

Thury Cornejo, Valentín

Una nueva agenda para la libertad de expresión, o de la necesidad de expandir su tratamiento constitucional

Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 1, 2013

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Thury Cornejo, V. (2013). Una nueva agenda para la libertad de expresión, o de la necesidad de expandir su tratamiento constitucional [en línea], *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 1. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/nueva-agenda-libertad-expresion.pdf> [Fecha de consulta:.....]

FE DE ERRATAS. El autor del artículo “Una nueva agenda para la libertad de expresión”, Valentín Thury Cornejo, es **Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Carlos III de Madrid**, siendo equivocada la referencia biográfica de la nota 2 –página 11- donde se menciona que es “Doctorando en Ciencias Jurídicas por la misma Universidad” (en referencia a la UCA).

Asimismo, se incorporó por error la nota 1 -página 11- que referencia a este artículo como una ponencia anterior presentada en las VI Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Esta información pertenece a otro escrito y no guarda ninguna relación con el contenido del artículo.

UNA NUEVA AGENDA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, O DE LA NECESIDAD DE EXPANDIR SU TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL¹

VALENTÍN THURY CORNEJO²

*“Conducimos hacia el futuro usando
solamente nuestro espejo retrovisor”.*
(Marshall McLuhan)

El 29 de noviembre de 2012, el Lord Justice Brian Leveson presentó al Gobierno británico su informe de 1987 páginas sobre la “Cultura, prácticas y ética de la prensa”³. Este reporte fue el resultado de un año y cuatro meses de labor de la comisión presidida por el juez, convocada para analizar la situación de la prensa y proponer reformas en su regulación a raíz del escándalo desatado debido al descubrimiento de la red de escuchas ilegales organizada por el periódico *News of*

1. Este breve artículo consiste –más allá de algunos retoques– en la comunicación leída en las VI Jornadas Internacionales de Derecho Natural, “Ley Natural y Consenso”, organizadas por la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” y la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la sede de la primera, durante octubre de 2010. Agradezco los comentarios de Luciano Laise a una versión previa de este trabajo.

2. Abogado, Diploma de Honor-Derecho UCA. Doctorando en Ciencias Jurídicas por la misma Universidad. Investigador CONICET, Profesor de Posgrado en la U.C.A., Universidad Austral y Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

3. Consultar en <http://www.levesoninquiry.org.uk/>.

the World. El organismo regulador de la prensa británica es la *Press Complaints Commission*, cuya característica principal es la de estar integrada mayoritariamente por miembros de la industria de medios. La razón de ser de su diseño institucional está en el entendimiento de que para que la libertad de expresión esté adecuadamente protegida no debe existir una regulación estatal, sino que deben ser los propios actores los que deben autorregularse. Así, esa Comisión era la encargada de atender los reclamos de los lectores y presuntos damnificados por la actividad de la prensa y ejercer como guardián de su actividad. En su informe, el Juez Leveson viene a declarar el fracaso de ese sistema y a proponer, en su lugar, un papel más relevante para el Estado y una regulación más estricta de la actividad de la prensa. La primera reacción del Primer Ministro David Cameron fue considerar que la propuesta de legislación en cabeza del Parlamento afectaría la libertad de prensa y abogó entonces por el mejoramiento del sistema, dentro de los parámetros vigentes. En los momentos en que escribimos estas líneas⁴, la discusión se encuentra en pleno desarrollo y ello es expresivo del motivo que nos impulsa a esta reflexión.

Cuando hablamos de libertad de expresión, todos pareciéramos tener claro a qué nos referimos. Existe un sentido común que nos habla del rol de ese derecho como esencial para la vida democrática, así como de la función de los medios de comunicación como articuladores necesarios de la información y opiniones con las que nutrimos nuestros debates públicos. La libertad de expresión es una garantía frente al poder del Estado, que es necesario proteger para así proteger nuestros derechos más esenciales. Sucede, sin embargo, que los medios de comunicación han adquirido también, a lo largo de las últimas dos centurias, un estatus de verdadero poder, con capacidad de influir en la esfera política, económica y social así como de afectar derechos individuales tan esenciales como el de la privacidad. Esta evolución supone un desafío trascendental para la teoría constitucional en la medida en que obliga a armonizar distintos valores protegidos por el ordenamiento, muchas veces en una tensión de difícil equilibrio. El debate actual en Gran Bretaña ejemplifica esta situación y nos invita a una

4. Mediados de diciembre de 2012.

reflexión sobre el entendimiento que, desde el derecho constitucional, tenemos sobre la libertad de expresión. En este sentido, lo que les proponemos en las páginas que siguen es, simplemente, la discusión de las bases para una agenda teórica que investigue el significado actual del derecho a la libertad de expresión en la sociedad contemporánea. Su necesidad y relevancia está dada por la emergencia de una realidad mediática que por ello requiere de nuevos métodos para comprenderla y de una más profunda interpretación de los textos constitucionales para regularla.

