

Mercado de ideas y pluralismo informativo: apuntes sobre la inconstitucionalidad de la concentración de medios de comunicación

Oscar Andrés Pazo Pineda¹

El artículo 59° de la Constitución establece que “[e]l Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas (...).” Del mismo modo, de conformidad con el artículo 61° del texto constitucional, “[l]a 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” [resaltado agregado].

Estas disposiciones constitucionales regulan el ejercicio de la libertad de empresa a través de los medios de comunicación social. Así, mediante el ejercicio de este derecho, en lo que concierne a los medios de comunicación social, toda persona posee la libertad de fundar diversos medios, ya sean televisivos, radiales, de prensa escrita, o de cualquier otra índole. Dicha libertad implica, además, que puedan elegir su organización interna, fijar sus propios objetivos institucionales, determinar la programación que estime adecuada, entre otros aspectos. En tercer lugar, consagra la libre competencia, entendida como la libertad de acceso y participación en el mercado para, finalmente, garantizar la libertad de cesar sus actividades cuando lo estime más oportuno².

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que este derecho “no garantiza en grado suficiente el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión, dada la tendencia al monopolio de los medios informativos y el ámbito nacional de las emisiones que la Ley regula”³. En este estado de cosas, el mandato constitucional quedaría incumplido si se dejara el ejercicio de este derecho al libre juego de las fuerzas del mercado sin la imposición de límites que adviertan criterios de preocupación distintos. Y es que no puede equipararse, en el marco de una democracia, a las ideas con simples “mercancías” que puedan libre y abruptamente ser materia de comercialización. En efecto, los problemas generados por la concentración de medios de comunicación no deben ser abordados, en consecuencia, desde la óptica del mercado de bienes y servicios. El flujo de ideas no puede medirse en función de la creación indiscriminada de medios de comunicación social, sino en virtud del contenido *diverso* que las mismas expongan. Sólo así se podrá conseguir el ideal de consolidar una opinión pública que, en tanto madura e informada, pueda ejercer una fiscalización responsable al ejercicio del poder público. Y ello sólo es posible de alcanzar cuando existen debates y

¹ Profesor de los Cursos de Teoría del Estado y Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres. Cuenta con cursos de especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la American University – Washington College of Law de los Estados Unidos. También ha efectuado una estancia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José, Costa Rica.

² Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00017-2004-AI, F.J 7.

³ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 127/1994, F.J 6.

discrepancias, pues una versión unilateral de lo que ocurre en política, aunque se presente en diversos medios de comunicación, no puede contribuir a tal fortalecimiento. Poco importa, en este ámbito, que tal concentración del mercado informativo recaiga en manos del sector público o privado, toda vez que el propósito del derecho a libertad de expresión e información es el preservar un mercado de ideas sin trabas, en el cual la verdad prevalecerá finalmente en tanto puedan ser libremente confrontadas todas las posturas en lugar de tolerar el monopolio o la exclusividad de este mercado. Incluso el Tribunal ya ha advertido, respecto de este punto, que para “que una democracia funcione en un país se requiere de unos medios, no sólo con una cobertura mayor, sino también que su objetivo esté mejor dirigido, para así superar la consecución de una opinión pública libre y consciente”⁴.

En el caso concreto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este organismo ha tenido la oportunidad de mencionar que una situación “en la que se permite que un poderoso grupo económico o político en una sociedad pueda obtener una *posición de dominio* sobre los medios de comunicación audiovisuales y, por tanto, pueda ejercer presión sobre los organismos de radiodifusión para, finalmente, limitar así su libertad editorial, socava el papel fundamental de la libertad de expresión en una sociedad democrática”⁵. En un contexto como el expuesto, sería lo mismo ser propietario de un medio de comunicación que de mil, pues la perspectiva enunciada sería, en lo sustancial, idéntica en el contenido y ajena a cualquier respeto de las instituciones democráticas, principalmente de la participación ciudadana en el manejo de la cosa pública. Como ha sostenido el Premio Nobel de Economía Ronald H. Coase, “la opinión pública está más interesada en la lucha entre verdad y falsedad que en la verdad misma”⁶. Por ello, podemos afirmar que es la confrontación de posturas la que permite la mejor elección en torno a asuntos de interés público, pues permite conocer posturas que, siendo igualmente legítimas por su origen, contribuyen a identificar insuficiencias o aspectos no comprendidos por una toma de posición inicial.

En virtud de lo expuesto, es incuestionable que el fenómeno de la concentración, que se ha agudizado en los últimos años, abarca problemáticas más complejas que el atentado contra la libre competencia dentro de un mercado determinado. Este fenómeno genera, del mismo modo, serios perjuicios como la conducción a la uniformidad de contenidos⁷, a la concentración, a su vez, del contenido político de la información. La concentración de medios de comunicación es, en tal sentido, un atentado contra la democracia y la posibilidad de todos los sectores de ejercer el derecho a la libertad de opinión y expresión⁸.

⁴ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00013-2007-PI/TC, F.J 7.

⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Manole y otros vs. Moldavia*. Sentencia de 17 de septiembre de 2009, párr. 98.

⁶ Coase, Ronald H. El Mercado de los bienes y el mercado de las ideas. Revista de Estudios Públicos. Santiago de Chile, Nº 45, Año 1992, pág. 145

⁷ Cfr. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2009). OEA/Ser.L/V/II de 30 de diciembre de 2009, párr. 117

⁸ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. Frank La Rue. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/HRC/14/2320 de 09 de abril de 2010, párr. 69

De similar opinión es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual consagra en el Principio 12 de su Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, que

“[l]os 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. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”.

En efecto, la concentración de los medios de comunicación conspira contra el sistema democrático al no permitir el libre flujo de ideas, componente esencial para la adecuada formación de una opinión pública responsable y pendiente del manejo de la cosa pública. Sin embargo, una situación particularmente grave se está desarrollando en el contexto de la que debiera ser la *sociedad de la información*, la cual ha motivado, por cierto, la intervención del legislador en el derecho comparado a fin de evitar que este nuevo fenómeno impere en el mercado informativo. Se trata de la *propiedad cruzada* de los medios de comunicación, esto es, de la titularidad de *diversos* medios bajo una misma propiedad en un mismo mercado geográfico. Tal situación se presenta, por ejemplo, cuando una misma persona natural o jurídica posee la titularidad de empresas dedicadas a la radio, la televisión, o la emisión de periódicos. Ya no nos encontramos, así, frente a un propietario de *varios* medios de comunicación dedicados a abastecer a un particular mercado, sino frente a la titularidad de *diversos* medios comunicativos y, con ello, de la producción de la información en un mercado determinado. Este fenómeno ya había sido advertido desde 1975, año en el que la Federal Communications Commission (FCC) de los Estados Unidos de Norteamérica prohibió que una sola entidad fuera dueña de un periódico con ediciones diarias y de una estación de radio o televisión que operara en un mismo mercado local.

Desde entonces, el legislador comparado ha tenido que intervenir a fin de garantizar la pluralidad dentro del mercado informativo, regulando la propiedad de los medios de comunicación a fin de evadir su indebida concentración. Esta preocupación se ha visto reflejada en la Declaración conjunta sobre diversidad en la radiodifusión (2007), en la que se afirmó que “[e]n reconocimiento de la particular importancia que la diversidad de los medios de comunicación tiene para la democracia, para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben adoptar medidas especiales [...]”⁹. La adopción de tales medidas exige del Estado un rol fundamental en el establecimiento de restricciones a la propiedad de medios de comunicación, los cuales, de no ser establecidos, pueden generar perjuicios irreparables en el libre flujo dentro mercado de las ideas. Estas restricciones, a fin de ser compatibles con la Constitución, deben promover el pluralismo informativo, el cual no

⁹ Declaración conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007, Relator especial de la Naciones Unidas sobre la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización de la Seguridad y la Cooperación Europea sobre la Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator especial de la Organización de Estados Americanos sobre la Libertad de Expresión, y el Relator especial sobre la Libertad de Expresión y de Acceso a la Información de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

puede conseguirse basándose únicamente en un sistema diseñado para la libre competencia económica.

Por ello, los criterios para limitar la propiedad de los medios de comunicación social no deben obedecer solamente a las reglas que establece el derecho de la competencia y, en particular, las normas sobre fusiones¹⁰, sino fundamentalmente a la observancia de criterios democráticos de asignación que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a éstos¹¹. Este aspecto económico, si bien fundamental a fin de determinar la existencia de monopolios u oligopolios, no puede ser el único aspecto a tomar en cuenta para garantizar el libre flujo de información. Se requiere, en tal sentido, evadir cualquier estandarización del pensamiento que se materialice en una única corriente de opinión, concepto palmariamente contrario al debate pleno y abierto de las ideas en una sociedad democrática. En todo caso, conviene recordar que, si bien en algunos supuestos las prácticas monopólicas pueden resultar favorables a los “consumidores” (esto es, el público al cual se dirigen ambos medios de comunicación social), lo cierto es que, dada la naturaleza e importancia misma de la información, cualquier acaparamiento de la misma puede ser considerada, sin más, como una conducta contraria al derecho de la sociedad a estar correctamente informada, por cuanto esta “concentración” de los datos no genera sino el adoctrinamiento del público al cual es dirigida. En efecto, si bien la economía ha reconocido la importancia de los denominados “monopolios naturales”, esto es, situaciones en las que la existencia de más de una empresa resultaría perjudicial a los consumidores, tal instituto no tiene cabida alguna en el marco de la sociedad de la información, la cual demanda una opinión pública que cuente con diversas opciones o alternativas informativas mediante las cuales pueda formarse un criterio respecto de diversos asuntos y, particularmente, los de carácter público.

