

La prohibición constitucional de concentración de la propiedad de los medios de comunicación

Ronnie Farfán Sousa^{1 2}

SUMARIO

1. Introducción; 2. Los límites a la propiedad en un economía social de mercado; 3. El rol de los medios de comunicación; 4. Los fundamentos de la limitación en la propiedad de los medios de comunicación; 4.1 La libertad de expresión; 4.2 La dimensión democrática; 5. La limitación en la concentración de la propiedad de medios de comunicación; 6. El caso peruano: Hacia un modelo con límites.

PALABRAS CLAVE

Estado Constitucional de Derecho, restricciones a la propiedad privada, concentración de medios, efectivo ejercicio de los derechos.

KEY WORDS

Constitutional rule of law, private property restrictions, concentration of media ownership, effective exercise of rights.

RESUMEN

El autor analiza las limitaciones a la propiedad privada, en un Estado Constitucional de Derecho, interpretando el artículo 61 de la Constitución Política Peruana respecto al acaparamiento de los medios de comunicación.

En ese sentido, explica la restricción a la concentración de medios como una limitación necesaria para el efectivo ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión.

ABSTRACT

The author analyzes the limits to the private property, in a Constitutional rule of law, by the interpretation of the 61 article of the Peruvian Constitution.

In this sense, the author explains the restriction to the media concentration as a necessary limit for the effective exercise of fundamental rights as the free of speech.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad del Pacífico y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado del Estudio Ehecopar Abogados. El presente trabajo es uno estrictamente académico que presenta las opiniones personales del autor y, en ningún sentido, vincula a las instituciones para las cuales el autor presta servicios.

² Ex Director de Investigaciones y Publicaciones y Ex Miembro del Consejo Directivo del Círculo de Derecho Administrativo (CDA). Miembro del Consejo de Egresados del CDA.

1. Introducción

La importancia de los medios de comunicación en los estados democráticos resulta innegable. Desde siempre ha existido una preocupación en relación al rol que debe cumplir el Estado en cuanto a la regulación de estos medios. Esto es así debido a que los procesos históricos han permitido confirmar el poder que los medios de comunicación pueden alcanzar en la sociedad. Evidentemente, la evolución de la sociedad en sus distintos aspectos ha promovido también la generación de una serie de cambios en la operatividad, gestión y, en general, en el propio sistema del cual estos medios forman parte. Basta considerar los efectos que han tenido, por ejemplo, las políticas de apertura de mercados derivadas de la predominancia de las reglas del libre mercado y expandidas producto del proceso de globalización o el permanente desarrollo de la tecnología, más aun, el desarrollo de la tecnología en el campo concreto de las comunicaciones, lo que ha dado lugar a las conocidas *tecnologías de la información*.

En cualquier caso, considerando la importancia del rol de los medios de comunicación, siempre ha existido un intenso debate sobre el papel que debe asumir el Estado en su regulación. Un debate que toma en consideración premisas imprescindibles tales como la vinculación que tienen los medios de comunicación con derechos fundamentales como es el caso de la libertad de expresión, valores constitucionales como el pluralismo informativo y los soportes del propio sistema democrático. Desde otro lado, y con clara justificación, se ha requerido también tomar en consideración la evidencia empírica según la cual el Estado ha tratado en más de una ocasión de controlar los medios de comunicación a efectos de reducir o desaparecer el control que estos ejercen sobre él.

Precisamente, una de tantas medidas que se utilizan desde hace muchos años en diferentes países del mundo³, desarrollados y en vías de desarrollo por igual, es una limitación estructural de mercado, según la cual, en principio, la propiedad de los medios de comunicación no debería estar concentrada en tan solo unos cuantos propietarios. Si bien se trata de una medida que data de hace mucho, la misma ha cobrado creciente interés en los últimos años toda vez que las políticas de libre mercado aplicadas también al sector de la información, vienen generando una serie de consolidaciones de grandes grupos empresariales que favorecen esta concentración⁴.

En nuestro país, en los últimos meses, a raíz de una operación económica entre dos grupos empresariales de medios de comunicación, se ha debatido largamente sobre la necesidad de establecer limitaciones a la propiedad de los medios de comunicación. Tomando en consideración algunos argumentos que han sido esbozados en el debate público, el presente trabajo pretende explorar cuáles son los fundamentos que sustentan estos límites, aun en el marco de un modelo de economía social de mercado como el nuestro, y cuál debería ser el devenir en la regulación de la propiedad de los medios de comunicación en el caso peruano.

³ A modo ilustrativo es posible citar el caso de países como Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Australia, Canadá, Sudáfrica y Colombia, entre muchos otros.

⁴ En relación con la creciente tendencia a la concentración de medios de comunicación, pueden revisarse, entre otros, los siguientes documentos: "Presente y tendencias de la concentración de medios en América Latina" de Guillermo Mastrini y Martín Becerra, disponible en: <http://www.ehu.es/zer/hemeroteca/pdfs/zer22-02-mastrini.pdf>, así como la tesis doctoral "La concentración de medios en España: Análisis de casos relevantes en radio, prensa y televisión" de María José Pérez Serrano, disponible en: <http://eprints.ucm.es/10207/1/T29474.pdf>

2. Los límites a la propiedad en el marco de una economía social de mercado

Los distintos procesos evolutivos que ha sufrido el modelo de intervención de Estado en la Economía han traído consigo, como no podría ser de otra manera, una evolución también en cuanto al reconocimiento del derecho de propiedad y los límites que a éste se le imponen desde el Estado. Actualmente, en el marco del modelo de Economía social de mercado reconocido expresamente en el artículo 58 de nuestra Constitución⁵, es posible afirmar que el derecho de propiedad se configura como una de las libertades patrimoniales fundantes del sistema económico.

Partiendo de esa premisa, no cabe duda de que la protección del derecho de propiedad resulta particularmente relevante en nuestro ordenamiento. Precisamente por ello, se han establecido una serie de garantías que parten, como línea de base, de la protección de la libertad en el ejercicio del derecho y del establecimiento de restricciones en la intervención del Estado cuando se trata de limitarlo.

Para empezar, se sabe que, de raíz constitucional, existe una tutela amplia del derecho a la propiedad privada y que, en consecuencia, el objeto de tutela de este derecho trasciende al concepto civil de la propiedad permitiendo el respeto de cualquier *situación jurídica de ventaja patrimonial* lo que incluye la protección, a través de este derecho, de la propiedad sobre bienes intangibles o incluso sobre otros derechos⁶.

En el mismo sentido, no puede perderse de vista que, en nuestro ordenamiento constitucional, la propiedad privada ha sido reconocida como derecho fundamental y, al mismo tiempo, como garantía institucional. De esto último, se obtiene que su protección también goza de una dimensión objetiva de tutela en tanto valor que soporta las bases del orden económico. Desde su perspectiva de derecho, en cambio, se derivan una serie de consecuencias que se han ido consolidando a través de la jurisprudencia constitucional. Así, queda claro actualmente, por ejemplo, que su limitación se encuentra sometida a la reserva de ley (que, además, así lo manda el ejercicio del poder de policía de la Administración a través del cual se imponen límites externos a este derecho⁷), aunque con una clara colaboración reglamentaria presente en la práctica.

Del mismo modo, se imponen las garantías de proporcionalidad en las limitaciones que se establecen para los derechos fundamentales y la garantía del contenido esencial⁸, habiendo

⁵ El que, a nuestro juicio, resulta ser el mejor desarrollo jurisprudencial de este modelo, a nivel constitucional, y entendido de acuerdo a los parámetros actuales, puede encontrarse en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 0008-2003-AI/TC.

⁶ De este modo, se advierte que: "La propiedad del art. 33 CE no es «una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el art. 348 CC, habiéndose producido, por el contrario, una extraordinaria diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con significado y alcance diversos» (STC 37/1987, de 20 de marzo, FJ 2). «En efecto, el derecho constitucional a la propiedad privada puede recaer en la actualidad, y por lo que aquí interesa, como se infiere de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 3 del art. 33 CE, tanto sobre bienes como sobre derechos, en este caso los del titular de la cuenta corriente sobre su saldo» (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5). Rodríguez de Santiago, José María. "Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española" En: Revista de Administración Pública No. 177, Madrid, Setiembre-Diciembre 2008, p. 168.

⁷ Omar Canda, Fabián. "Régimen jurídico de la actividad de policía". En Servicio público, policía y fomento. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2003.

⁸ Utrilla Fernández-Bermejo, Dolores. "La garantía patrimonial ante actos normativos lícitos en Derecho Comunitario: entre la responsabilidad patrimonial objetiva y el derecho de propiedad". En: Revista de Administración Pública No. 181, Madrid, Enero-Abril 2010, p. 223.

quedado sentado en nuestra jurisprudencia constitucional, además, que la tutela de la propiedad es susceptible de ser protegida a través del proceso de amparo cuando las circunstancias lo ameriten, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos⁹. En la misma línea, se reconoce su vinculación con otros derechos como es el caso de la libertad de empresa, el derecho al trabajo o, incluso, el libre desenvolvimiento de la personalidad¹⁰.

Ahora bien, en la configuración de este derecho, considerando la naturaleza de la propiedad privada, actualmente, se entienden descartadas aquellas perspectivas sociales o “socializantes” de la propiedad que pretenden privar de este derecho o limitar cualquiera de sus atributos por el favorecimiento a determinados grupos sociales. De la misma manera, resultaría constitucionalmente cuestionable la prohibición de acumulación de propiedades o las limitaciones a la concentración de riqueza, premisas que en algún momento histórico contaron con respaldo democrático.