I. LAS DIMENSIONES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Uno de los puntos de partida de la interpretación constitucional es que estamos ante una “Constitución viva”, ello es, un instrumento de normación de la vida social que debe ser actualizado en el momento de su aplicación, so pena de no ser fiel a su significado más profundo. Esto se dice pronto pero realizarlo verdaderamente tiene múltiples niveles de complejidad. Queremos referirnos aquí a uno de ellos, el de los contenidos implícitos que advienen con la consagración normativa de algunos derechos y/o instituciones y que, inadvertidamente, condicionan la capacidad de transformación que el texto de la Constitución debe tener para ser efectivamente “algo vivo”. Nuestro objeto de estudio, la libertad de expresión, es paradigmática expresión de esta situación. Receptado ese derecho por las primeras expresiones constitucionales, se encuentra vigente –con algunas reformulaciones textuales– en la totalidad de los instrumentos actuales. Su significado, sin embargo, se halla atado a un contexto político, social y económico que se ha transformado pero que, sin embargo, sigue informando su aplicación cotidiana y nutriendo los debates sobre su regulación constitucional. Nuestra propuesta, en este sentido, será identificar una serie de dimensiones que componen el derecho a la libertad de expresión, analizar su evolución y proponer una agenda que permita dar cuenta adecuada, desde el derecho constitucional, de los desafíos que hoy se plantean.

La primera dimensión refiere al contexto político-social en que el derecho es concebido y se articula en la pregunta: ¿con qué paradigma

interpretamos la libertad de expresión? La división entre Estado y sociedad que estructuraba el régimen liberal daba a los derechos la función de escudos que los individuos tenían para detener el poder de un Estado que siempre buscaba sobrepasar sus propias dimensiones. Este marco cognitivo perdura en la visión de un periodismo que se enfrenta con el poder y lo controla, asumiendo la función de guardianes de lo público (*public watchdogs*). Splichal remarca cómo esta visión reconoce su origen en teorizaciones como la de Bentham, que pregonaba la idea de una “esfera pública como una desconfiada vigilancia”⁵. Como desarrollaremos luego, el problema de esta visión es su conceptualización del poder. Éste se concentra en el Estado, a quien debe limitarse y el periodismo cumple funciones esenciales a este respecto: la esfera de la sociedad civil, adonde los medios pertenecen, aparece como un ámbito a-problemático, desnudo de luchas de poder internas. El quiebre de este paradigma en la realidad práctica supone un desafío para el constitucionalismo, que debería reconocer que la efectiva vigencia de la libertad de expresión no depende solamente de los límites que se le impongan al poder público sino de una regulación constitucional de una serie de actores y variables que también son detentadores de poder. La habitual falta de tratamiento constitucional de los medios de comunicación como un factor de poder es suficientemente expresiva, a nuestro entender, de la limitación del paradigma clásico –aún vigente– para interpretar la libertad de expresión.

La segunda dimensión hace foco en el concepto mismo de derecho constitucional y parte de la pregunta: ¿qué significa la regulación constitucional de un derecho como la libertad de expresión? Esta inquisición apunta a dos elementos fundamentales para el análisis: la extensión y profundidad de esa regulación y los elementos metodológicos y las disciplinas que deben intervenir para realizarlo. Respecto del primero, entendemos que la formulación del derecho a la libertad de expresión en el marco de un sistema de derechos de tipo negativo –o de no intervención– ha conspirado contra el desarrollo constitucional de los distintos aspectos que lo implican. Dicho de otro modo:

5. Cf. SPLICHAL, Slavko, *Principles of publicity and press freedom*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield Publishers, 2002.

en el momento de su consagración normativa, el derecho se formula como un ámbito de acción que queda resguardado de la acción interventora del Estado (v. gr.: prohibición de censura previa). Esa formulación se mantiene, *mutatis mutandi*, en la actualidad y los desarrollos normativos de otros aspectos relacionados con la libertad de expresión se consideran fuera de la regulación constitucional o sin normas directrices concretas que emanen de esta (v. gr.: conformación del sistema de medios). Ello hace que las necesidades intervencionistas del Estado se produzcan al modo de una acumulación de capas tectónicas, que se añaden a la formulación constitucional primigenia pero que no son integradas en la misma pues se considera una materia “no-constitucional”. De este modo, se tiende a la superposición y no a la síntesis, fomentando la fragmentación y la confrontación implícitas⁶.

