*, trad. Francisco González Aramburu FCE, México, 1989 (primera edición en francés 1985), p. 265.

mas los periódicos desde su aparición se convirtieron rápidamente en el medio de comunicación por excelencia. Las apologías, defensas y advertencias alrededor de la libertad de expresión se imaginaron por mucho tiempo a partir de éstos. Simplemente era impensable, en su momento, la existencia de medios como la radio, la televisión y la Internet; ya no digamos tecnologías tan sofisticadas como la comunicación vía satelital y la fibra óptica.

Pero es justamente este escenario habitado por la noción del Estado como enemigo y la prensa como principal medio de comunicación, lo que ha cambiado de manera drástica en las democracias contemporáneas. Sin duda, los primeros argumentos liberales conservan aún muchísima relevancia, toda vez que la prensa sigue siendo un medio de gran influencia y el interés del Estado por la censura es latente (y en ciertos lugares una práctica cotidiana). A pesar de ello, actualmente, el tema mediático plantea otra amenaza cuyo origen es diferente: el crecimiento sin trabas de la industria de los medios como intereses comerciales, así como el nacimiento de nuevos medios cuyas particularidades técnicas han permitido su desarrollo y preeminencia desde mediados del siglo xx.² Más que en ataques o limitaciones a la libertad de expresión, al menos en buena parte de los países democráticos, el mayor peligro para el libre acceso de los ciudadanos a la información proviene del proceso de concentración de propiedad de los medios, así como en la aparición de agencias transnacionales que dictan de un modo implacablemente eficaz y unilateral cuáles son los hechos a informar y de qué manera hacerlo.³

A la preocupación por una abusiva intromisión estatal en el escenario mediático, ahora es necesario sumarle la amenaza propia de la acumulación de los medios de comunicación. Una concentración que resbala fácilmente en la no competencia mediática, es la arbitrariedad privada, cuyo desempeño, lejos de ser neutral, se reduce más bien al desahogo de una agenda de intereses. Un conjunto de políticas internas que desdibujan la estampa de la objetividad, resultando en una programación que favorece proyectos políticos afines y ataca a los contrarios. Dicha parcialidad mediática es ineludible inclusive en condiciones de

² Cfr. Keane, John, *The media and democracy*, Polity Press, Great Britain, 1991, pp. 89-90.

³ Cfr. Muro Benayas, Ignacio, *Globalización de la información y agencias de noticias. Entre el negocio y el interés general*, Paidós, Barcelona, 2006.

pluralismo; se trata de una consecuencia inevitable ante medios autónomos. Esta es una importante lección que nos ofrece la concentración mediática: la idea de unos medios objetivos, con una actuación estrictamente instrumental, es de menos una ingenuidad. El peor escenario, sin embargo, se presenta cuando la insalvable subjetividad de los medios tiene lugar en un contexto de monopolios o de posiciones dominantes. En tal supuesto el sistema de información y expresión se limita a un solo micrófono o, en el mejor de los casos, a un puñado. Y de ahí que sea indispensable para cualquier democracia la presencia de un escenario mediático plural.

No es difícil imaginar que este nuevo contexto de los medios de comunicación representa para la democracia serias dificultades, que finalmente se insertan en una de sus grandes asignaturas pendientes: cómo controlar los poderes privados sin mermar el sistema de libertades. Pero, antes de analizar este enmarañado acertijo es necesario preguntarnos: ¿Cuáles son los peligros de la acumulación de los medios? ¿Están justificados los gritos de alarma ante el acelerado proceso de concentración de éstos? ¿Qué ventajas ofrece realmente el pluralismo mediático?

Para resolver estas interrogantes es necesario entender que en una sociedad democrática nadie debe ser amo de la verdad ni de la voz; deben existir el mayor número de voces posibles. No porque éstas necesariamente aporten ideas brillantes, tampoco porque entre más voces se escuchen más fácil se llegue a la verdad, sino para evitar la fusión entre verdad y poder. La multiplicidad de voces propicia que la información salga del rincón oscuro y sea conocida por todos. La diversidad de intereses, teniendo cada uno su propia voz, impide que una logre escucharse siempre por encima del resto, aunque ésta fuese la voz de la razón. La democracia es una polifonía de ideas, intereses y visiones del mundo.

Las voces estridentes y nasales, sin duda, serán repugnantes y otras más irritarán por las sandeces que digan. Por salud mental sería mejor permitir que se escuchasen sólo las voces melodiosas e inteligentes, mas la democracia no es el camino a la curación ni a la perfección. La estampa de una sinfonía que dirigida por un director de orquesta elimina el caos e impone orden y armonía en las voces, es totalmente antidemocrática. En una sociedad libre nadie debe tener de manera absoluta el poder sobre la vida y muerte de las voces. Decidir qué voz se escucha y

cual enmudece.⁴ Éste es, precisamente, el peligro que representa la enorme concentración de propiedad de los medios de comunicación: que éstos se conviertan en un especie de director de orquesta mediático, cuyo poder le permita determinar quién habla, por cuánto tiempo, sobre qué tema y en qué tono. El poder de apropiarse de la voz y la verdad; el poder sobre la vida y muerte de las voces en una democracia. Ninguna figura que concentra tanto poder como el director de orquesta debe personificarse en alguna institución democrática.