Y es que si bien en algunos casos las prácticas de competencia empleadas en el mercado pueden tener por propósito ofrecer un producto de calidad -lo que redundaría evidentemente en beneficio de los consumidores- ello no ocurre, ni podría hacerlo, en el caso del *mercado de las ideas*. En el caso de los monopolios, el debate no ha girado en torno a su absoluta prohibición. Resulta sintomático, al respecto, que la Constitución de 1993 no haya hecho referencia a la prohibición de la existencia de monopolios. Lo que ha sido materia de prohibición son, a tenor del artículo 61, las “prácticas monopólicas” o los denominados “monopolios legales”, recogidos bajo la fórmula que “[n]inguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”. Esta situación difiere claramente de lo establecido en el artículo 133 de la Constitución de 1979, el cual sí establecía expresamente dicha prohibición. El propósito de esta disposición es, precisamente, reconocer que actualmente existen monopolios que, lejos de perjudicar al consumidor, lo benefician. No obstante, extrapolar esta institución al contexto de los medios de comunicación, en el que por su propia naturaleza se requiere la pluralidad y la diversidad, ocasionaría un perjuicio serio para la sociedad, la cual en nada se beneficiaría con tal

¹⁰ Comisión Green Paper. *Pluralism and Media Concentration in the Internal Market. An assesment of the need of Community action* (1993) COM 94 (353), pág. 19

¹¹ Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2010). OEA/Ser.L/V/II. 7 de marzo de 2011, párr. 93.

concentración del flujo informativo. Con mayor razón aun se puede enfatizar que tal prohibición se extiende al abuso de la posición de dominio.

Así, el pluralismo informativo, contrario a cualquier idea de concentración de medios de comunicación social, encuentra una justificación que va más allá de lo económico y se inserta en el debate respecto al adecuado funcionamiento del sistema democrático, el cual requiere de un proceso continuo de información y de formación de la opinión pública, lo que es necesario para evaluar la equidad de la balanza entre los distintos intereses, y lo cual permite, a su vez, conocer la información más completa posible para los ciudadanos a fin de que puedan formar su conciencia política¹². El pluralismo, evidentemente, se “manifiesta con la posibilidad concreta para todos los ciudadanos de escoger entre un multiplicidad de fuente informativas, elección que no sería realista si el público destinatario de la comunicación audiovisual no estuviera en condiciones de acceder a programas que garantizan la expresión de tendencias heterogéneas, tanto en el sector público como en el privado¹³. Si no se garantizaría la diversidad de la información, la uniformidad del pensamiento reinaría y las discrepancias sencillamente desaparecerían.

Por ello es que esta diversidad de los contenidos informativos, que promueve el proceso democrático al permitir una mayor participación de los diversos sectores sociales en los asuntos públicos, debe ser concebida desde una triple vertiente, a saber, a) *diversidad de los medios de difusión*, que importa la creación de un entorno propicio para la creación y difusión de medios; b) *diversidad de fuentes*, especialmente sacando partido de todas las ventajas de las plataformas digitales, y la c) *diversidad de contenido*, a fin que las diferentes comunidades y grupos vulnerables tengan acceso a los órganos y encuentren la forma de difundir efectivamente su voz¹⁴. En consecuencia, podemos afirmar que sin pluralidad de fuentes y contenidos informativos no existe ni el pluralismo informativo ni una adecuada democracia en el sentido de la Constitución.

De esta manera, la protección del pluralismo informativo demanda del Estado, curiosamente, lejos de un rol abstencionista, un papel mucho más activo a fin de promover el debate público. Esto suele ocurrir, tal y como lo reflejara Owen Fiss, “cuando poderes de carácter no estatal ahogan la restricción de opiniones”¹⁵. En efecto, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica “medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Es en ese contexto donde la acción estatal deviene en necesaria a fin de proteger el pluralismo informativo y, consecuentemente, el derecho a la libertad de expresión. Así, tal y como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

¹² Corte Constitucional de Italia. Sentencia 155/2002, fundamento jurídico 2.

¹³ Corte Constitucional de Italia. Sentencia 155/2002, fundamento jurídico 2.

¹⁴ Cfr. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. Ambeyi Ligabo. Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/HRC/7/14 de 28 de febrero de 2008, párr. 25

¹⁵ Owen M. Fiss. *La Ironía de la libertad de expresión*. Editorial Gedisa. Barcelona, España (1999), pág. 14.

la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica "medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones" [Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 56].

De esta manera, la promoción del pluralismo informativo conlleva a que el Estado introduzca, en el ámbito del sector público, operadores encargados de realizar una programación de calidad que pueda satisfacer, sobretudo, las demandas de los grupos minoritarios. Esta labor exige, del mismo modo, la difusión de educación y cultura a la generalidad de la población. Así, tal y como ordena el artículo 14° de la Constitución, los medios de comunicación social “deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural”. Ello supone, en términos que el Tribunal ha empleado, que a las empresas radiodifusoras “se les debe exigir una no regresividad, razón por la cual en caso de que haya mejorado el nivel de su programación no pueden retornar a los paradigmas netamente comerciales, sino que siempre deben propender a educar y reforzar los valores éticos de la sociedad peruana”¹⁶ [STC].

¹⁶ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00013-2007-PI/TC, F.J 19.