El otro elemento para destacar respecto del derecho constitucional es el método por emplear, especialmente en lo que hace a la interdisciplinariedad de los enfoques. Tradicionalmente, la perspectiva con la que se trata la libertad de expresión parte de una fórmula consagrada normativamente que hay que aplicar en la realidad práctica, a través de una metodología jurídica. No entran en estas consideraciones las disciplinas que estudian concretamente el desarrollo y los efectos de los instrumentos que se utilizan para su ejercicio, así como las transformaciones económicas y sociales que ellos producen. Este tratamiento, propio de una ciencia del derecho autónoma⁷, cristaliza el contenido de la libertad de expresión en el momento en que ésta fue consagrada constitucionalmente. El derecho se autonomiza así de su contexto concreto, deja

6. La confrontación de modelos que se produce cuando se adicionan normas que proceden de un contexto diferente (v. gr.: cuando se mantiene la formulación original del derecho a la libertad de expresión y se le agregan luego aspectos o formulaciones diversas, sin adaptar expresamente la primera) genera presiones isomórficas (cf. LANZALACO, Luca, “Dimensione giuridico-formale e analisis delle istituzioni: problemi, concetti e ipotesi”, *Teoria politica*, N° XIV, 1, 1998, pág. 123). Ello genera, como veremos a lo largo del presente, una lucha interpretativa entre las perspectivas que derivan de esas dos visiones insertas en el texto constitucional. En lugar de la síntesis, la dinámica política del proceso interpretativo lleva al intento de sobreponer una postura sobre la otra.

7. Cf. POSNER, Richard, “The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987”, *Harvard Law Review*, Vol. 100, No. 4, 1987, págs. 761-780.

de dialogar con la realidad y su contenido pasa a formar parte de un estatus que no admite revisión. Todo lo contrario de lo que requiere un derecho constitucional en diálogo con la realidad y sus problemas, a los que debe brindar soluciones⁸. De este modo, la disciplina se abroquelaba detrás de una visión que no regula en su totalidad la extensión de la materia, manteniéndose impertérrito a costa de perder normatividad real⁹. La perspectiva que proponemos sugiere recuperar los valores presentes en el derecho originalmente concebido para contextualizarlos en un entramado de relaciones que, sin negar su esencia, nos haga detectar nuevas dimensiones necesarias para su vigencia efectiva.

Una tercera dimensión está constituida por la función que desempeña la libertad de expresión. Tradicionalmente, y esa es la opinión preponderante hoy en día en el ámbito estadounidense, la libertad de expresión es un derecho que se relaciona con la necesidad de que exista un robusto debate público que contribuya a conformar una sociedad democrática. Es decir, la libertad de expresión cumple una función esencialmente política, como un instrumento para el autogobierno¹⁰. Esta concepción se relaciona directamente con las afirmaciones de que ese derecho se ejerce, esencialmente, frente al poder del Estado y, más ampliamente, de lo público. Alternativamente, otra visión es posible y relaciona el derecho a la libertad de expresión con la formación de la identidad personal y el ejercicio de la autonomía individual, emparentándolo así con los derechos de tipo cultural. El fundamento no es aquí tanto la creación de las condiciones para un sistema de autogobierno como para la formación de la persona individual. Esta visión

8. Sobre el concepto de derecho “responsivo”, en diálogo con la realidad social, como una etapa posterior al derecho autónomo, cf. NONET, Philippe & SELZNICK, Philip, *Law & society in transition: toward responsive law*, New York, Octagon Books, 2001, 2ª ed.

9. Entendemos por “normatividad”, en este contexto, la capacidad del derecho para dirigir, de forma efectiva, la realidad social. Tratamos con mayor profundidad estas cuestiones en THURY CORNEJO, Valentín, *Sistema político y aprendizaje constitucional. A 10 años de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales-UCA, 2005, Capítulo 1.