Aquí se dibuja el atractivo de un escenario mediático plural: lograr una real dispersión de las voces en una democracia; una fragmentación de los medios que atempere su intrínseco y complejo poder. En efecto, la relevancia del pluralismo de voces no reside en que las aportaciones de éstas a la arena pública sean necesariamente más cultas, inteligentes o versadas. Se trata de una solución que no se plantea como objetivo prioritario la construcción de un contenido mediático cultural. Más bien, la contribución del pluralismo, moderada si se quiere, reside en que la mera presencia de una multiplicidad de micrófonos coadyuva a equilibrar la distribución de poder en el escenario de los medios de comunicación. Algo que Alexis de Tocqueville entendió muy bien: “el único medio de neutralizar los efectos de los periódicos es el de multiplicar su número.”⁵

II

El problema de la concentración mediática apunta directamente a lo que algunos autores han considerado el dilema de las democracias pluralistas: la tensión entre autonomía y control.⁶ El pluralismo, efecti-

⁴ Cfr. Canetti, Elias, *Masa y poder*, trad. Horst Vogel, Alianza-Muchnik, Barcelona, 1977, primera edición en alemán 1960, pp. 465-7

⁵ Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, trad. Luis R. Cuéllar, FCE, México, 1957, primera edición en francés 1835, p. 202.

⁶ Cfr. al respecto: Dahl, Robert A., *Dilemmas of Pluralist Democracy. Autonomy vs. Control*, Yale University Press, USA, 1982; Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, trad. Alfredo Gallego, Ariel, Barcelona, 1976, primera edición en alemán 1969; Przeworski, Adam, “The state in a market economy” en *Transforming post-communist political economies*, Joan Nelson, Charles Tilly, y Lee Waker, edit., National Academy Press, USA, 1997, pp. 411-31; Keane, John, *Democracy and civil society*, Verso, London, 1988, pp. 1-30; Przeworski, Adam, *The state and the economy under capitalism*, Routledge, Great Britain, 2001; y, para un planteamiento económico sugiero, Simons, Henry C., *Economic Policy for a Free Society*, University of Chicago Press, USA, 1948.

vamente, es un ingrediente indispensable en los regímenes democráticos, no sólo para lograr un efectivo contrapeso del poder estatal sino también como una adecuada vía para enriquecer los resultados políticos, sociales y económicos. Ubicados en el terreno de la sociedad civil, la idea es que las agrupaciones ajenas a la estructura estatal y que constantemente presionan para asegurar sus intereses, formen un escenario propicio para situar en el debate y la discusión de la arena pública los temas más relevantes de la sociedad. Lográndose, mediante tal participación heterogénea de perspectivas y preferencias, que el poder estatal se limite a un ámbito determinado, que los procedimientos democráticos se nutran en cada resolución de conflictos y, además, que el poder de estas organizaciones se contenga a través de una dinámica de mutuo control con el mínimo de coacción posible.

Los problemas surgen cuando la libertad de algunos de estos grupos privados se desborda y afecta a otros núcleos de la sociedad civil o, inclusive, al Estado mismo. Libertad es poder. Y la tensión entre autonomía y control se suscita, entonces, porque la libertad de las organizaciones privadas, lejos de ser absoluta, es el resultado de una relajación en las correas de control estatal. Sindicatos y empresas, por ejemplo, adoptan en todo momento relevantes decisiones que no son completamente controladas por la estructura estatal. Nadie negará, sin embargo, que las acciones de estas agrupaciones en ocasiones son (o pueden ser) dañinas económica, social o políticamente. Esto significa que la autonomía de las organizaciones económicas es un valor deseable en las sociedades democráticas y, al mismo tiempo, paradójicamente, representa un peligro.

Frecuentemente los intentos de solucionar este complejo problema han resbalado en una simplista cantaleta: propiedad privada o propiedad estatal.⁷ Una discusión que se ha columpiado entre un implacable intervencionismo estatal y una inquebrantable seguridad en las leyes del mercado. Ambas posiciones consideran que definir la propiedad en uno u otro sentido es condición necesaria y suficiente para lograr un control de las organizaciones y los grupos sociales. Mientras unos depositan una ingenua confianza en la estructura estatal; los otros hacen lo mismo respecto los propietarios privados. El resultado es un rígido

⁷ Al respecto sugiero el breve, pero lúcido y esclarecedor ensayo de Przeworski, Adam, "The state in a market economy", en *Transforming post-communist political economies*, op. cit.

maniqueísmo: la libertad sólo es posible cuando el Estado cede totalmente el paso a una libre dinámica de la propiedad privada de los medios, o los monopolios mediáticos suprimirán la libertad a menos que el Estado los absorba completamente.

Inflexibles y autoritarias, es difícil imaginar que dichas propuestas realmente sean un efectivo control, pues detrás de ellas en vez de un intento de analizar las características del poder de los medios y ofrecer un dique institucional a éste, existe un irreflexivo credo por las bondades de cada una de estas formas de propiedad. Así, más que en el tipo de propiedad, el diseño institucional de un sistema democrático debe fundarse en las diversas formas de control posibles: cuánta autonomía será permitida a los grupos privados, en qué tipos de decisiones y cuáles serán los controles internos y externos para dicho propósito.⁸ En otras palabras: el grado de pluralismo de una sociedad no depende de si sus empresas son privadas o pertenecen al Estado. El núcleo del problema está en qué decisiones están descentralizadas y cuánta autonomía es permitida a las organizaciones. Esto no significa, y es importante subrayarlo, que en el diseño de las correas de control que exige un poder tan complicado como el de los medios, no se involucren actores estatales y de la sociedad civil. La clave del diseño reside, más bien, en las relaciones institucionales entre estos dos espacios de la sociedad democrática: cómo tejer arreglos institucionales para lograr un control de los medios de comunicación sin que se desborde el poder público ni privado.