Por el contrario, se entiende que actualmente, en la práctica, los únicos límites que se imponen al derecho de propiedad son aquellos derivados de la denominada *función social de la propiedad*, la misma que, en palabras del Tribunal Constitucional “se traduce constitucionalmente en limitaciones al ejercicio de este derecho y en obligaciones a cargo del propietario, impuestas unas y otras en beneficio del bien común”, en consecuencia, “obliga a que se armonice el interés del propietario con el de la comunidad; procediéndose, para tal efecto, a que el Estado modere su ejercicio a través de la reglamentación”.¹¹

Sobre el particular, debe tomarse en cuenta que este es, precisamente, el fundamento por el cual se establecen una serie de límites válidos y reglamentaciones al ejercicio del derecho de propiedad en la actualidad, los mismos que se manifiestan en limitaciones urbanísticas, medioambientales, de protección del patrimonio cultural, la imposición de servidumbres públicas, el respeto a los derechos de vía, las limitaciones sobre los bienes de dominio público, etc. Por lo demás, pese a que los límites se encuentren claramente “limitados” conviene advertir que, en atención a la función social de la propiedad, existen restricciones que no solo pueden configurarse como limitaciones negativas (de no hacer) sino también como auténticos deberes o cargas positivas (de hacer)¹².

⁹ De acuerdo con Rodríguez de Santiago: “Es de sobra conocido que «el derecho de propiedad y sus garantías, incluidos los límites constitucionales a la expropiación, no son susceptibles, de acuerdo con el art. 53 CE, del recurso de amparo constitucional (...)” Rodríguez de Santiago, José María. Op. Cit. p. 164-165.

¹⁰ Rodríguez de Santiago, José María. Op. Cit. p. 165.

¹¹ Fundamento jurídico No. 26 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 0008-2003-AI/TC.

¹² Al respecto, se ha señalado que: “La concreta articulación jurídico-técnica de la función social es cuestión, por tanto, entregada al legislador. La función social puede materializarse en simples limitaciones negativas del contenido de un derecho, del que se extraen facultades —que, en consecuencia, no se atribuyen al propietario—, como, por ejemplo, la prohibición de construir edificaciones destinadas a residencia o de instalar carteles de publicidad en la zona de la servidumbre de protección de la ribera del mar [art. 25 de la Ley de Costas; STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8 a)], la prohibición para el propietario de extinguir el contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda llegado el día del vencimiento pactado (STC 89/1994, de 17 de abril, en especial, FJ 5), o la de destinar una finca a cualquier aprovechamiento incompatible con una rigurosa protección medioambiental (STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8). Pero también puede el legislador, dando un paso más allá, imponer al propietario el cumplimiento de cargas u obligaciones positivas, que determinan, por ejemplo, la manera en que debe obtenerse al aprovechamiento agrícola de fincas de esta naturaleza (STC 37/1987, de 26 de marzo), o hacen recaer sobre el propietario de inmuebles urbanos costosísimos deberes de ceder (suelo destinado a dotaciones públicas y suelo con aprovechamiento urbanístico), de realizar la urbanización (o, al menos, costearla) y de incorporarse a un complejo procedimiento en el que se sustancia la equidistribución de las cargas urbanísticas (tradicio-

Aun admitiéndose que, en la práctica, el conjunto de límites impuestos a la propiedad, proviene de la denominada función social de la propiedad, se afirma correctamente que las restricciones que vienen impuestas por ella no aplican siempre al derecho de propiedad sino únicamente allí donde este derecho sirve de “soporte de intereses generales o bienes de la colectividad”¹³.

Derivado de estas tendencias, la privación o el sacrificio del derecho de propiedad, encuentra en la Constitución una serie de garantías que tornan absolutamente excepcional su procedencia. En ese sentido, con parecido a otros ordenamientos jurídicos como es el caso del español, en nuestro caso se ha establecido que la expropiación solo procederá cuando existan razones de necesidad pública o seguridad nacional, una ley que así lo autorice y cuando se cumpla con el pago de un justiprecio al propietario afectado (el mismo que puede ser válidamente cuestionado).

En suma, no cabe duda de que, en los últimos años la protección del derecho de propiedad se ha ido asentando sobre la base de la libertad del individuo y que la intervención del Estado se ha limitado exclusivamente a la reglamentación del derecho en busca de su armonización con el interés público. Sin embargo, existe a nivel constitucional una limitación particularmente intensa a la propiedad que no necesariamente resulta compatible con las tendencias en protección de la propiedad (basadas en la libertad del individuo) de las que venimos dando cuenta sino que, más bien, emplea métodos de prohibición de acumulación que no parecerían acordes con el modelo económico vigente. Este es el caso de la restricción de acumulación de la propiedad en el caso de los medios de comunicación, según la cual, no es posible que la propiedad se encuentre concentrada en pocos propietarios.

En las líneas que siguen intentaremos explorar las razones por las cuales un límite tan intenso como este, al parecer impropio en las modernas tendencias de protección de la propiedad privada de nuestro ordenamiento, resulta válido y plenamente compatible con el régimen de economía social de mercado y el sistema democrático del cual el ordenamiento peruano forma parte.

3. El rol de los medios de comunicación

El impacto que tienen los medios de comunicación en la sociedad es públicamente conocido. Su capacidad de influenciar e informar el desarrollo de determinadas conductas, la promoción de patrones de consumo, la delimitación de los paradigmas de éxito o la posibilidad de conmover a los ciudadanos a través de distintas técnicas audiovisuales y con distintas finalidades, resulta evidente.

En el mismo sentido, su valor como contrapeso al poder estatal o como soporte de la libertad de expresión resulta fundamental en los sistemas democráticos o en los procesos de consolidación de estos. Por lo demás, sus beneficios son amplísimos si se toma en cuenta su contribución al desarrollo, su capacidad para transmitir información de cualquier naturaleza

nalmente: reparcelación o compensación) (sobre esto, por ejemplo, STC 61/1997, de 20 de marzo, FF JJ 7 a 10).” Rodríguez de Santiago, José María. Op. Cit. p. 176.

¹³ Rodríguez de Santiago, José María. Op. Cit. p. 178.

o su aptitud para favorecer la inclusión y las demandas de las distintas voces que existen en la sociedad. Sin embargo, así como los medios de comunicación pueden generar beneficios tan altos para la sociedad en su conjunto y para los individuos a nivel particular, lo cierto es que ellos también pueden generar perjuicios de gran magnitud¹⁴.

Y es que, así como los individuos pueden beneficiarse de información clave ofrecida por estos medios –de cualquier tipo, política, social, de salud, tecnológica, de entretenimiento, etc.- también es posible que los medios de comunicación restrinjan o adecúen la información, o la vía a través de la cual esta es suministrada, a merced de intereses particulares que no necesariamente coinciden con el interés público. Tal es el caso, por ejemplo, de aquellos supuestos en los que los medios de comunicación se asocian con el poder político o con el poder empresarial¹⁵.

Así, son muchos los casos en los que los medios de comunicación han contribuido al desarrollo de la sociedad, cuestionando, por ejemplo, las inconductas del poder político y abriendo los ojos a la sociedad entera. Sin embargo, son muchos también los casos en los que los medios de comunicación se han alineado con el poder político con la finalidad de encubrir regímenes dictatoriales que han cometido alarmantes violaciones de derechos humanos¹⁶.

Estos hechos no hacen más que demostrar el poder que ostentan los medios de comunicación, o la relación de los medios de comunicación con el poder, como también suele nombrarse¹⁷. Y es que, evidentemente, si en la sociedad de la información ésta se constituye como una de las principales herramientas de poder, son quienes la administran aquellos que cuentan con un poder gravitante. De ello se deriva que, para quienes señalan que el poder en la actualidad se distribuye en redes, el poder en la sociedad de red sea el poder de la comunicación¹⁸.

De esta manera, si, como se dice, “el poder se ejerce fundamentalmente construyendo significados en la mente humana mediante los procesos de comunicación que tienen lugar en las redes multimedia globales-locales de comunicación de masas”¹⁹ y, al mismo tiempo, no existe ningún discurso o supuesto de transmisión de información que sea absoluta-

¹⁴ Ya en el conocido “Informe MacBride”, elaborado hace más de treinta años por encargo de la UNESCO y redactado por una comisión presidida por el Premio Nobel de la Paz, Sean MacBride, se advertían preocupaciones por los riesgos que suponía esta ambivalencia en los efectos de los medios de comunicación: “En suma, la comunicación puede usarse para bien o para mal. Los tecnócratas y los profesionales tienen la responsabilidad de cuidar que los riesgos sean limitados y que se corrijan las distorsiones.” MacBride, Sean y otros. “Un solo mundo, voces múltiples”. Fondo de cultura económica, México, Segunda Edición en español, Tercera reimpresión, p. 41.

¹⁵ Una revisión de cómo los medios de comunicación han servido para proteger determinados intereses particulares o cómo estos se han alineado con el poder político, a lo largo de la historia, puede verse en: Chomsky, Noam. “Media control”, Seven Stories Press, Second Edition. Por lo demás, basta revisar entre los casos más actuales lo sucedido con los escándalos de Rupert Murdoch y Silvio Berlusconi, grandes empresarios de la comunicación.

¹⁶ En nuestro país, es claramente conocido el caso de la compra de los “diarios chicha”, una de las acciones por las cuales el expresidente Alberto Fujimori se encuentra siendo procesado actualmente. Son conocidas, también, las reuniones que sostenía su entonces asesor Vladimiro Montesinos con los representantes de muchos de los medios de comunicación en las oficinas del Servicio Nacional de Inteligencia.

¹⁷ Castells Oliván, Manuel. “Comunicación y poder”, Alianza Editorial, Madrid, 2009.

¹⁸ Idem. p. 85.

¹⁹ Idem. p. 534.

mente objetivo o neutral²⁰, no cabe duda de la influencia que pueden tener los medios de comunicación en el comportamiento de la sociedad. Precisamente por ello, hay quienes advierten que nos encontramos frente a un poder que innegablemente afecta o influencia el poder político o que, mejor dicho, constituye per se una forma de poder político.

Sin embargo, el problema va más allá de alertar sobre el poder o el contrapoder²¹ que puede caracterizar a quienes administran los medios de comunicación. Como bien se advierte desde el Derecho Constitucional²², el verdadero problema radica en que el poder que ejercen los medios de comunicación parece ser uno sin límites, no legitimado democráticamente (a diferencia del poder político en los sistemas democráticos) y no sometido a límites de juridificación (mandato aplicable a cualquier instancia de poder en el marco del Estado Constitucional de Derecho), lo que puede desencadenar, si no desencadenó ya, la *tiranía de los medios de comunicación*.