10. Cf. KROTOSZYNSKI, Ronald J. Jr., *The first amendment in cross-cultural perspective. A comparative legal analysis of the freedom of speech*, New York & London, New York University Press, 2006, pág. 11 y sigs.

se halla presente en formulaciones como la de John Stuart Mill¹¹, pero encuentra una importante concreción en las normas constitucionales y en los tratados internacionales que consagran los derechos culturales. Estos vienen a complementar y a ampliar el reducido ámbito al que quedó conminada la libertad de expresión en su noción tradicional. Como intentaremos exponer en el cuerpo del artículo, esta expansión es una parte inescindible del contenido del derecho.

Si la libertad de expresión, además de asumir una naturaleza política, adopta también una cultural, una cuarta dimensión del problema se relaciona con los sujetos en cuya cabeza se encuentra ese derecho. La visión liberal, basada en un sistema eleccionario de tipo censitario, limitaba ese derecho a los ciudadanos que consideraba plenamente tales y que podían así participar de la vida pública¹². La universalización de la participación democrática plantea un desafío importante a esa concepción, en la medida en que la denominada “masificación” de la vida política generará la necesidad de mecanismos que oficien de intermediarios entre el pueblo votante y la esfera política. Así, los partidos políticos y la prensa asumirán esa función¹³. De ese modo, serán ellos los que resulten especialmente protegidos en su actividad por la libertad de expresión, en la medida en que canalizan la información a los ciudadanos. Sin embargo, mientras que los medios adoptan formas empresarias y comercializan sus funciones, al tiempo que adquieren el estatus de actores sociales autónomos debido a sus crecientes poderes para generar representaciones colectivas de la realidad social, esa conexión con los ciudadanos se hace problemática. Los medios comienzan a tener in-

11. Ver BERLIN, Isaiah, “John Stuart Mill y los fines de la vida”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1996.

12. ROMANELLI, Raffaele, “Sistemas electorales y estructuras sociales. El siglo XIX europeo”, en *Democracia, elecciones y modernización en Europa. Siglos XIX y XX*, Salvador Forner (coordinador), Madrid, Cátedra, 1997, pág. 31 y sigs.

13. Es el paralelismo entre esas funciones lo que ha generado, en muchos sistemas, un sistema altamente vinculado entre partidos políticos y prensa donde los periódicos son financiados por los partidos y asumen una posición claramente orgánica. Cf., en este sentido: C. Seymour-Ure califica esos sistemas como de “media-parallelism”, siendo su modelo reflatado recientemente por D. C. HALLIN & P. MANCINI, *Comparing media systems: three models of media and politics*, Cambridge, England, Cambridge University Press, 2004.

tereses propios, no necesariamente asimilables a los de la ciudadanía a la que supuestamente responden. A ello se suma la conciencia de la importancia de la información como un bien del que deben disponer los habitantes, como una dimensión ineludible de la libertad de expresión de la que da cuenta la normativa internacional¹⁴. Esta comienza a conceptualizarse como un derecho expandido a toda la población, cuyo sujeto deudor no es solamente la autoridad pública y que requiere medidas de carácter negativo junto a algunas de carácter positivo –v. gr.: tendientes a la recepción de información por parte de los ciudadanos.

La quinta dimensión del problema se relaciona directamente con el aspecto social de la libertad de expresión, ello es, con su conceptualización como un derecho que requiere una actividad concreta del Estado para la conformación de un sistema, un conjunto de condiciones en el que el bien público de la información pueda efectivizarse y ser disfrutado por la población. Si la libertad de expresión implica, por un lado, la abstención estatal, por otro lado supone la conformación de una estructura que provea los bienes garantizados por la normativa constitucional. Ello trae al primer plano constitucional los asuntos regulatorios referentes a la conformación del sistema de medios, la existencia de medios públicos y de subsidios estatales, entre otras cuestiones. Los textos constitucionales suelen, por muchas de las razones que venimos exponiendo, responder con el silencio a estos temas, dejando las funciones del Estado (abstenerse, subsidiar, prestar por sí mismo) largamente indefinidas. Desde el punto de vista metodológico, ello supone dar cuenta de la evolución que el derecho ha sufrido en el último siglo por el cual deja de ser una construcción estática, declarativa de un orden perenne y se transforma en un instrumento de dirección política, a través del cual va a tratar de dar respuesta a los problemas que afectan a la sociedad contemporánea¹⁵. Por ello, el derecho ya no va a tener la capacidad de ejercer regulaciones autónomas

14. Cf. CENDEJAS JÁUREGUI, Mariana, "Historical evolution of the right to information", *Comparative Media Law Journal*, N° 10, 2007, págs. 35-61.