Esto nos ubica en la compleja relación entre libertad y Estado. Contrario a la idea común, no se trata de dos elementos disímiles y excluyentes. Más bien, mantienen una estrecha relación, donde la libertad sólo es posible gracias al Estado. Éste es el encargado de crear las libertades constitucionales, darles una forma institucional y convertirlas en realidad. En condiciones de una estructura estatal débil (o prácticamente inexistente) los derechos podrán ser imaginados, pero difícilmente transformados en una experiencia cotidiana. La libertad, entonces, no puede ser resguardada con una mera limitación a la interferencia del gobierno. Los derechos para hacerse efectivos necesitan algo más que sólo evitar la presencia del poder estatal. Es imprescindible una respon-

⁸ Cfr. Dahl, Robert A., *Dilemmas of Pluralist Democracy...*, op. cit., pp. 96 y ss.

sabilidad positiva de éste. La *intrusión* del Estado para la salvaguarda de cada derecho.

El Estado liberal, por tanto, tiene la obligación de proveer el tentáculo institucional (positivo y libertario) que permita a los ciudadanos resguardarse de las mismas posibles arbitrariedades estatales. Y algo de igual relevancia: la obligación de proteger a los ciudadanos de posibles abusos del poder privado. Dominaciones de otros ciudadanos sostenidas por las mismas libertades constitucionales. No está de más subrayarlo: los derechos constitucionales son en realidad poderes legales que pueden ser ejercidos sobre los demás. Y por ello es necesario que éstos se sujeten a ciertas restricciones para evitar que se desborde su poder. Sólo un enérgico y bien estructurado Estado es capaz de defender al débil del fuerte; evitar que una persona esclavice a otra.

Así, aunque en ocasiones se olvide, lo interesante del pensamiento liberal en este rubro es su preocupación por los abusos de la concentración de poder, sea este público o privado. Y a pesar de que el liberalismo, en principio, mantiene una fuerte posición a favor de la protección de la propiedad privada, esto no significa que no desconfíe de ciertas formas de propiedad que se traducen fácilmente en influencia política o autoridad. La tradición constitucionalista-liberal entiende, pues, que el poder privado (o civil) debe ser limitado cuando existan intereses y propósitos públicos de por medio.⁹ La competencia y el pluralismo no regulado es una quimera; ambos necesitan para ser efectivos de un sistema legal que los promueva.¹⁰ Y, por ello, el planteamiento de una libertad de los medios irrestricta se reduce a un poder sin control, el poder arbitrario de una minoría es capaz de actuar sin sujetarse a ninguna regla ni regulación. Así, la libertad estructurada a partir de los derechos constitucionales debe tener límites para que realmente opere como un derecho. Lo cual no se traduce necesariamente en un intervencionismo estatal autoritario. La clave está en que el Estado nunca se confunda con la propiedad, la religión, la familia, la conciencia... ni con ninguna otra libertad que regule y limite.

⁹ Cfr. Holmes, Stephen, *Passions and constraints on the liberal theory of liberal democracy*, Chicago University Press, USA, 1995.

¹⁰ Cfr. Oakeshott, Michael "La economía política de la libertad", en *El racionalismo en la política y otros ensayos*, trad. Eduardo Suárez, FCE, México, 2000, primera edición en inglés 1991, p. 372.

Cualquier intento, por tanto, de regular la propiedad de los medios de comunicación, que sea compatible con los principios constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información, refleja claramente la preocupación liberal por un mal uso político de la acumulación del poder privado. Irónicamente, la libertad de prensa para su existencia exige límites al poder estatal, pero también necesita de la intervención de éste para establecer y resguardar los límites de las libertades de donde se sostienen las corporaciones mediáticas: libertad de prensa, propiedad, asociación, información. La tarea no es sencilla. Exige de una precisión quirúrgica capaz de diseñar estructuras regulativas que coadyuven al pluralismo de medios, sin que se vea afectada la libertad de éstos. Construir una relación entre control y autonomía que concilie la deseable libertad de los medios de comunicación con los imprescindibles límites democráticos.

III

Ahora bien, si es cierto que la solución a la concentración mediática reside en buena medida en lograr un equilibrio entre control y libertad, entonces, resulta indispensable delinear algunos aspectos conceptuales de las libertades fundamentales que gravitan alrededor de este problema. Esbozar la relación que debe existir en un escenario democrático entre la libertad de propiedad, el derecho a la información y la libertad de expresión. Aquí se encuentran los elementos necesarios para empezar a aclarar las particularidades del problema.