Si a esto sumamos la omnipresencia de los medios de comunicación derivada de los permanentes avances de los procesos tecnológicos²³, obtendremos que evidentemente el

²⁰ Informe MacBride. Op. Cit. p. 40. Asimismo, sobre el fenómeno de la subjetivación de la información se ha señalado que: “Existen dos momentos en los que la objetividad exigible se subjetiviza o se relativiza notablemente: la captación o aprehensión de los hechos por parte del agente informativo y el darles la forma de mensaje. En cualquiera de estos dos momentos el informador puede sufrir un error: del hecho a la apreciación o de la apreciación a su mensaje. A este respecto, lo exigible al comunicador es que emplee su mayor ética profesional, es decir, que no sea por su falta de diligencia o de capacidad profesional que ocurra el error. Si aun así ocurre, el problema se traslada al campo de lo inevitable y, por ende, la subjetivación que ha sufrido la información escapa de la responsabilidad del agente informativo. Por su parte, la subjetividad en la información –aparte de la subjetivación producto de errores o de faltas a la deontología periodística– es absolutamente posible, toda vez que la información no se resume sólo a noticias, sino que incluye comentarios, ideas, opiniones, imágenes, etc. Incluso lo que se ha llamado pre-literatura, esto es, una mezcla de crónica periodística con elementos literarios.” Vivanco Martínez, Ángela. “Concentración de medios en las sociedades democráticas: ¿peligro para la libertad de expresión o condición de subsistencia?” En: Revista Diálogo Político No. 3/2007, editada por la Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2007, p. 20.

²¹ “El periodismo puede ser un ‘contrapoder’ eficaz cuando las autoridades gubernamentales, económicas o de otra clase tratan de ocultar o distorsionar la información de interés público.” Informe MacBride, Op. Cit. p. 167.

²² El recientemente fallecido constitucionalista español Gregorio Peces-Barba advertía que el de los medios de comunicación: “[e]s un poder sin límites y al margen de ese proceso de juridificación que caracteriza el mundo moderno. Así, ellos fijan libremente los valores de atención, impulsan la apertura y cierre de los debates, a veces dando importancia a lo insignificante o considerando insignificante lo importante. Los procedimientos de obtención de las informaciones son opacos, carecen de visibilidad y son incontrolables. Es el único supuesto conocido de procedimientos no sometidos al Derecho. Incluso esta invisibilidad, que en general se considera incompatible con la democracia, en este caso, está protegida por el Derecho con la institución del secreto profesional. Desde ese poder incontrolado, si recordamos el análisis de Montesquieu, parece que la tenencia es a crecer, e incluso a convertirse en despótico en el uso de las palabras que hacía el barón de la Brède... un mal uso del poder en los medios de comunicación puede poner en peligro el pacto social y manipular la realidad hasta extremos increíbles.” Citado por Rallo Lombarte, Artemi. “Pluralismo informativo y Constitución”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 44.

²³ El término “abundancia comunicativa” es acuñado por el profesor australiano John Keane. En su libro “Democracy and media decadence” afirma: “In the beginning there was the first ever worldwide satellite television broadcast featuring the Beatles, Maria Callas, Marshall McLuhan and Pablo Picasso, all live, watched by an estimated 400 million people. Mountainous mainframe computers and host-bases systems for sending messages by multiple users from remote dial-up terminals were already in use. Then along came electronic mail, fax machines, photocopiers, video recorders and personal computers. Now there are electronic books, cloud computing, scanners, smart watches and smart glasses, tweets and cell phones converted into satellite navigators, musical instruments and multi-person video chat site. It is unclear even to the innovators what comes next, but these and other media inventions, commercially available only during recent decades, have persuaded more than a few people that we are living in a revolutionary age of communicative abundance”. Keane, John. “Democracy and media decadence”, Cambridge University Press, United Kingdom 2013, p.1

poder de los medios de comunicación es un poder distribuido en toda la sociedad pero, al mismo tiempo, administrado por solo unos cuantos. Indudablemente, esta premisa explica por qué el estudio de los medios de comunicación merece toda la atención de parte del Derecho Público en la medida que, como se sabe, un Estado democrático requiere limitar el poder y evitar su concentración en pocas manos.

Tomando en cuenta todo lo que está en juego cuando de medios de comunicación se trata, el Derecho, a lo largo de la historia más reciente y en la mayoría de países, ha buscado formas de tutelar y limitar su poder desde distintas aristas. Descartar la confiscación de medios, el cierre y la censura previa; sustraer al poder político las prerrogativas medievales que lo protegían de toda crítica, excluir el castigo penal en casos de interés público, condicionar en forma estricta la responsabilidad civil ulterior, prohibir la represión de la protesta social en las calles; atribuir a todos los partidos políticos espacios gratuitos en los medios audiovisuales durante los periodos electorales, moderar la excesiva concentración mediática para que no sofoque las voces más débiles, permitir el acceso de las nuevas generaciones de las clases desfavorecidas a las nuevas tecnologías de la comunicación, vedar por ley que los empleadores indaguen sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual de sus empleados, que podrán expresar sus opiniones al respecto en los lugares de trabajo, etc.²⁴

Precisamente, una de las formas más importantes mediante las cuales el Derecho ha buscado limitar el poder de los medios de comunicación es a través de la imposición de restricciones a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación, de manera que la administración de la información no se encuentre contenida únicamente en algunos cuantos²⁵. Una medida que pese a tener finalidades legítimas, como veremos a continuación, no se encuentra exenta de cuestionamientos tomando en cuenta los altos gravámenes y limitaciones que importa a la libertad de empresa y al derecho de propiedad de las corporaciones informativas.

4. Los fundamentos de la limitación en la propiedad de los medios de comunicación

Tal como señaláramos, se han formulado distintas maneras de tutelar y limitar el poder de los medios de comunicación tomando en consideración las premisas que antes señaláramos. Sin embargo, ¿por qué optar por una medida de limitación en la propiedad de los mismos? Se ha escrito mucho sobre la limitación a la concentración de medios y, evidentemente, no todas las voces, dentro del grupo de quienes se encuentran a favor, coinciden en cuál es el fundamento principal en relación a esta intensa restricción. Sin embargo, podemos afirmar que los fundamentos que buscan respaldar esta limitación pueden ser agrupados, de un lado, en la protección a la libertad de expresión y, de otro, en los requerimientos que exige el sistema democrático.

²⁴ “Los espejos y las ventanas de la comunicación”. Verbitsky, Horacio. Prólogo del libro “El derecho a comunicar” de Damián Loreti y Luis Lozano, Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2014, p. 12.

²⁵ De ahí que se afirme que “Los dueños de las redes empresariales multimedia globales (redes a su vez, pero redes personas al mando de sus organizaciones) son sin duda los que ostentan el poder de la sociedad red porque programan la red fundamental: la metarred de redes de comunicación, las redes que procesan los materiales ideacionales con los que sentimos, pensamos, vivimos, presentamos nuestras ideas y luchamos”. Castells Olivan, Manuel. Op. Cit. p. 534.

4.1 La Libertad de expresión

Como adelantáramos, una de las razones en nombre de las cuales se limita el derecho de propiedad en los medios de comunicación radica en la idea de que la concentración de estos medios en pocas manos, pondría en riesgo el derecho a la libertad de expresión, el mismo que, como sabemos, puede ser definido como el derecho fundamental de las personas a tomar la voz pública y hacer conocer a los demás lo que piensan o la información que poseen²⁶.

Se trata, pues, de un derecho fundamental que ha sido reconocido en muchas Constituciones y en diversos instrumentos internacionales, y son muchas las teorías²⁷ que se refieren a los fundamentos por los cuales la libertad de expresión merece tutela. Desde aquellas que consideran a este derecho como un instrumento esencial para el descubrimiento de la verdad hasta las que consideran a la libertad de expresión necesaria para el autogobierno personal, el desenvolvimiento autónomo y la autonomía política, incluyendo la realización personal y el derecho a la identidad.

Se afirma, además, que este derecho abarca también el derecho a recibir información²⁸ en la medida que muchas veces un requisito para expresarse libremente radica en contar con la información suficiente sobre alguna materia; y que este aspecto permite incorporar una faz social de este derecho²⁹. En ese sentido, se advierte que la relevancia de este derecho también trasciende la subjetividad en la medida que favorece la igualdad y la inclusión cuando permite que se oigan las demandas de las minorías y de aquellos que no siempre son escuchados por sufrir alguna clase de marginación social.

Precisamente por ello, se advierte que la libertad de expresión merece una tutela preferente³⁰ por parte de los ordenamientos jurídicos que se despliegan en sociedades democráticas.

Ya en ese entendido, la pregunta que se formula es qué tipo de tutela merece la libertad de expresión. Sobre el particular, durante años se consideró que esta debía ser una tutela de dimensión negativa por parte del Estado, es decir, una protección que se hacía más

²⁶ Loreti, Damián y Lozano, Luis. Op. Cit. p. 25-26.

²⁷ Al respecto, puede verse: Loreti, Damián y Lozano, Luis. Op. Cit. p. 27 y ss. Respecto de la teoría de la promoción de la verdad, se afirma que “[d]esde esta perspectiva, la libertad de expresión es considerada como un instrumento fundamental para el descubrimiento de la verdad. La libertad de diseminar información y opinión, así como la de criticar posiciones de otros es un factor clave para evitar concepciones equivocadas sobre los hechos y los valores.”, mientras que, desde la teoría del autogobierno personal, se reconoce que la libertad de expresión es condición para el autogobierno personal, el desenvolvimiento autónomo y la autonomía política. “Para ello es necesario eliminar cualquier barrera que impida conocer las decisiones de los gobiernos que de un modo u otro afecten la vida de la ciudadanía y sus condiciones de comunicación y, en definitiva, de ejercicio de derechos.”