15. Cf. NONET & SELZNICK, ob. cit. en nota 8.

y va a requerir del auxilio de disciplinas que dirijan la vida social¹⁶. Se requiere así de una constitucionalización de la política de medios (*media policy*) en un doble sentido: por un lado, los principios constitucionales deben regir efectivamente esa política, mostrando los valores constitucionales que subyacen a las decisiones regulatorias; por otro lado, estas políticas deben adquirir estatus constitucional y pasar a formar parte integrante del canon que constituye ese objeto.

Las cinco dimensiones que trataremos en las páginas que siguen confluyen, justamente, en el tema con el que iniciamos esta reflexión: la regulación de la actividad periodística. ¿Cómo ejercitan su libertad de expresión los medios periodísticos? ¿Es ella limitable o, aunque sea, regulable? Este tema adquiere una relevancia suprema en el marco de los desafíos a los que se enfrenta el periodismo y admite diversas perspectivas, de acuerdo justamente con la concepción de la libertad de expresión y con la cultura política de los distintos países. Se produce así un debate a partir de la tensión que se da entre la defensa de la libertad de expresión y la necesidad de contar con la regulación de una actividad que provee un bien social de enorme relevancia: la información pública. La actividad periodística y los límites a los que su ejercicio de la libertad de expresión está sometido es el punto en el que actualmente se concentra la discusión constitucional que se produce en los estrados judiciales. En la intersección que se produce entre libertad de expresión periodística y los derechos a la intimidad y al honor de los habitan-

16. Ante la presión de los problemas sociales y movimientos de clase, la ley formal comenzó a sufrir una crisis de identidad que la llevó a asumir tendencias materializadoras. En el Estado de bienestar actual, el derecho material se muestra como un instrumento de dirección política que busca producir efectos sociales y si éstos no son conseguidos, ello afecta directamente su legitimidad. Por lo tanto, el derecho actual necesita de la ayuda de análisis para su implementación. “Las ciencias sociales”, nos dice Teubner, “se convierten en directamente relevantes en el análisis de los efectos que pueden ayudar a explicar la efectividad del derecho. La extensión de la así llamada sociologización del derecho no puede ser arbitrariamente modificada por los abogados de acuerdo con modas intelectuales; por el contrario, está conectada con las mismas transformaciones del derecho en el Estado de bienestar” [TEUBNER, Gunther, “Juridification. Concepts, aspects, limits, solutions”, en *Juridification of social spheres. A comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*, Gunther Teubner (ed.), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1987, pág. 18].

tes, es donde se concentran las decisiones judiciales que condensan el complejo entramado de dimensiones que acabamos de enunciar y que desarrollaremos en este artículo. A través de sus sentencias, los jueces fijan incentivos, premios y castigos, e influyen sobre muchas de las dimensiones que aquí vamos a tratar pero lo hacen implícitamente, sin traer a la luz una conceptualización de la libertad de expresión y de sus contextos que responda a la evolución que el mismo ha tenido.

Estas decisiones no serán objeto de este artículo, ya que elegimos situarnos en un punto lógicamente anterior, para poder luego analizarlas con mayor profundidad teórica. En efecto, lo que los jueces deciden está sujeto a una serie de preconcepciones acerca del contenido y la función del derecho constitucional, de los asuntos que debe incluir el tratamiento de la libertad de expresión y de la índole de la función que ellos realizan al resolver los casos. Al desarrollar las cinco dimensiones de la libertad de expresión que hemos enunciado, intentaremos analizar nuestro verdadero objeto de estudio: el marco cognitivo en el cual comprendemos la libertad de expresión. A través de estos marcos procesamos la realidad que percibimos, la mayor parte de las veces de modo implícito a través del lenguaje que usamos para describirla¹⁷. La autorreflexión sobre el modo en que entendemos la libertad de expresión es un primer paso de la indagación constitucional. De modo exploratorio, pues, lo que intentaremos es delinear una agenda de investigación que parta del análisis del sentido de la libertad de expresión en su contexto originario de consagración constitucional, evalúe los cambios contextuales que mutan su alcance y significado y describa las dimensiones que –sin negar las anteriores ni declararlas obsoletas– deben agregarse a su contenido.