En términos generales, la libertad de expresión se entiende como la posibilidad del individuo de gozar de la ausencia de impedimentos y cualquier forma de obstrucción por parte de la estructura estatal para difundir información. Es más: esta libertad se concibe como la inmunidad ante cualquier forma de prohibición, censura y discriminación para poder divulgar –con sus respectivas limitaciones con relación al derecho al honor, a la dignidad y a la intimidad– cualquier forma de expresión intelectual, artística, política, religiosa, cultural, etc. El derecho a la información, por su parte, primordialmente de carácter social e institucional, se ha leído como la facultad de recibir información en un escenario democrático y plural. El derecho a estar informado de los sucesos públicos con la mayor objetividad, imparcialidad y neutralidad

posible. La garantía de uno consiste en la prohibición de prohibir o, si se quiere, de limitar la información. La garantía del otro se ubica en la obligación de informar correctamente y, sobre todo, de guardar una sólida independencia económica y política por parte de aquellos que expresan y producen información y opiniones.¹¹

La diferencia principal, por tanto, entre estas dos libertades reside en la posición del beneficiario del derecho. Por una parte, el titular de la libertad de expresión se define por su elemento activo al ser él el productor de la información, y donde tal ejercicio de divulgación es lo que precisamente se debe proteger. Por el contrario, en el derecho a la información el titular desempeña un papel pasivo. Es un receptor de los hechos dotados de trascendencia pública y que son necesarios para la participación ciudadana en la vida colectiva de la democracia. Y su protección consiste en la construcción del escenario mediático más propicio para que la sociedad —en el entendido de que los receptores potenciales pueden ser todos y cada uno los miembros de ésta— puedan formarse libremente sus opiniones respecto la cosa pública, así como conocer los hechos de interés general. Es decir, su protección reside en la edificación de un escenario mediático que propicie las mejores condiciones para que la sociedad reciba información veraz y lo menos manipulada posible en relación con los aspectos más importantes de su comunidad y entorno.¹²

Un aspecto medular: ninguna de estas dos libertades, no importando si se adoptan otros matices conceptuales, mantiene alguna relación con la libertad de propiedad. No existe, en principio, elemento alguno que permita establecer una relación entre tales libertades, ya no digamos,

¹¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Libertad de información y propiedad privada. Una propuesta no utópica”, trad. Pedro Salazar Ugarte, *Nexos*, núm. 316, abril 2004, México, pp. 36-42.

¹² Respecto el derecho a la información y la libertad de expresión, sugiero: Escobar, de la Serna Luis, *Derecho a la información*, Madrid, Dykinson, 2001; López-Ayllón, Sergio, “El derecho a la información como derecho fundamental”, en *Derecho a la información y derechos humanos*, Jorge Carpizo y Miguel Carbonell (ed.), México, UNAM-Porrúa, 2003, pp. 157-81; Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, UNAM, México, 2004; Bustos Gisbert, Rafael, “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión” en *Revista de Estudios Políticos*, CEPC, Madrid, núm. 85, julio-septiembre, 1994, pp. 261-89; Villanueva, Ernesto, *Derecho Comparado de la Información*, Universidad Iberoamericana, México, 1998; Saavedra López, Modesto, *La libertad de expresión en el Estado de derecho. Entre la utopía y la realidad*, Ariel, Barcelona, 1987; Laporta, Francisco, “El derecho a informar y sus enemigos”, en *Claves de la Razón Práctica*, núm. 72, Mayo, Madrid, 1997, pp. 14-19.

una confusión conceptual entre la libertad de expresión, el derecho a la información y la propiedad privada de los medios de comunicación. Por ello, en el momento que se deja de distinguir nítidamente la esfera de estos derechos, para permitir una fusión entre ellos, estamos ante un conflicto de derechos justamente porque la propiedad absorbe inevitablemente tanto a la libertad de expresión como al derecho a la información para reducirlos a la libertad de los propietarios o, en el caso de un monopolio, a la libertad del propietario.

En efecto, existen principalmente dos formas para que estos dos derechos, el derecho a la información y la libertad de expresión, sean vulnerados: sea mediante la censura, la represión y la prohibición de cualquier manifestación de ideas y opiniones; método propio de los regímenes autoritarios o a través de la apropiación de los medios de comunicación; método característico de las concentraciones mediáticas.¹³ Es cierto, con las concentraciones mediáticas la libertad de propiedad se erige en un poder desbordado, ilimitado, que logra imponerse y suplantar a la libertad de expresión y al derecho a la información, para finalmente nulificar a ambas libertades. Las características mismas de la libertad de propiedad propician que ésta se derrame y ahogue las libertades que se ubican a su alrededor. Esta es la razón de que la mera presencia y fortalecimiento de los conglomerados mediáticos vaya en contra de la garantía del derecho a la información. Es decir, un escenario mediático plural, donde la información y las opiniones sean lo menos manipuladas posible, se quiebren los vínculos entre los representantes políticos y los centros económico-mediáticos y se eviten, por tanto, las componendas e intercambios entre apoyos y prestaciones privadas (ocultar y maquillar determinada información, acentuar positivamente ciertos aspectos de los hechos públicos, campañas de propaganda a favor de un grupo político en particular) a cambio de prestaciones públicas (establecer esquemas regulatorios más laxos, ampliar los márgenes *antitrust*, etc.).

El poder empresarial mediático, por tanto, no sólo debe someterse a los vínculos y límites jurídicos tendientes a garantizar la libertad de expresión y el derecho a la información, también debe aplicársele la lección de Montesquieu: la separación de poderes. Los medios de co-

¹³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, "Libertad de información y propiedad privada...", *op. cit.*

municación deben convertirse en un poder constituido principalmente a partir de la libertad de expresión y el derecho a la información, y no a partir de la libertad de propiedad. Deben guardar una férrea independencia frente a los poderes políticos y económicos. Dice Luigi Ferrajoli:

La principal garantía de esa libertad [a la información] radica en su separación e independencia de la propiedad; son tan esenciales para la información como, para el poder judicial, su independencia y separación del poder ejecutivo. Si es cierto que el derecho a la información es devorado por su confusión con la propiedad, entonces, la solución radica en separar estos dos derechos invirtiendo su relación actual: sometiendo el poder empresarial de los grupos periodísticos y televisivos, públicos y privados, a los límites y vínculos que derivan de la independencia de la libertad de prensa y de información.¹⁴

No obstante, como otros derechos sociales, el derecho a la información suele ser impreciso, pues aunque establezca un fin, no están constitucionalmente determinadas las acciones adecuadas para conseguir dicho objetivo, ni por tanto el grado de satisfacción que deba lograrse para considerar que el derecho en cuestión está siendo acatado, aplicado o protegido en toda su extensión. Esta situación nos sitúa en la siguiente complejidad: en base a qué contenido se pueden definir e identificar las obligaciones del Estado respecto el derecho a la información. De ahí la necesidad de aclarar la dimensión del derecho a la información en el entramado constitucional ante la concentración mediática.