²⁸ El reconocimiento del derecho a la información fue reconocido, por primera vez, en un instrumento internacional en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que lo reconoce en su artículo 19: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.” Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando se limita la libertad de expresión de alguien también se limita la libertad de otro a recibir información.

²⁹ Sobre libertad de expresión la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma que la Libertad de expresión debe ejercerse tanto en su faz individual como el derecho de cada persona a utilizar cualquier medio apropiado para difundir sus opiniones, como social y así satisfacer la necesidad de todos los ciudadanos de recibir información y opiniones diversas. Loreti, Damián y Lozano, Luis. Op. Cit. p. 52.

³⁰ Así ha sido reconocido también por nuestro Tribunal Constitucional en distintas sentencias. Al respecto, puede verse, por ejemplo, la sentencia recaída en el Expediente No. 2465-2004-AA/TC.

vigorosa conforme más libertad se otorgaba a los individuos y menos intervención se promovía de parte del Estado. En esa perspectiva, no cabe duda de que la libertad de expresión sólo constituía una realidad material del derecho en la medida en que fuera preservada de las ansias intervencionistas o censuradoras del Estado, de las posibilidades de amenazas o represalias, de los silencios políticos forzados, del secreto o de la manipulación. En eso consistieron las grandes luchas jurídicas en esta materia, particularmente desde los albores de la Segunda Guerra Mundial hasta ya entrados los años ochenta, libradas muchas de ellas contra gobiernos totalitarios o autoritarios, o contra modelos democráticos imperfectos que garantizaban derechos y libertades solamente con estructuras jurídicas "de fachada"³¹.

En esta línea se enmarcaba la teoría según la cual se requería dar libertad al *orador de la esquina de la calle*³², la misma que consideraba que bastaba con que el Estado no impidiera la libre expresión y permitiera la existencia de espacios públicos para que estos mensajes pudieran ser difundidos o la teoría según la cual resultaba necesario dejar funcionar libremente al mercado de las ideas³³, la misma que básicamente proponía la aplicación de las reglas del libre mercado también al sector de la información, de manera que no existiera mayor regulación por parte del Estado.

Sin embargo, se ha reconocido ya que no basta una protección negativa de parte del Estado³⁴ en la medida que muchas veces hace falta que exista una verdadera intervención de parte del mismo para asegurar que existan medios disponibles a través de los cuales se pueda ejercer verdaderamente la libertad de expresión³⁵. De ello se afirma que "respetar la libertad de expresión exige acciones públicas destinadas a que se escuchen voces diferentes, que faciliten el acceso a la escena pública de puntos de vista opuestos, que rompan una inercia que castiga a quienes están peor por razones completamente ajenas a su responsabilidad"³⁶.

Así, se requiere que el Estado intervenga allí donde no existan las condiciones suficientes para que los ciudadanos ejerzan plenamente su libertad de expresión sea por limitaciones materiales, culturales, de mercado, de tecnología, etc. De ello se obtiene que al Estado le corresponde un deber activo en la construcción de los estándares suficientes para que los ciudadanos puedan difundir sus opiniones y la información con la que ellos cuentan a través de plataformas que permitan su difusión de manera efectiva y no que simplemente aparenten cumplir con un rol difusor. Evidentemente, este rol activo de protección de la libertad de expresión en

³¹ Vivanco Martínez, Ángela. Op. Cit. p. 12.

³² Sobre la teoría del "*Street corner speaker*", pueden revisarse los trabajos del profesor norteamericano, especialista en libertad de expresión, Owen Fiss. Véase, en particular, "Silence on the street corner", *Suffolk University Law Review*, Volume XXVI, Spring, 1992.

³³ Según esta teoría, de origen norteamericano, no existe razón para no aplicar los criterios del libre mercado a la libertad de expresión. "Desde esta perspectiva, toda regulación distorsiona el ámbito propicio y necesario para el intercambio de ideas en un mercado libre." Loreti, Damián y Lozano, Luis. Op. Cit. p. 35.

³⁴ "Lo que sí es un dogma ya sostenido por varios órganos de los sistemas de derechos humanos es que la "mano invisible" no garantiza la pluralidad, sino todo lo contrario". Loreti, Damián y Lozano, Luis. Op. Cit. p. 49.

³⁵ El rol de orador en la esquina de la calle actualmente "no asegura una democracia vibrante, porque en la actualidad el carácter del debate público está determinado no por lo que el orador tiene que decir ni por su capacidad para llamar la atención del transeúnte casual sino por los medios de comunicación, especialmente por la televisión. Efectivamente, las actividades en la esquina de la calle, sea que se trate de un discurso, una demostración o una manifestación, se llevan a cabo en gran parte para las cámaras de televisión y obtienen su poder de la aparición en el noticiero de la noche." Fiss, Owen. "Libertad de expresión y estructura social", Fontamara, México, p. 91.

³⁶ Gargarella, Roberto. "Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta.", Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, p.29-30.

ninguna medida se contraponen a la exigencia de favorecer la diversidad de expresiones o de regular los contenidos que estas puedan albergar, en la medida que lo único que propone es la construcción de las condiciones formales para que estas opiniones puedan ser expresadas.

De esta manera, se considera que en tanto existan menos canales a través de los cuales se pueda permitir la libertad de expresión existirán más riesgos para que este derecho no pueda ser plenamente ejercido por todos los ciudadanos. En ese sentido, mientras menos propietarios de medios de comunicación existan, existirán también menos posibilidades de que las personas cuyos intereses no se encuentren alineados con aquellos que promueven los propietarios de dichos medios puedan alzar su voz en las plataformas en las que actualmente las voces pueden ser realmente oídas³⁷.

Con ello, se asume que los límites a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación se justifican en la medida que permiten mayores posibilidades para que los ciudadanos puedan expresarse. Se admite que no existe libertad de expresión si el mensaje que se transmite no tiene la llegada suficiente a la sociedad y esto se logra únicamente cuando existen medios de comunicación a disposición de todos: las mayorías y las minorías.

4.2 La dimensión democrática

Por otro lado, se afirma también que existe una necesidad de limitar la concentración de medios de comunicación en aras de promover el pluralismo informativo y de alcanzar los requerimientos más básicos del sistema democrático. En esa medida, se considera que la concentración de la propiedad en los medios de comunicación podría generar una homogenización de la información y obstaculizar el libre intercambio de ideas para la formación de una opinión pública libre, mientras que, del lado de los requerimientos más básicos del sistema democrático se afirma que los electores no podrían fiscalizar al poder político ni ejercer libremente su voto si es que no cuentan con la información suficiente y adecuada que es administrada por los medios de comunicación en la era actual.

En relación con el pluralismo informativo, se señala que, desde una perspectiva democrático-procedimental, este consiste, de un lado, en la posibilidad de concurrencia del mayor número y diversidad de opiniones e información en la sociedad, lo que redundará en un proceso de libre formación de la opinión pública. De otro, consiste en la posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número posible de personas. En ese contexto, la concentración de propiedad de los de medios de comunicación será contraria al pluralismo democrático en la medida que frene o dificulte la realización de esta noción de pluralismo³⁸.

³⁷ De la misma opinión es Edwin Baker, para quien: "The democratic goal of inclusiveness is achieved when people experience their views or values or people with whom they identify as having significant media voice and when they do not find a few owners or groups dominating the media realm. As a justification for maximum dispersal of ownership, this democratic value does not require government policy makers to sort people (or even to have individuals sort themselves) into their "appropriate" groups. Rather, the policy is based on an expectation that ownership dispersal will contribute to the desired result. Specifically, dispersal is more likely than more concentrated ownership to lead to more diversity of ownership that is more likely to generate this experience of inclusion. Although maximum dispersal does not guarantee that result, its probable contribution to both the reality and experience of broad inclusion provides a strong, I suggest possibly the single most important, reason to favor such dispersal". Baker, C. Edwin. "Media concentration and democracy". Cambridge University Press, United States, 2007, p. 12.

³⁸ Bastida Freijedo, Francisco J. "Propiedad, mercado y libertades informativas: las libertades económicas como equivalentes funcionales de las libertades informativas". En: AAVV, "Propiedad y Derecho Constitucional", Editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, p. 235.

Por lo demás, precisa la doctrina³⁹ que no basta solo con un pluralismo cuantitativo (número de opiniones y de información) sino que resulta necesario que la sociedad cuente con un pluralismo cualitativo (presencia de diversidad de opiniones y fuentes de información). Por ello se afirma que “no es suficiente que el mercado de las ideas y de la información, esté abierto (posibilidad jurídica de un pluralismo externo y presunción de inconstitucionalidad de los monopolios públicos de medios de comunicación); es necesario que sea abierto (presunción de inconstitucionalidad de oligopolios privados y legitimidad de la intervención estatal para forzar el pluralismo externo o para propiciar un pluralismo interno cuando no se produce de manera espontánea). Y no basta que esté y sea abierto (posibilidad de expresión de las diversas corrientes de opinión y de manifestaciones culturales, al margen de su rentabilidad económica); es preciso, además, que ese mercado creado por el pluralismo activo (el producido por los que emiten las ideas y la información) llegue a todos los consumidores (pluralismo pasivo), es decir, a todos los sujetos llamados a participar en el proceso democrático.”⁴⁰

En consecuencia, se afirma que existirá una opinión pública libre cuando exista mayor acceso a la información y mayor intercambio libre de información. Así, el pluralismo informativo se convierte en la condición necesaria para una opinión pública libre⁴¹. O, en otras palabras, el pluralismo busca impedir la formación “unidimensional”⁴² de la opinión pública.

Por otro lado, en relación con los requerimientos más básicos del sistema democrático, se afirma que la esfera pública y la información suministrada por los medios de comunicación influyen en cómo los ciudadanos ejercen su voto⁴³, esto es, la manifestación más importante en el modelo de democracia representativa. De ello se advierte que hoy la legitimidad democrática de las instituciones no se asienta tanto en la celebración de elecciones limpias (lo que nadie cuestiona) como en la capacidad de los ciudadanos de expresar un voto que refleje una voluntad libremente forjada en el intercambio de ideas y en el suministro de información suficiente⁴⁴.