II. LA NOCIÓN DE ESFERA PÚBLICA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Expresaba Chesterton que “el hombre moderno es semejante al viajero que olvida el nombre de su destino y tiene que regresar al lugar

17. LAKOFF, George, *No pienses en un elefante. Lenguaje y debate político*, Madrid, Editorial Complutense, 2007.

del que partió para averiguar incluso dónde se dirigía”¹⁸. En un sentido complementario, Jacques Ellul nos decía que “el hombre es incapaz de analizar lo que vive en la experiencia social común [...]. Es necesario un tiempo para pasar de lo vivido experimentalmente y de las reacciones contrarias a esa experiencia, a la comprensión y a la toma de conciencia profundizada. Durante tal período, que puede durar medio siglo o incluso todo un siglo, la situación real cambia tanto que el hombre se halla otra vez enfrentado a nuevas formas de opresión que no conoce, pero ante las cuales actúa espontánea y visceralmente, porque siente que está en peligro, porque su libertad está amenazada y, al mismo tiempo, teoriza sobre sus experiencias de los últimos cincuenta años, entiende lo que ha sucedido anteriormente, prepara una respuesta a esa agresión ya consumada y se esfuerza por salvar la libertad: ese aspecto de la libertad que había sido afectado en situaciones precedentes”¹⁹. Ambas frases nos hablan de olvido y pervivencia. Más aún, refieren a la continuidad de esquemas que se vacían de contenido normativo en la medida en que la realidad vivida los va tornando obsoletos. El regreso al sentido original es tan necesario, entonces, como lo es la búsqueda de nuevas formas de enfrentar los desafíos contemporáneos: que el ancla no nos impida avanzar sino que nos amarre a lo esencial, nos permita el detenernos para la contemplación del frenético presente. Ahondaremos así en la noción de libertad de expresión, entendida en el contexto de la sociedad liberal de fines del siglo XVIII y principios del XIX y analizaremos luego los ajustes que a la misma deben darse, al cambiar los contextos de aplicación, para que mantenga su sentido.

II.a. Esfera pública y libertad de expresión en la sociedad liberal

El esquema central a partir del cual se comprende la denominada sociedad liberal, que emerge como consecuencia del triunfo social

18. CHESTERTON, Gilbert K., *La nueva Jerusalén*, Buenos Aires, Agape, 2008, pág. 7.

19. ELLUL, Jacques, “Las estructuras de la libertad”, capítulo preliminar al libro de CAMPA, Ricardo, *La expectativa de la imaginación*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1990, pág. 23.

de la burguesía y que construye el Estado constitucional moderno, es el de la división entre Estado y sociedad. El Estado absoluto se había formado a través de la aniquilación de las entidades intermedias, transformando en relaciones de pura dominación las relaciones corporativas medievales. A ello se sumaba la separación del sujeto activo de la política (monarca) del sujeto pasivo (súbdito), la sustitución de las antiguas milicias por los ejércitos mercenarios y de la administración estamental por la burocrática. En este contexto, como afirma García Pelayo, “se manifiesta claramente que a un lado está el Estado, y al otro la masa de súbditos, el conjunto de cuyas actividades privadas, es decir, libres de la intervención estatal –y cada vez más enriquecidas y estructuradas en virtud del creciente desarrollo económico, técnico y cultural–, forman la sociedad”²⁰. A partir de allí, comienzan a deslindarse los conceptos de sociedad política y sociedad civil, como atestigua la evolución de este último concepto en los grandes teóricos políticos de ese tiempo²¹. La sociedad civil es el lugar de la efectiva realización del ser individual y es para su protección frente al avance del Estado que se generarán las doctrinas tendientes a su autolimitación, v. gr.: la teoría de la división de Poderes²².

20. GARCÍA PELAYO, Manuel, voz “Derecho público”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. I, Barcelona, Seix, 1951, en *Obras Completas*, T. III, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 2358.

21. La nueva configuración de la realidad social que se da con el absolutismo precede a la evolución conceptual, que quedó desfasada respecto a ella. En esos tiempos dominaba aún la tradición del pensamiento aristotélico, en la que la sociedad civil era equivalente a la sociedad política, la polis, que englobaba las formas asociativas inferiores y se presentaba como un continuo que iba desde la familia hasta el estado civil. Estas ideas sufren una doble quiebra: primero, la diferenciación de Hobbes entre el estado de naturaleza y el social –aunque, como es sabido, en la visión de Hobbes el contrato social crea el Estado y no la sociedad civil– y segundo, la distinción entre el individuo, la sociedad civil y el Estado que aparece en la obra de John Locke. Por lo tanto, el pensamiento tradicional comienza a modificarse a partir de una explicación teórica aplicada a la nueva realidad del Estado absoluto, que tiende a apuntalarlo respecto de los poderes intermedios, movimiento al que se le contrapone una valoración de la sociedad como opuesta a ese Estado despótico.