Si entendemos que la interpretación constitucional no es un conocimiento *a priori*, que no se reduce a un mero silogismo lógico, y que tampoco se trata de la aplicación de muletillas interpretativas, sino que más bien es un ejercicio argumentativo que conversa con las circunstancias y el enjambre normativo constitucional, entonces, aquí el derecho a la información debe entenderse como el *argumento* para limitar el ejercicio de la libertad de propiedad en el escenario mediático. El fundamento para entender que la propiedad en el escenario mediático no se debe traducir en un dominio absoluto. Esta es otra dimensión no menos importante de los derechos sociales, y del derecho a la información: su fuerza argumentativa en la interpretación constitucional. De esta manera, el derecho a la información se puede ir filtrando en las diver-

¹⁴ *Ibidem.*, p. 40.

sas resoluciones judiciales en las que sea necesaria la ponderación de este derecho junto con el derecho de propiedad. El potencial de los derechos sociales, pues, no se expresa en su totalidad con la dimensión prestacional de éstos.¹⁵

Pero, ¿cuál es precisamente esta fuerza argumentativa del derecho a la información? Veamos: cuando una propiedad desempeña una función de carácter público, como el de informar a la sociedad, entonces, su actuación se debe circunscribir aún más a los derechos constitucionales de aquellos a quienes va dirigida dicha función. Aquí nos encontramos con la razón por la cual los propietarios de carreteras, puentes y de servicios de recolección de basura, por ejemplo, no pueden operar tales propiedades con la misma libertad que un granjero maneja su establo o el empresario su fábrica. Justamente porque estas propiedades cumplen una función pública o, más aún, porque su existencia se fundamenta en el ejercicio de alguna libertad constitucional, como en el caso de los medios de comunicación, se deben limitar. El fundamento para acotar la propiedad mediática surge, por tanto, en el momento en que los medios llevan a la práctica el derecho de toda la sociedad a informarse. Y, por ello, en este contexto, la guía y parámetro para limitar la propiedad es su misma naturaleza y uso en un escenario mediático encaminado a la pluralidad.

Esto significa que el derecho del propietario para controlar, usar y, sobre todo, expandir su propiedad debe ceder a los arreglos institucionales necesarios para implementar el ejercicio de otras libertades constitucionales, como es el caso del derecho a la información. Cualquier otro planteamiento de la propiedad en relación con los medios de comunicación corre el riesgo de ceder supremacía a la libertad de propiedad frente a otras libertades y derechos fundamentales.¹⁶ Es decir, es indispensable entender que para combatir la concentración mediática la independencia del sistema mediático en una democracia, no se limita a la estructural estatal, se extiende a cualquier otra forma de poder capaz de absorberlo por completo, como es el caso del poder económico; y para lograr ese objetivo, el primer paso es limitar la libertad de propiedad. De esta manera, la limitación del derecho de propiedad en

¹⁵ Sobre la exigibilidad de los derechos sociales, sugiero: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

¹⁶ Cfr. Freedman, Warren, *Freedom of speech on private property*, Quorum Books, USA, 1988, especialmente pp. 37-71.

el escenario mediático democrático se justifica al establecer como objetivo una regulación de las relaciones socioeconómicas adecuada para lograr el pluralismo mediático. Hacer efectiva la garantía institucional de aquellos criterios mediáticos como la independencia respecto del gobierno, el pluralismo y la representatividad social. Elementos constitutivos del derecho a la información.

IV

Esta lectura constitucional del problema de la concentración mediática nos ha servido para ubicarnos en el núcleo institucional de los medios; entender que los poderes privados también deben ser controlados en una democracia. No hay obstáculo dentro del pensamiento liberal que impida entender el poder de los medios y la libertad de propiedad de manera más exigente, acorde a las circunstancias de las democracias contemporáneas. El éxito de la propuesta, claro está, depende en buena medida del trabajo de los tribunales encargados de interpretar el texto constitucional. Por ello, ahora es necesario analizar cómo han enfrentado algunos tribunales constitucionales el problema de la concentración mediática. Nos enfocaremos en el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, quien ha construido una creativa y sofisticada jurisprudencial al respecto.

Los orígenes de la jurisprudencia alemana sobre medios de comunicación lo encontramos en el famoso caso *Lüth 7 BVerfGE 198*¹⁷ (1958),¹⁸ en el cual se estableció que los derechos básicos de la Ley Fundamental establecen un orden objetivo de valores que refuerza de manera decisiva el poder efectivo de tales derechos. Este sistema, cuyo centro es la dignidad de la personalidad humana, debe ser entendido como una decisión constitucional fundamental que afecta el resto de las esferas legales. Un criterio para medir y evaluar todos los actos de la administración pública, el legislativo y el poder judicial. En este sentido, cada

¹⁷ Por sus siglas en alemán: decisiones de la Corte Federal Constitucional.