De esta manera, se afirma que para el ejercicio adecuado del derecho a participar en los asuntos públicos⁴⁵, resulta necesario que la información fluya libremente en la sociedad y

³⁹ Bastida Freijedo, Francisco J. Op. Cit. p. 236.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ “A riesgo de generar controversias, podemos afirmar que un criterio esencial de la libertad de información es una diversidad de fuentes aunada al libre acceso a estas fuentes. Cuando los grupos dominantes controlan estas fuentes, la libertad queda burlada, cualquiera sea el sistema político. Se requiere una amplia gama de información y opinión para que los ciudadanos formulen juicios bien fundados sobre las cuestiones públicas; en efecto, esto es una piedra de toque de los sistemas de comunicación en las sociedades democráticas.” Informe MacBride p. 47.

⁴² Bastida Freijedo, Francisco J. Op. Cit. p. 246.

⁴³ “The public sphere influences how people choose to exercise their vote. Equally important, through the creation of public opinion, the public sphere should and often does influence how elected and appointed public officials actually exercise their formal decision-making power. In any large society, the mass media constitute probably the most crucial institutional structure of the public sphere. To be self-governing, people require the capacity to form public opinion and then to have that public opinion influence and ultimately control public “will formation” - that is, government laws and policies. For these purposes, a country requires various institutional structures. The media, like elections, constitute a crucial sluice between public opinion formation and state “will formation.” The mass media, like elections, serve to mediate between the public and the government. For this reason, a country is democratic only to the extent that the media, as well as elections, are structurally egalitarian and politically salient.” Baker, C. Edwin. Op. Cit. p. 7.

⁴⁴ Rallo Lambarte, Artemi. Op. Cit. p. 63

⁴⁵ “Para que los individuos desempeñen su papel de ciudadanos responsables, deberán contar con hechos suficientes para basar en ellos sus juicios racionales.” Informe MacBride, Op. Cit. p. 134. En el mismo sentido se pronuncia Bastida Freijedo, Francisco J. Op. Cit. p. 236.

que no se encuentre contenida en solo unos cuantos propietarios en la medida que estos podrían sesgar la información de acuerdo con sus intereses. En ese entendido, se afirma que el principio de dispersión de poder en las sociedades democráticas resulta plenamente aplicable al caso de los medios de comunicación, exigiéndose una dispersión de la propiedad⁴⁶ en esta industria.

5. La limitación en la concentración de la propiedad de medios de comunicación

Las concentraciones empresariales se configuran como un fenómeno espontáneo del mercado. Es evidente que el éxito de una empresa promueve su voluntad de crecer en el mercado y de celebrar acuerdos o fusionarse con otras sociedades a fin de maximizar su rentabilidad económica. En la medida que este fenómeno es resultado del libre ejercicio de la libertad de empresa, del cumplimiento de los estándares del mercado y de la satisfacción que ha generado en los consumidores, en resumen, de la buena performance de una empresa en el mercado, resulta irreprochable o innegable la legitimidad que tiene la voluntad de la empresa de crecer en el mercado a través de la fusión con otras sociedades. Por lo demás, en su ruta de crecimiento le corresponde a la empresa valerse de la eficiencia económica, de las economías de escala y de las demás sinergias que la asociación con otras empresas le permitiría.

Tomando en cuenta estas razones, consideramos que las concentraciones empresariales en mercados ordinarios, en principio, no deberían encontrarse limitadas, aunque sí vigiladas bajo las normas antitrust, de manera que no se permita el abuso de posiciones de dominio o no se toleren prácticas lesivas a la libre y leal competencia. Sin embargo, consideramos que existen determinados mercados que no pueden ser sometidos a las reglas ordinarias del mercado como es el caso de los mercados informativos o las industrias de medios de comunicación y que, por el contrario, requieren una regulación especial en atención a sus particularidades.

Por supuesto, detrás del debate sobre la regulación de la concentración de la propiedad de medios de comunicación, siempre existirá un debate ideológico entre ideas más o menos "liberales", desde un punto de vista económico⁴⁷. Así, algunos respaldarán la idea de que no existe una razón legítima para considerar que este es un mercado diferente a cualquier otro que merezca una limitación particular en la propiedad o libertad de empresa porque todos los mercados son "iguales", mientras que otros justificarán su posición en que las reglas del mercado tienen límites y no resultan aplicables válidamente a todos los mercados de la misma manera. Por lo demás, existirán voces que consideren necesaria una participación

⁴⁶ "This is a democratic distribution principal for communicative power - a claim that democracy implies as wide as practical a dispersal of power within public discourse. As applied to media ownership, this principle can be plausibly interpreted structurally as requiring, possibly among other things, a maximum dispersal of media ownership." Baker, C. Edwin. Op. Cit. p. 7.

⁴⁷ A esto también se refiere Guillermo Mastrini cuando señala que: "Una de las principales discusiones que se dan en todas estas organizaciones es sobre si los productos culturales deben ser considerados una mercancía más, sujetos a los procesos de liberalización del comercio a nivel mundial. ¿Pueden ser la información, la comunicación y la cultura consideradas un servicio o commodity o debe mantenerse la excepción cultural y garantizarse la diversidad cultural? Mastrini, Guillermo y Aguerre, Carolina. "Muchos problemas para pocas voces. La regulación de la comunicación en el siglo XXI" En: Revista Diálogo Político No. 3/2007, editada por la Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2007, p. 49.

intensa, activa y protagónica de parte del Estado en el mercado, y más todavía en el mercado de las comunicaciones, aun cuando esta premisa sí se pueda considerar de plano rechazada por el modelo económico de nuestra Constitución actual, el mismo que contempla un rol subsidiario de la presencia del Estado en el mercado.

En nuestro caso, partimos de la premisa según la cual no todos los mercados o sectores pueden considerarse idénticos (¡Qué fácil sería así el manejo de la Economía y de la sociedad!) y estimamos que no puede existir una misma regla que regule de manera homogénea todos los aspectos o sectores de la sociedad, sin atender a determinadas particularidades que pueden ofrecer cada una de estas actividades.

Ahora bien, con la finalidad de referirnos con mayor profundidad a los argumentos que se esbozan a favor y en contra de la limitación de la concentración de la propiedad en los medios de comunicación, conviene referirnos al funcionamiento del esquema de concentraciones en el sector de las comunicaciones. Así, en principio, se debe tener en cuenta que, como en el caso de otros mercados, las concentraciones empresariales en el sector de las comunicaciones suelen ser de tres tipos: horizontales, verticales y diagonales o cruzadas.

En esa medida, la concentración horizontal o de expansión monomedia se presenta cuando una firma se expande con el objetivo de producir una variedad de productos finales dentro de la misma actividad, con el objeto de acrecentar la cuota de mercado. En segundo lugar, la integración o expansión vertical tiene lugar cuando la fusión o adquisición de una empresa se produce hacia adelante o atrás en la cadena de valor. En este caso las empresas se expanden con el objetivo de abarcar las distintas fases de la producción, desde las materias primas al producto acabado para obtener reducción de costos y mejor aprovisionamiento. En tercer lugar aparecen los conglomerados o los supuestos de crecimiento diagonal o propiedad cruzada, casos en los cuales se trata de buscar la diversificación fuera de la rama de origen con el objetivo de reducir y compensar riesgos a través de la creación de sinergia (por ejemplo, cuando un mismo grupo empresarial es propietario de medios de prensa escrita y quiere ser propietario de medios audiovisuales)⁴⁸.

Como se ha visto, si bien tomando en cuenta distintos aspectos, los mayores fundamentos para favorecer la limitación en la concentración de medios se encuentran sostenidos en la libertad de expresión y los requerimientos básicos del sistema democrático. Sin embargo, existen una serie de posiciones que, pese a estar de acuerdo con la tutela de estos derechos y exigencias, estiman que no resulta válido limitar la concentración de la propiedad en esta industria y que esta debe ser permitida como parte del proceso de libre mercado. La discusión es de gran importancia si es que se advierte que desde hace ya mucho existe en el mundo una tendencia hacia la concentración de medios de comunicación, como adelantáramos⁴⁹.

Es posible advertir, entonces, que el debate se origina entre aquellos que consideran que debe primar el derecho de propiedad, la libertad de empresa y en general el libre funcionamiento del mercado y aquellos que consideran que existen fundamentos para que la industria de los medios de comunicación no sea librada simplemente a las reglas del libre mercado⁵⁰.

⁴⁸ Mastrini, Guillermo y Aguerre, Carolina. Op. Cit. p. 55.

⁴⁹ También reconocido, desde hace más de treinta años, en el Informe MacBride. Op. Cit. p. 104.

⁵⁰ El debate se resume en los siguientes términos: "Mientras las posturas liberales clásicas ven las reglas del mercado y los cambios tecnológicos como parte de un sistema de frenos y contrapesos que garantiza el equilibrio social –y en última instancia, el progreso– y sostienen que existe un libre mercado de ideas que

En esa medida, quienes se oponen a la limitación de la propiedad en la concentración de medios han construido una serie de argumentos que permitirían evidenciar que, aun cuando se requiere favorecer la libre expresión y la democracia, las restricciones en este mercado no resultan necesarias. De este modo, los avances de la tecnología, la suficiencia de las medidas antitrust, la debilidad comunicativa de la prensa escrita, los peligros que supone la intervención del Estado y la advertencia de la dificultad del concepto de diversidad (requerida por el pluralismo) así como la afirmación de la imposibilidad de conseguirlo a través de esta medida, son tal vez los principales argumentos que se esgrimen contra la limitación en la concentración de medios de comunicación. Sin embargo, también se han presentado argumentos para cada una de estas objeciones.