22. Cf. THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y división de Poderes hoy*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.

El siglo XVIII es sin duda la época en la que se asienta el gobierno liberal y triunfa definitivamente la economía capitalista, ambos basados en la distinción entre dos esferas de acción autónomas, la del Estado y la de la sociedad. El Estado liberal se basa en el surgimiento de una realidad social autónoma (así como de una ciencia diseñada para comprenderla) y de un sujeto histórico, la burguesía, ideológicamente interesado en destacar esa realidad social como distinta y contrapuesta al Estado. La economía será la base sobre la que se fundamentará esta nueva sociedad, transformada por los nuevos modos de producción y por el consumo. El consumidor es ahora el que decide lo que consume y lo que ahorra y de este modo influye sobre la producción, el empleo y el crecimiento, dando lugar a una suerte de democracia directa, en la que prevalece la visión individualista por sobre la de una sociedad vertebrada²³. En este esquema, el problema de la redistribución queda en un segundo plano ya que el tema principal por resolver era el de la asignación óptima de los recursos escasos. Con ello, la actuación del Estado se ve reducida a un mínimo y debe resultar neutral respecto del mercado. Éste era visto como un sector autorregulado, en el que la búsqueda del propio interés tendía al equilibrio del sistema. La ciencia económica proporciona así un modelo determinado de sociedad, que encuentra su consagración en el liberalismo económico de Adam Smith y sus seguidores, donde la economía será patrimonio exclusivo del conjunto de componentes de la sociedad, metodológicamente considerados desde su individualidad abstracta²⁴.

Habermas escribe su influyente *Historia y crítica de la opinión pública* partiendo de estos supuestos. A partir de la identidad que la bur-

23. Sobre el tema del auge del consumo en el siglo XVIII, ver BROWN, Vivienne, "The emergence of the economy", en *Formations of modernity*, ed. Stuart Hall y Bram Gieben, Polity Press/Open, University, Cambridge, 1992, 130-137.

24. Culminando una evolución que comienza en el mercantilismo, en donde la economía se hallaba sujeta a la política positiva del Estado, y sigue en la fisiocracia, donde la economía se separa del Estado pero se mantiene vinculada a la organización social. Con Smith, esos ámbitos resultan escindidos. Para el tema de la autorregulación en el sistema económico de Smith, ver MAYR, Otto, *Authority, liberty & automatic machinery in early modern Europe*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1986, págs. 164-180.

guesía realiza entre su interés y el general, va a aflorar la esfera pública como un ámbito de discusión de ideas y formación de voluntad social que va a legitimar –al mismo tiempo que la controla– la actividad del Estado. Comenzando con los cafés y salones literarios que empiezan a aparecer a fines del siglo XVII, Habermas destaca las conquistas que esta esfera va realizando respecto del Estado en aras del conocimiento y de la discusión de los asuntos públicos. Así, se comienzan a consagrar las libertades de la prensa, con la lucha de la abolición de la censura en un lugar preponderante. A ella se suma el levantamiento de otras trabas como los impuestos o las leyes sobre calumnias e injurias –*libel law*– y culmina con la admisión del Parlamento británico de la publicidad de sus sesiones y la participación de la prensa. Los ordenamientos constitucionales van a recoger esa evolución –caso de Inglaterra– o van a contribuir a crearla –caso de la Francia revolucionaria²⁵– con el rótulo de libertad de expresión. Su consagración normativa resulta instrumental respecto de la función misma de esta esfera de discusión pública que responde al modelo burgués de separación entre sociedad y Estado. En sus propias palabras:

“La idea burguesa del Estado legal, esto es, la vinculación de toda actividad estatal a un sistema lo más continuo posible de normas legitimadas por la opinión pública, está orientada al arrinconamiento del Estado como instrumento de dominación [...]. De acuerdo con sus propias intenciones, la opinión pública no quiere ser ni límite del poder ni poder mismo, y todavía menos fuente de todo poder. En su propio contexto está más bien obligada a modificar el carácter del Poder Ejecutivo, la dominación misma. La ‘dominación’ de la publicidad es, según la idea que de sí misma tiene, una ordenación en la que la dominación en general se disuelve; *veritas non auctoritas facit egem* (la verdad y no la autoridad hace la

25. Dice Habermas que “la Revolución crea en Francia de la noche al día –aunque evidentemente con un carácter menos estable– lo que en Inglaterra había requerido un continuado desarrollo de casi una centuria: las instituciones que le faltaban al público racionante. Surgen los partidos de club, de los que se nutren las facciones parlamentarias; se forma una prensa diaria política y los Estamentos generales dan a publicidad sus discusiones” [HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1ª impresión (10ª tirada), 2009, pág. 107].

ley). [...] El *pouvoir* como tal es puesto a debate por una publicidad políticamente activa. Ese debate está encargado de reconducir la voluntad a *ratio*, *ratio* que se elabora en la concurrencia pública de argumentos privados en calidad de consenso acerca de lo prácticamente necesario en el interés individual²⁶.