¹⁸ Sobre este caso sugiero: Kommers, Ronald (edit.), *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, USA, 1997, pp. 360 y ss.; Estrada, Alexi Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2000, pp. 169 y ss.

disposición de derecho privado debe ser compatible con este sistema de valores, interpretándose en su caso para hacerla compatible. Y esta es una exigencia constitucional a la que está sometido el juez al momento de revisar cualquier norma jurídica de derecho privado. En caso de que éste no aplique el criterio de derechos básicos e ignore la influencia de la norma constitucional en las disposiciones de derecho privado, entonces, estaría violando el objetivo constitucional al ignorar el contenido de los derechos básicos como normas objetivas.¹⁹

En este contexto, el caso Lüth fue el detonante de una compleja jurisprudencia caracterizada por un reentendimiento de los poderes privados y de la sociedad civil, y donde por lo menos un grupo de los derechos fundamentales fueron escindidos en dos dimensiones: una positiva y otra negativa. Cierto: a partir de este caso se entendió que varios de los derechos fundamentales gozan, por una parte, de una faceta negativa que protege a los individuos de las restricciones por parte de las autoridades y, por la otra, de un carácter positivo que obliga al Estado y sus funcionarios a establecer las condiciones necesarias para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, aun cuando para ello sea necesario limitar la libertad de algunos grupos privados.

Con este histórico antecedente como cimiento, el Tribunal Constitucional alemán ha construido una interesante jurisprudencia antimonopólica de los medios de comunicación. Y que arranca con el caso *Television I 12 BVerfGE 205* (1961). Con este fallo el Tribunal Constitucional alemán empieza a esbozar el carácter institucional de la libertad de expresión (plasmado en el artículo 5º de la constitución alemana),²⁰ al determinar que los alcances de este derecho rebasan su dimensión estrictamente individual –mediante la cual se protege una esfera de libertad frente a la intromisión estatal– para erigirse también en un garantía institucional de la autonomía de los medios de comunicación para formular y difundir información. En este contexto, el Estado tiene la obligación de levantar el escenario regulatorio necesario para

¹⁹ Kommers, Ronald (*edit.*), *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, *op. cit.*, p. 363.

²⁰ ARTÍCULO 5º de la Constitución de la República Federal de Alemania:

1. Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura.

hacer efectiva dicha garantía. Es decir, aquí se entiende la intervención gubernamental como un elemento indispensable para consolidar un esquema de competencia efectiva entre las diversas empresas mediáticas.

El Tribunal Constitucional entendió que el artículo 5° de la Constitución exige que los medios no estén supeditados exclusivamente al poder estatal ni al poder de cualquier otro grupo social. Por el contrario, las compañías mediáticas deben organizarse de tal manera que permitan la inclusión del mayor número de intereses y voces posibles; deben formar un escenario mediático que asegure un contenido con un mínimo de balance, objetividad y pluralismo. Mas esto sólo es posible garantizarlo mediante un andamiaje regulatorio que organice a los medios de comunicación de acuerdo a tales principios generales.²¹

Cinco años después, con el caso *Spiegel* (1966), el Tribunal Constitucional continuó avanzado sobre la misma vereda: la construcción de un concepto de escenario mediático propio de una democracia liberal. Y, en este sentido, empezó a definir las libertades y límites de los medios de comunicación. En efecto, en su resolución este tribunal estableció que debido a la significativa tarea pública que realizan los medios en una democracia, es necesario que éstos actúen sin la intromisión estatal, libres de censura. La libertad de prensa protege a las empresas mediáticas frente al Estado en cuanto a su organización, sus fuentes de información, así como sus opiniones y juicios de valor. Hasta aquí nada novedoso. Lo interesante es que asimismo ratifica el concepto de un deber positivo por parte del Estado para mantener la independencia de los medios de comunicación, inclusive, en contra de grupos privados. La libertad de prensa, arguye este Tribunal Constitucional, tiene también un lado objetivo, el cual garantiza la existencia institucional de unos medios libres. Es decir, independientemente de los derechos individuales, el Estado está obligado en cada una de las áreas del ordenamiento jurídico a respetar el principio de libertad de prensa. Y esto incluye el

2. Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

3. El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.

²¹ Kommers, Ronald (edit.), *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., pp. 405-6.

deber positivo del Estado de adoptar las medidas pertinentes en contra del desarrollo y consolidación de los monopolios de opinión.²²

Un ingrediente imprescindible en este proceso de construcción jurisprudencial se agrega finalmente con el caso *Television II* (1971). Se trata del brinco de entender a los medios como empresas comerciales a concebirlos como instituciones de interés público. En aras de mantener una distancia con el Estado, el diseño de los medios de comunicación no permitía que éstos recibiesen fondos directamente del gobierno, sino que más bien fuesen financiados a través de impuestos a cargo de los televidentes. No obstante, es con el caso *Television II*, junto con su concepción de los medios como instituciones de interés público, que se elimina este impuesto que a juicio del Tribunal Constitucional es una característica propia de las empresas privadas. Con esto, entonces, se fortalece la idea de unos medios independientes, que coadyuvan a la formación de la opinión pública y, por ello, resulta indispensable fortalecer un pluralismo interno para evitar el monopolio sobre el contenido de los medios.