En ese sentido, en relación con los avances tecnológicos y la democratización de los medios de comunicación que tornarían irrelevante la adopción de medidas de limitación de la propiedad se ha dicho que “en ningún caso el avance tecnológico ha implicado, por sí solo, una democratización de las comunicaciones”⁵¹ y que, por el contrario, la revolución tecnológica ha generado nuevos procesos de concentración empresarial y una abierta homogenización de contenidos que pone en riesgo la libertad de información⁵². Particularmente, se ha señalado que el fenómeno que representa la creación de Internet y su creciente desarrollo y expansión determinaría un nuevo modelo de suministro de información según el cual las personas encontrarían en la red una nueva fuente de información al alcance de todos que pondría en duda la afirmación según la cual la concentración de medios de prensa escrita podría suponer un peligro para que la información plural pueda alcanzar a todos.

Sobre el particular, sin embargo, se ha reconocido que Internet presenta todavía una serie de limitaciones como sistema y, además, de restricciones en cuanto a la provisión de información. Así, por ejemplo, se ha reconocido su ambigüedad como medio de comunicación masivo en la medida que no existe un control centralizado sobre qué información debe ser difundida⁵³. De la misma manera, se explica que lejos de ser un competidor de la prensa escrita, Internet también puede ser entendido como un aliado de la misma que

se sustenta por sí mismo sobre la base de esas reglas, la escuela crítica surgida en los Estados Unidos a principio de la década de 1980 alerta acerca de la necesidad de regular estos procesos para evitar su avance sobre libertades fundamentales”. Loreti, Damián y Lozano, Luis. Op. Cit. p. 143.

⁵¹ Loreti, Damián y Lozano, Luis. Op. Cit. p. 143.

⁵² Al respecto, se afirma que: “La revolución tecnológica está teniendo efectos contradictorios. De un lado, ha permitido la globalización de la información y el incremento del pluralismo, pues el efecto parabólico ha hecho posible una mayor variedad de fuentes de información y, en muchos casos, la ruptura del asilamiento cultural, político, etc. De otro, ha desencadenado unos gigantescos procesos de concentración empresarial horizontal (sobre un mismo medio de comunicación), vertical (acaparando medios de comunicación de diferente naturaleza, prensa, radio, televisión por cable, satélite, ondas hertzianas, etc.) y, últimamente, transversal (mezcla de la propiedad de aquellos medios con la propiedad de telecomunicaciones, empresas publicitarias, agencias de información, de producción de medios audiovisuales, de holdings de entretenimiento, de promoción musical, etc., etc.). (...) En apariencia sigue habiendo una gran número de diarios, emisoras de radio y canales de televisión, pero en realidad tiene lugar el llamado efecto ventrílocuo: muchos medios pero todos repiten con ligeras variaciones lo programado por unos pocos: la información única, como se vio en las guerras del Golfo y en la de Kosovo, y el pensamiento único y la cultura única se imponen.” Bastida Freijedo, Francisco J. Op. Cit. p. 245.

⁵³ “The Internet remains ambiguous as a “mass” medium because of its multiple functions and individualistic usage. On one hand it does not fit the usual definition of a mass medium because it has not centralized control deciding what shall be disseminated to the general public. On the other hand, it is a medium that has demonstrated its mass effects in news, in general information, and in its growing impact on a large portion of the population.” Bagdkikian, Ben H. “The new media monopoly”, Beacon Press, 2004, Boston, p. 56.

le permite nuevas formas de revitalización. Ello si se toma en cuenta que la mayoría de periódicos cuentan con páginas web que les permiten difundir a través de otras vías sus noticias e investigaciones⁵⁴. Por lo demás, debe tenerse en consideración en ese mismo sentido, que Internet no se constituye tanto como un centro de generación de información sino principalmente como una vía de difusión de información que es creada por agencias de noticias o entidades de comunicación que funcionan desde las afueras de la red.

De la misma manera, Internet afronta aún una serie de debilidades como es el caso de la inseguridad. Así, por ejemplo, existen todavía serias debilidades que permiten a los *hackers* bloquear *websites* o modificar la información que existe en ellas⁵⁵. A ello se contraponen la seguridad que ofrece la prensa escrita desde un punto de vista registral, es decir, de acuerdo con la consideración de que la impresión de textos permite un registro seguro de la información (esta queda escrita, impresa, distribuida y, en algunos casos, almacenada) la misma que no se presenta en el caso de Internet en el que la información no queda registrada y que, por el contrario, puede ser libremente modificada por sus autores en cualquier momento.

Si se toma en cuenta, entonces, estas consideraciones, se puede llegar a la conclusión de que el avance tecnológico y la creación de Internet no suponen un sustituto o una alternativa plenamente eficiente que permita considerar que la prensa escrita ha perdido fuerza o capacidad en el manejo de la información relevante para los distintos procesos sociales. La premisa es aún menos convincente si se toman en cuenta los niveles de acceso a Internet que existen todavía en países en desarrollo como el nuestro.

Ante la presunta debilidad de los medios de prensa escrita y la posible futura desaparición de los periódicos como razón para que estos no sean objeto de regulación considerando su poca influencia a nivel de suministro de información y conformación de opinión pública, se afirma que esta todavía no puede apreciarse en el horizonte, toda vez que los periódicos se están valiendo de armas de reinención que los permite seguir gozando de una alta preferencia en el consumo actualmente⁵⁶.

⁵⁴ "The Internet has already become both a competitor against the printed new industry and also an adjunct to it. Few newspapers of normal size, for example, lack a web site with briefs of their most important or popular stories. In some cases, with a subscription one can receive not only Internet copies of the newspaper's entire printed story but additional information on the same subject beyond what was printed." Bagdkikian, Ben H. Op. Cit. p. 56-57.

⁵⁵ "The intrusion can come from sophisticated individuals, usually under the age of thirty, variously known as hackers, crackers, sneakers, cyberpunks, and phreaks. They learn how to discover computer addresses and decode passwords and coded messages. Some do it for the sheer egotistical demonstration of computer skill, other out of malice and mischief. Secret electronic intrusion can also be for the theft or examination of private correspondence, "break-ins" of particular concern to commercial firms, whose correspondence and work often constitute a major part of their Enterprise. Many industrial and financial firms routinely encode much of their communication." Bagdkikian, Ben H. Op. Cit. p. 62-63.

⁵⁶ Sobre el particular, John Keane señala que: "Communicative abundance stirs up public disputes about the future of newspapers in hard-copy form. In their defense, some observers insist that while newspapers are bleeding revenues to online destinations, newspaper journalists working in well-equipped and well-connected news-rooms remain the 'content engines' (as American journalists say) of talkback radio, television news shows and blogs and tweets. The point is well made, for newspapers such as the New York Times, El País and Yomiuri Shimbun (the Japanese daily usually credited with having the largest circulation of any newspaper in the world) are probably not dinosaurs due for extinction. There is undoubtedly scope for their reinvention and ongoing redefinition in online form, for instance, using combinations of subscriptions and advertisements to deliver news to tablets." Keane, John. Op. Cit. p. 7.

En el mismo sentido, se ofrecen razones materiales por las cuales se consideran que la prensa escrita sigue constituyendo un formato único al cual el consumidor se encuentra muy adaptado y que le permite una serie de beneficios de información rápida y selectiva que no ofrecen fácilmente otros medios de comunicación, incluso los digitales⁵⁷. De este modo, se rechazan los argumentos según los cuales la prensa escrita resulta cada vez menos relevante y, en consecuencia, no cabría preocuparse por la concentración de medios en este sector, y en general, en ninguno debido a la supuesta diversificación de medios y formatos.

Desde otro lado, en cuanto a la suficiencia de las medidas antitrust, algunos afirman que estas impedirían la competencia desleal o las afectaciones a la libre competencia que podrían poner en riesgo el suministro de información, mientras que otros señalan que el problema de hacer uso de normas de control ex post radica en que “los daños a la libertad de expresión, así como a los derechos humanos y a la democracia en general, no son reparables con dinero. Las distorsiones a la competencia y los negocios, sí.”⁵⁸ La insuficiencia de estas medidas, por lo demás, también ha sido reconocida por el Libro verde de la Unión Europea denominado “*Pluralism and media concentration in the internal market*”⁵⁹.

Asimismo, en cuanto a los peligros que supuestamente podría suponer la regulación estatal en relación con un posible control de contenido o secuestro de los medios de comunicación, se ha dicho que es verdad que el Estado podría interferir pero no hay razón para presumir a priori que así lo hará⁶⁰ y que en cualquier caso habría que sospechar tanto de la censura estatal como de la censura empresarial que pueden ejercer los conglomerados económicos de los medios de comunicación⁶¹. En el mismo sentido,

⁵⁷ “Newspapers have not yet disappeared, nor are they likely to in the near future. The newspaper survives for reasons that have little to do with clever technology. Its endurance depends, in part, precisely on the reader’s need to open with arms outstretched a double page that covers more than 1,000 square inches of columns and stories, 48 inches wide and 22 inches deep. What sounds like a ridiculous expanse of print is, in fact, an advantage. Each reader’s eye can scan and select from the expanse the one or two stories of interest to that particular reader and do it more rapidly than scrolling even the sharpest presentation on a computer screen.” Bagdkikian, Ben H. Op. Cit. P. 118

⁵⁸ Loreti, Damián y Lozano, Luis. Op. Cit. Loreti. p. 172. En el mismo sentido, Bastida reconoce que “Las políticas antitrust son necesarias para impedir que desaparezca por completo el mercado y en ese sentido favorecen cuantitativamente el pluralismo, pues ya se ha dicho que el mercado puede actuar como equivalente funcional del pluralismo. Sin embargo esas medidas no son suficientes, ni siquiera cuando se les añaden límites especiales a la concentración de acciones societarias mercantiles, o se establece la obligación de que éstas sean nominativas. Para un fomento del mercado en estos medios ha de contemplarse el fenómeno en su globalidad y aprobarse reglamentaciones que ataquen la concentración en su triple manifestación horizontal, vertical y transversal. El nexo entre publicidad y concentración de medios es tan grande que en aras de la competencia - y, por tanto, el pluralismo- se impone establecer drásticas limitaciones al porcentaje máximo de facturación que puedan realizar los consorcios audiovisuales. Igualmente, se ha de fijar un control más severo de estructuras (alianzas estratégicas, concentraciones, enmascaramiento de la titularidad de acciones) y de comportamientos (prácticas abusivas, usuarios cautivos, dumping publicitario) de las empresas.” Bastida Freijedo, Francisco J. Op. Cit. p. 246.

⁵⁹ Al respecto, puede consultarse el referido documento en el siguiente link: http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com92_46_en.pdf p. 8.

⁶⁰ Advierte Owen Fiss que “[e]s verdad que el Estado puede interferir con la fuerza del debate público y, en consecuencia, actuar como un enemigo de la libertad, pero no hay razón para suponer que así lo hará, y podemos inclinarnos a pensar que, en efecto, puede actuar promoviendo la causa de la libertad”. Fiss, Owen. Op. Cit. p. 13-14.

⁶¹ Loreti y Lozano se preguntan por qué sí existe temor a que el gobierno entre a regular este asunto (y que decida qué se ve y qué se consume) pero no existe miedo a la participación de las corporaciones cuando ellas también deciden activamente qué vemos y qué podemos consumir. Loreti, Damián y Lozano, Luis. Op. Cit. Loreti. p. 37.

la jurisprudencia norteamericana ha validado la regla de limitación de concentración de propiedad en medios de comunicación advirtiendo que esta per se no supone una regulación de contenidos⁶².

Finalmente, en cuanto a la premisa según la cual, la limitación en la concentración de la propiedad de medios de comunicación no necesariamente determina la existencia de diversidad de opiniones, se ha admitido que esta es una premisa válida y cierta. Sin embargo, pese a que no necesariamente se alcance esta diversidad, la jurisprudencia norteamericana⁶³ ha señalado que con un sistema de limitación de la concentración de propiedad en los medios de comunicación al menos existen más posibilidades de que la diversidad se consiga. Del mismo modo, se afirma que lo importante no es conseguir diversidad porque no existe ninguna medida válida y proporcionada que pueda lograrlo directamente, lo relevante es la dispersión de la propiedad y del poder per se tomando en consideración las exigencias democráticas que niegan la concentración del poder (político)⁶⁴.

Coincidimos con quienes afirman que el de los medios de comunicación no puede ser tratado como cualquier mercado⁶⁵ por las características que lo vinculan directamente con el ejercicio de derechos fundamentales y los soportes del sistema democrático. Sin embargo, consideramos también que el rol del Estado debe ser estrictamente vigilado de manera tal que las limitaciones que se establezcan sean proporcionadas en la medida que también se encuentran en juego derechos fundamentales como la propiedad y la libertad de empresa y, además, con la finalidad de que las regulaciones estatales no interfieran en los contenidos de la libertad de expresión.

Por lo demás, consideramos que el rol del Estado en este caso, no debe encontrarse enfocado únicamente en labores de limitación o de restricciones estructurales en la in-

⁶² Recientemente, en el año 2011, en el caso Prometheus 2 se afirmó que “[l]a limitación a la propiedad de los medios es una vía razonable para promover diversidad de puntos de vista y medios de comunicación diversificados, que la regulación continua de la propiedad cruzada y común de periódicos por parte de la autoridad de aplicación no viola la libertad de expresión y que las reglas de propiedad de los medios no implican manipular contenidos”. United States Court of Appeals For The Third Circuit, citado por Loreti, Damián y Lozano, Luis. Op. Cit. Loreti. p. 159.

⁶³ En el caso Prometheus 1 se afirmó que “la diversificación de la propiedad de los medios de comunicación enriquece la posibilidad de lograr una mayor diversidad de puntos de vista”. Citado por Loreti, Damián y Lozano, Luis. Op. Cit. Loreti. p. 158.

⁶⁴ Baker, C. Edwin. Op. Cit. p. 15.

⁶⁵ Es importante considerar lo señalado por Luigi Ferrajoli: “Actualmente, en la sociedad de mercado, la libertad de pensamiento y de imprenta se asumen como un hecho. A nadie se le prohíbe hablar o imprimir volantes o periódicos, siempre que la disponibilidad financiera y el mercado lo permitan. Y, sin embargo, la represión y la discriminación, la censura y la autocensura, el control de las opiniones y de las informaciones pasan a través de la propiedad de los medios de comunicación. Gracias a ella, el pensamiento, la opinión, la información, se convierten en mercancías cuya producción se vincula a la propiedad del medio de información y a las inserciones publicitarias: por lo tanto son bienes patrimoniales, en vez de derechos fundamentales. Aquí se manifiesta, en toda su evidencia, el equívoco teórico que está detrás de la concepción paleoliberal o liberista de la libertad de manifestación del pensamiento: la confusión conceptual entre libertad de información y propiedad privada de los medios de información. Es una confusión que ignora la asimetría estructural entre la primera, que es una libertad fundamental de todos, y la segunda, que es un derecho patrimonial y al mismo tiempo un poder que, como todo poder, en la lógica del Estado de Derecho, debería sujetarse a la ley y en particular a los derechos de libertad constitucionalmente establecidos. No se trata solo de derechos estructuralmente diferentes, uno fundamental y otro patrimonial, uno que pertenece a todos y el otro excluyendo a otros. Se trata de dos derechos que están en conflicto u no con el otro porque la propiedad se devora literalmente a la libertad y la reduce a la libertad de los propietarios. De hecho, en condiciones de monopolio, a la libertad del propietario.” Ferrajoli, Luigi. “Libertad de información y propiedad privada. Una propuesta no utópica.” Nexos, No. 316, México, 2004, p. 49-50.

industria sino, por el contrario, debe orientarse a fomentar la participación y el acceso de las empresas prestadoras de servicios de comunicación en el mercado, de manera que la diversidad pueda convertirse en algo cada vez más alcanzable.

6. El caso peruano: hacia un modelo con límites

En el caso del Perú, en el artículo 61⁶⁶ de nuestra Constitución, el constituyente ha establecido expresamente la limitación en la concentración de la propiedad de los medios de comunicación prohibiendo el monopolio⁶⁷ en estos medios así como su acaparamiento. Sin embargo, mientras en el caso de los medios de comunicación audiovisual se ha definido cuáles son los porcentajes máximos⁶⁸ de participación en el mercado que puede tener una empresa que preste servicios de comunicación, fuera de los cuales se configuraría un supuesto de “acaparamiento”, no ha sucedido lo mismo en otros mercados del sector comunicaciones como en el caso de la prensa escrita.

Esta ausencia de regulación ha permitido que algunos afirmen que la concentración de la propiedad no se encuentra limitada en el caso de la prensa escrita. Así, en la medida que no se han fijado expresamente legalmente los porcentajes que determinarían un supuesto de acaparamiento en el caso de la prensa escrita, tomando en cuenta el derecho fundamental a la libertad de empresa, no sería posible determinar cuándo nos encontramos ante un supuesto de acaparamiento y, en consecuencia, la limitación no resultaría aplicable a este mercado porque cualquier restricción podría resultar siendo arbitraria.

Sobre el particular, consideramos que un argumento en este sentido, si bien apreciable, supondría necesariamente vaciar de contenido la expresa limitación a la concentración de medios de comunicación que ha establecido nuestro ordenamiento constitucional y, en ese sentido, la tornaría inaplicable. Por el contrario, estimamos que una interpretación constitucional de esta norma, si bien no ha sido realizada por el legislador, podría ser válidamente realizada por un juez en la medida que a este también le corresponde interpretar la constitución y darle contenido concreto a los mandatos que en ella se establecen.

No obstante ello, consideramos necesario que se establezcan por vía legislativa, en aras de desarrollar correctamente el mandato constitucional y favorecer la previsibilidad y

⁶⁶ Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

⁶⁷ Premisa compatible con lo establecido por la Comisión interamericana de Derechos Humanos en su Declaración de Principios de Libertad de Expresión, la misma que señala en el número 12 que: “Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos”.

⁶⁸ Ley de radio y televisión – Ley No. 28278

Artículo 22.-Normas para la titularidad de autorizaciones

La radio y la televisión no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Se considerará acaparamiento para efectos de la presente Ley el que una persona natural o jurídica, sea titular de más del treinta por ciento (30%) de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, para la radiodifusión televisiva y veinte por ciento (20%) para la radiodifusión sonora. (...)

seguridad jurídica para todos los casos futuros, que se establezca concretamente cuáles son los porcentajes que determinarían un supuesto de acaparamiento en cada uno de los mercados de comunicación. Asimismo, es necesario que para la fijación de estos porcentajes y la reglamentación de esta prohibición se convoque a distintos representantes y profesionales (abogados, economistas, comunicadores, etc.) en la medida que, en ningún sentido, la delimitación de estas reglas constituye un proceso sencillo de resolver.

Por lo demás, la ausencia de regulación ha permitido también que algunos afirmen que la prensa escrita no se encuentra sometida a estas reglas de limitación de la propiedad. En esa medida, han afirmado que la limitación únicamente ha sido establecida para aquellos medios que hacen uso del espectro radioeléctrico en tanto recurso natural. A este respecto, el primer argumento que habría que plantear es que la limitación constitucional, es más bien general, y recae sobre todos los medios de comunicación. De este modo, como lo ordena un viejo principio general del Derecho, no cabe hacer diferencia allí donde la norma no la ha establecido expresamente.

Más importante aún, como se ha podido apreciar a lo largo del presente trabajo, resulta la premisa según la cual no es la escasez de un recurso natural el fundamento que permite limitar la propiedad de los medios de comunicación sino, por el contrario, la exigencia de crear o habilitar las condiciones suficientes para que la libertad de expresión pueda ser plenamente ejercida por todos los ciudadanos y la necesidad de fomentar la diversidad y el pluralismo, la misma que también debe encontrarse presente tanto en los mercados audiovisuales como en los escritos⁶⁹. Así las cosas, el aprovechamiento de un recurso natural (bien de dominio público) no es el único presupuesto que permite al Estado regular un medio de comunicación.