Algo de gran importancia: si en anteriores resoluciones ya se empezaba a vislumbrar una desconfianza ante los poderes económicos, con este fallo este escepticismo se hace explícito. El Tribunal Constitucional alemán consideró que como resultado del desarrollo de la tecnología, la televisión y la radio se han convertido en los medios más importantes de comunicación masiva y, justamente por este enorme efecto en la sociedad, su actuación no puede dejarse a las fuerzas del libre mercado.²³ En suma, los medios de comunicación, en el contexto de una democracia liberal, deben protegerse tanto del Estado como de la dinámica económica. Ambos son un peligro para el ideal mediático de autonomía y pluralidad.

Pero esto no es todo. Estas características y aspectos se vienen a reforzar y afinar con el caso *Television III 57 BVerfGE 295* (1981), donde se ofrece una imagen mucho más acabada de un escenario mediático preocupado tanto por el poder estatal como el económico. En primer término, el Tribunal Constitucional alemán rechazó tajantemente la viabilidad, conforme a los principios del artículo 5º de la Constitución, de un esquema de regulación mediática basado en las leyes del merca-

²² *Ibidem.*, p. 399.

²³ *Ibidem.*, p. 407.

do. Por el contrario, tal artículo constitucional, arguye este Tribunal Constitucional, exige la regulación estatal de las empresas mediáticas privadas para evitar el surgimiento de monopolios o grupos dominantes, pues las meras leyes del mercado no aseguran autonomía ni pluralismo (interno y externo) en los medios de comunicación. Asimismo, este Tribunal sostuvo que aun cuando las actuales condiciones tecnológicas se superen y sea posible incrementar sensiblemente el número de frecuencias en cualquier escenario mediático, la regulación estatal seguirá siendo necesaria para salvaguardar la libertad e independencia mediática. Esto se debe a que las posibilidades tecnológicas no diluyen el peligro intrínseco al poder de aquellos que detentan las estaciones y cadenas de radio y televisión, y que gozan de los recursos financieros para influir en el proceso de formación de la opinión pública, sea excluyendo o tergiversando cierta información en contra del ideal de un pluralismo informativo.²⁴

Estas últimas opiniones son de gran relevancia, pues contrario a lo que normalmente se sostiene, aquí el fundamento medular para una regulación mediática no son las limitaciones tecnológicas —que quienes apoyan esta última justificación, efectivamente, consideran que una vez superadas las restricciones tecnológicas ya no habrá motivo para una intervención estatal—, sino más bien la fundamentación para un ejercicio regulatorio en el escenario mediático es la importancia que tienen los medios en la dinámica democrática y el escepticismo que provoca la acumulación del poder mediático. Es decir, el fundamento medular para establecer un marco regulatorio de los medios de comunicación reside en que éstos son poderosos, sea en el terreno privado o público.

Los medios se entienden, entonces, no sólo como un mero conducto donde fluye información y opiniones en una sociedad democrática, también son un elemento de cuyo desempeño depende en buena medida la opinión pública. La libertad de las empresas mediáticas incide inevitablemente en la construcción de la opinión pública democrática. Y, por ello, como en otras resoluciones, el Tribunal alemán sostiene que la libertad de las empresas mediáticas tiene una dimensión negativa e individual que las protege de la influencia e intervención gubernamental. Mas esto no asegura el tipo de escenario mediático que exige una democracia liberal. Es necesario, además, diseñar un tejido institucional

²⁴ *Ibidem.*, pp. 409-10

que permita que la diversidad de opiniones e información encuentre el mayor espacio posible de difusión en los medios de comunicación y, de esta manera, se ofrezca un abanico mucho más completo de información a la sociedad.

De esta manera, estos tres fallos (*Television I, II y III*) han sido en muy buena medida los lentes a través de los cuales el Tribunal Constitucional alemán ha analizado y resuelto ulteriores casos relacionados con los medios de comunicación. Mediante estas resoluciones se construyó la estructura básica a partir de la cual se ha levantado el escenario mediático alemán. Ciertamente: en los últimos años la expansión de los medios de comunicación privados se ha acelerado vertiginosamente, lo cual ha propiciado algunas modificaciones en la regulación mediática. Mas no cambios sustanciales. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha considerado dentro del marco constitucional el hecho de que los medios privados se financien a través de comerciales y publicidad; asimismo, el principio del *pluralismo interno*, que buscaba una diversidad en la programación de los medios de comunicación, y que se extendía inclusive a los medios privados, se ha considerado no procedente en el caso de éstos, pues el Tribunal consideró que tal principio es ya una intrusión estatal excesiva en la libertad que gozan las empresas mediáticas en su funcionamiento interno. Ratificándose, eso sí, el principio de *pluralismo externo* para los medios privados y públicos.²⁵

Con todo, el escenario mediático alemán continúa siendo uno de los más comprometidos con el control del poder mediático, con legislaciones y resoluciones judiciales creativas que buscan alcanzar precisamente el difícil equilibrio entre autonomía y control. Y donde la propiedad, inserta en una economía de mercado social, se ha entendido siempre con límites y restricciones. En efecto, como el resto de las libertades económicas, la propiedad encuentra sus límites y alcances en la llamada *cláusula social*, que ciertamente se enlaza con la concepción económica liberal de la libre competencia, así como con la protección del individuo frente al Estado, pero que en sintonía con las necesidades de las sociedades industriales modernas, involucra al Estado en la construcción de un orden económico civilizado, donde se controla al más fuerte con el fin de proteger al más débil.²⁶

²⁵ *Ibidem.*, pp. 410-5.