De esta manera, el modelo peruano actual puede ser calificado como uno incompleto. Ello en la medida que, de un lado, no se han establecido con precisión los supuestos que configuran una excesiva concentración o un caso de acaparamiento del mercado para los demás medios que no se encuentran regulados por las normas de radio y televisión. Pero incompleto también porque no existen políticas de fomento que bien podrían ser aplicables en aras de fomentar el pluralismo y la dispersión de poder en la propiedad de medios de comunicación.

No obstante ello, consideramos acertada la limitación de la concentración de la propiedad en los medios de comunicación establecida en el ordenamiento constitucional peruano. Si bien consideramos que esta medida per se no garantiza un auténtico pluralismo informativo, de cualquier manera, esta incrementa las posibilidades de que la diversidad de opiniones y de informaciones permita formar una opinión pública libre. Por lo demás, estimamos acertada la premisa según la cual los límites a la concentración no son válidos en la medida que garantizan el pluralismo dado que este no puede ser plenamente garantizado por ninguna medida que resulte compatible con los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Así, por ejemplo, es claro que bien podría existir un mercado de medios absolutamente diverso y desconcentrado en cuanto a propietarios pero todas podrían contar con una orientación política parecida.

Tomando esto en cuenta, al contrario, coincidimos con quienes afirman que los límites de la concentración de propiedad encuentran su fundamento en la regla democrática según

⁶⁹ Sobre el particular, se afirma que: "Del mismo modo, aun cuando se trate de medios que no utilizan el espectro radioeléctrico, la promoción de la diversidad y el pluralismo debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión." Loreti, Damián y Lozano, Luis. Op. Cit. Loreti. p. 177.

la cual el poder debe encontrarse distribuido y no concentrado en pocas manos. De esta manera, la limitación a la concentración es válida por sí misma en la medida que distribuye el poder que ejercen los medios de comunicación y no porque garantiza necesariamente el pluralismo informativo⁷⁰ (aunque sí mejore las condiciones para que este se configure).

Pese a ello, el pluralismo informativo es efectivamente un fin que debe perseguir el Estado peruano continuamente, más aún si se considera que su sistema democrático se encuentra aún en proceso de consolidación. Y es que, evidentemente, las medidas de limitación de la concentración de la propiedad pueden tener efectos muy limitados si se toma en cuenta también las posibilidades de evasión de estas reglas que pueden darse a través de fórmulas societarias que permitirían anular la finalidad de esta regulación. Por lo demás, la doctrina ha registrado distintos casos conocidos en varios países en los que se ha logrado burlar estos límites⁷¹.

De esta manera, resulta necesario que una medida importante como la limitación de la concentración de la propiedad se vea acompañada por auténticas medidas de fomento que busquen incentivar el ingreso al mercado de la prensa escrita de nuevas empresas y de voces que representan a las minorías. Debe tenerse muy en cuenta sobre el particular que, como ya se establecía hace varios años en el Informe MacBride, las políticas nacionales de comunicación no implican necesariamente una planeación rígida o centralizada. Por el contrario, pueden ser simplemente un marco flexible para la coordinación de las actividades. De esta manera, “[l]o que deben considerar es la asignación de los recursos públicos, las decisiones referentes a la estructura global de las actividades de comunicación, la eliminación de los desequilibrios internos y externos, y una definición de las prioridades, las que variarán naturalmente de un país a otro.”⁷²

⁷⁰ Baker, Edwin. Op. Cit. p. 16.

⁷¹ “Entre los métodos más usados por las compañías de medios para soslayar los topes impuestos por la legislación figura registrar sus compañías en paraísos fiscales que protegen el secreto de sus propietarios y recurrir a sofisticadas estructuras de propiedad que abarcan diferentes niveles y complican las investigaciones que llevan adelante los reguladores (cuando lo hacen) para encontrar el verdadero dueño de cierta compañía. Uno de los ejemplos más notorios de concentración de la propiedad de medios es, nuevamente, Italia, donde el grupo de comunicación Mediaset de Berlusconi es propietario de los tres canales más importantes en el país, que son Canale 5, Italia Uno y Rete4, que juntos reúnen más del 40 % de la audiencia en todo el país y casi la mitad del gasto total en publicidad televisiva en el mercado italiano (CMI, 2006, págs. 231, 237) “Otra falencia sería del sector de la televisión comercial es la falta de transparencia de los propietarios de las estaciones. A través de estructuras de propiedad sofisticada y bizantina, las compañías que operan la televisión comercial ocultan sus huellas registrando sus canales de difusión en países offshore países donde se les garantiza la confidencialidad de la propiedad como pueden ser Chipre o Suiza. Al esconder los verdaderos propietarios, las compañías de medios aspiran, por un lado, a esconder posibles conflictos de intereses de la opinión pública y sus interferencias con los programas de las estaciones y, por el otro, a evitar las disposiciones sobre concentración de medios. En otras palabras, los reguladores no pueden aplicar en los hechos la ley contra la formación de posiciones dominantes o las reglas contra la concentración de la propiedad si no conocen los verdaderos dueños de las estaciones de TV que operan en el mercado. En Bulgaria, por ejemplo, el mercado de radiodifusión se caracteriza por la falta de transparencia en cuanto a propiedad, capital y financiamiento de los medios. Los verdaderos dueños de las compañías de comunicación se esconden detrás de acciones ordinarias de corporaciones offshore (Popova, 2004, pág. 98). bTV el primer canal privado de difusión nacional, fue licenciado en 2000 y recién en 2001 quedó registrado como una compañía ciento por ciento en poder de la News Corp. de Rupert Murdoch. Desde sus primeros días en el mercado hubo especulaciones que indicaban que la dirección del canal tenía estrechos contactos con Krassimir Gergov, un empresario del sector de la publicidad, que fuera presentado oficialmente por un ejecutivo del canal como consultor de bTV. El canal sigue siendo la principal emisora televisiva del país con un índice de audiencia promedio de casi 38 %, además de concentrar un 50 % del total del gasto en publicidad televisiva.” DRAGOMIR, Marius. “Concentración de medios en Europa. El juego de los Goliats”. En: Revista Diálogo Político No. 3/2007, editada por la Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2007, p. 73 y ss.

⁷² Informe Mac Bride. Op. Cit. p. 171.

Muchos de los países desarrollados que cuentan con un sistema robusto de limitación de concentración de la propiedad en los medios de comunicación, también acompañan estas medidas con auténticas medidas de fomento propias del Derecho Administrativo. De este modo, en muchos casos, el aporte por parte del Estado se puede traducir en beneficios impositivos, apoyo a la compra de equipamiento, capacitación de recursos humanos, etc. Evidentemente, incluso la adopción de estas medidas debe estar sometida a un proceso de juridificación y respetar los principios propios de toda actividad de fomento, entre ellos, la proporcionalidad y la igualdad, a fin de no ser subvertidos en verdaderos peligros para la gestión de los medios de comunicación⁷³.

Consideramos que, en consecuencia, el énfasis en la construcción del modelo peruano de regulación de los medios de comunicación debe considerar como premisas fundamentales la facultad de establecer limitaciones por parte del Estado para garantizar una estructura dispersa del mercado, la proporcionalidad que debe acompañar a los límites que el Estado imponga y la creación de medidas de fomento para promover el pluralismo informativo y la diversificación de agentes en el mercado. Finalmente, no puede perderse de vista, en ningún caso, que la intervención del Estado siempre deberá ser limitada y subsidiaria, lo que de ninguna manera significa que este se encuentre prohibido de intervenir.

7. Reflexiones finales

Desde nuestra perspectiva, coincidimos con quienes señalan que los medios de comunicación requieren algún tipo de acción estatal, más aún cuando en estos se encuentra en juego el ejercicio de derechos fundamentales tan relevantes para la consolidación de los sistemas democráticos. En esa medida, lejos de favorecer una intervención desproporcionada o de regulación de contenidos como lo hacen creer quienes adolecen de la paranoia libertaria⁷⁴, estimamos conveniente completar el marco de regulación de la limitación de la propiedad en los medios de comunicación y no descartarlo, acompañándolo de medidas de fomento que incentiven y favorezcan la participación de diversos grupos en el mercado de comunicaciones.

No puede perderse de vista que la idea final es, evidentemente, armonizar las consideraciones comerciales con las grandes metas sociales, culturales y democráticas que se derivan de los procesos informativos. Esto es, favorecer la libertad de empresa pero también la libertad de expresión, de información y el fortalecimiento de los soportes democráticos, algo que ya se planteaba desde el Informe MacBride⁷⁵ y que hasta ahora sigue siendo un reto.

⁷³ Se afirma que: "Un enfoque radicalmente diferente es que el Estado debe ser el guardián del pluralismo subsidiando a los grupos financieramente débiles pero representativos –aunque critiquen a la autoridad establecida–, a fin de liberarlos de la dominación de los intereses financieros. Esta política no carece de problemas, algunos de los cuales son técnicos (por ejemplo, la asignación de un número limitado de longitudes de onda). Resulta difícil obligar incluso al Estado más liberal a subsidiar una publicación racista en nombre del pluralismo. Tampoco debiera impedirse a un Estado democráticamente organizado que explicara sus políticas y acciones, aunque deba hacerlo en el marco de las regulaciones nacionales." Informe MacBride, Op. Cit. p. 45.

⁷⁴ Término utilizado por el profesor norteamericano Cass Sunstein para referirse a los miedos que caracterizan a quienes temen a cualquier clase de intervención estatal. Al respecto, puede verse: <http://www.bloombergvview.com/articles/2014-01-30/how-to-spot-a-paranoid-libertarian>

⁷⁵ "Varios interrogantes se han planteado con agudeza. ¿Cómo podrán armonizarse las consideraciones comerciales con las grandes metas sociales y culturales? ¿Cómo podrán amortiguarse los efectos negativos? Las respuestas se encontrarán cuando se revisen las condiciones particulares de cada sociedad. El interés de los auditores, los comunicadores responsables y los artistas imaginativos por igual, deben buscarse algunos mecanismos para evitar el comercialismo excesivo en la comunicación." Informe MacBride. Op. Cit. p. 134.