²⁶ Al respecto sugiero los siguientes casos del Tribunal Constitucional Alemán: *Investment Aid I 4 BVerfGE 7*, 1954; *Volkswagen Denationalization 12 BVerfGE 354*, 1961; *Hamburg Flood Control 24 BVerfGE 367*, 1968; *Codetermination 50 BVerfGE 290*, 1979.

V

A estas alturas, después de este sucinto recorrido por la compleja dificultad de la concentración mediática, es oportuno esbozar a manera de conclusión los elementos mínimos que a nuestro entender debe incluir cualquier lectura constitucional que enfrente la acumulación del poder mediático. Tales criterios se han ideado como ingredientes de una adecuada jurisprudencia respecto el escenario mediático en las democracias contemporáneas, pero ello no significa que estos mismos parámetros no puedan ser considerados al momento de diseñar andamiajes legales relacionados con la materia.

En primer término, tenemos que el escepticismo del pensamiento político liberal debe reflejarse no sólo en el diseño de los controles del poder público, sino también del poder privado. La democracia liberal es un régimen sensible a los peligros propios a cualquier forma de poder; no hay poder ni institución confiable. De ahí que el fundamento de la regulación estatal a los medios de comunicación no debe partir de las limitaciones tecnológicas, sino de la posibilidad de que surjan monopolios o tendencias dominantes tanto privados como públicos en el escenario mediático.

Asimismo, hay que entender que el problema de la concentración de los medios de comunicación se ubica, en última instancia, en el corazón de la tensión entre autonomía y control. Como en cualquier otro desbordamiento de poder de una institución privada, la raíz de la dificultad se encuentra en la libertad de que gozan tales instituciones o grupos. Libertad de asociación, propiedad o de empresa, son libertades que deben ser limitadas en aras de un escenario mediático plural; sin embargo, el control aplicado con dicho propósito debe ser lo suficientemente delicado para no mermar en exceso estas libertades tan relevantes en una democracia. Así, el marco de la acumulación mediática se ubica en el dilema entre autonomía y control, donde el objetivo es lograr el mejor equilibrio entre ambos.

Es necesario también tener siempre presente que la relación entre la libertad de propiedad, el derecho a la información, así como la libertad de expresión no es armónica. Esto se debe a que el dinero fácilmente puede definir la lógica del escenario mediático. Es una posibilidad siempre latente. Por ello, es indispensable entender que la libertad de expresión y el derecho a la información son variables independientes de la

propiedad y el mercado. La idea es quebrar la ecuación dinero igual a micrófonos y voz en el escenario mediático. Evitar que la propiedad absorba tanto a la libertad de expresión como al derecho a la información, para reducir las a la libertad de los propietarios o, en el caso de un monopolio, a la libertad del propietario. Y esto significa que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, sino más bien esferas que deben ser delimitadas para su coexistencia.

En cuarto lugar, el derecho a la información tiene una dimensión institucional u objetiva que encapsula la idea de un escenario mediático plural, independiente del poder económico y político, y donde se pueda acceder a éste en condiciones de igualdad. Esto implica un deber positivo del Estado para construir dicho escenario mediático. La simple abstención de la estructura estatal para crear un espacio de libertad no basta. Por el contrario, al prestar los medios de comunicación un servicio esencial para las sociedades democráticas es indispensable la presencia del Estado para establecer un equilibrio entre los diferentes derechos constitucionales involucrados. Es decir, el diseño democrático del escenario mediático simplemente no es posible sin la presencia del Estado.

Al mismo tiempo, es preciso hacer explícita la tensión entre la propiedad y el escenario mediático. Al abordar este aspecto de manera tangencial, simplemente se evita enfrentar la médula del problema. Es necesario señalar la dificultad de la concentración mediática en estos términos para empezar a imaginar nuevos arreglos institucionales que coadyuven a un mejor equilibrio entre tales derechos y valores constitucionales.

Por último, el valor del pluralismo mediático, junto al resto de los criterios arriba señalados, debe erigirse en un eficaz parámetro de constitucionalidad de los diversos andamiajes institucionales que regulan a los medios de comunicación. Un tamiz constitucional de la acción del legislador, que impida la filtración de aquellas normas que no establezcan límites prácticos a la concentración en el sector de los medios de comunicación, o que no que garanticen una protección adecuada del pluralismo informativo. Un parámetro que con eficacia defina las exigencias que componen el principio del pluralismo de los medios de comunicación en un contexto democrático. Enunciar, por el contrario, una idea de pluralismo e independencia mediática sin ningún resultado práctico es, en el mejor de los casos, una mera construcción teórica.

Concluyo: los problemas que representa la concentración mediática para la democracia son hartamente complejos. El centro del asunto oscila entre la libertad de los medios para realizar su tarea democrática y el poder que adquieren a partir de dicha libertad. Controlar tal poder, sin menoscabar autoritariamente su libertad es el objetivo. Y aunque difícil, no hay que olvidar que la gran virtud de la democracia, y que la sitúa por encima de otras formas de organización social, no es que ofrezca solución a todos los problemas propios de una sociedad, sino que más bien facilita las herramientas necesarias para imaginar, proponer y discutir arreglos institucionales para enfrentar las circunstancias cambiantes. La democracia es defendible no porque de soluciones perfectas o permanentes, sino justamente porque su capacidad de autocritica y reforma abre la posibilidad de encontrar solución a los nuevos problemas sociales.

Recepción: 23/11/2006

Aceptación: 1/12/2006