Varias son las ideas que se encuentran en el párrafo transcrito. En primer lugar está la de esfera pública (o publicidad, de acuerdo al vocablo germano traducido) como un ámbito de discusión racional, en la que los ciudadanos se encuentran y pueden formar y expresar sus opiniones, ayudados por la acción de la prensa como su correa de transmisión. En segundo lugar, la opinión pública que así se genera tiene un contenido político entendiendo su misma institución como “la sumisión de los estados de cosas hechos públicos al control de un público crítico”²⁷. En tercer lugar, hay una conexión profunda entre la discusión pública y la búsqueda de la verdad, que es la que legitima la toma de decisiones públicas tal y como es llevada a cabo por una burguesía en la que la racionalidad se encuentra radicada de forma preferencial²⁸. Por último, y ello resulta fundamental para el marco cognitivo que perdurará, la esfera pública se presenta como un espacio no atravesado por el poder. El modelo sobre el cual se estructura es el del mercado económico, un ámbito que “puede regularse a sí mismo, con la condición de que no entrometa ninguna instancia extraeconómica en el tráfico cambiario, (que) asegura que es capaz de funcionar de acuerdo con el bienestar de todos y con la justicia según la medida del rendimiento individual”²⁹. El buen funcionamiento de ese sistema económico teñía sus leyes de funcionamiento con la apariencia de un orden natural que se extendía a la esfera pública y que, dada su naturaleza autoordenatoria, era refractario a la regulación externa.

26. Ídem, pág. 116.

27. Ídem, pág. 171.

28. Recordemos que sobre esta base se estructuran las primeras teorías de la representación política, donde los representantes lo son de la burguesía que es la que canaliza esa verdad. Cf. infra notas 43 y 44.

29. J. HABERMAS, ob. cit., pág. 115.

La libertad de expresión es el presupuesto de este orden de cosas y se encuentra en cabeza de dos sujetos que se ubican en un pie de igualdad: los ciudadanos y la prensa. De hecho, esta última era considerada, en los primeros debates sobre la libertad de prensa, como una extensión del derecho individual a la libertad de expresión³⁰. Si bien ambos son los partícipes de esta esfera pública liberal³¹, rápidamente será la prensa la que asumirá la posición de intermediario necesario para el gran público de la que da cuenta su temprana calificación como un Cuarto Estado³² –luego, Cuarto Poder en el ámbito estadounidense. Más adelante, se calificará su función como la de “guardián” (*watchdog*) de los poderes públicos. Señala al respecto Splichal que estos tres conceptos difieren entre sí pero conservan algunos rasgos comunes, a saber:

“Primero, le dan preferencia al concepto de libertad de prensa como un derecho corporativo que predomina sobre la libertad de publicar individual, tal como estaba prevista en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa. Aún si los medios no son entendidos como parte de la elite, una clara

30. En este sentido, S. SPLICHAL, “The principle of publicity, public use of reason and social control”, *Media, Culture & Society*, Vol. 24, 2002, pág. 8. La tensión entre los principios se halla presente en las primeras formulaciones del derecho y así la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su párrafo 11, estipulaba que “la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre: todo ciudadano puede, por lo tanto, hablar, escribir, imprimir libremente [...]”. El Bill of Rights de Virginia de 1776, en cambio, protege la libertad de prensa antes que la libertad de expresión de todos los ciudadanos (“La libertad de prensa es una de las salvaguardas de la libertad y no puede ser nunca restringida por gobiernos despóticos”).

31. Es conveniente recordar el carácter restringido de la participación ciudadana, ya que parte de los cambios de la fisonomía del periodismo se producirán posteriormente como consecuencia de la masificación de la vida política y la asunción del rol de mediador entre la esfera política y los votantes. Ver supra nota 13 y texto principal.

32. Thomas Carlyle (*On heroes and hero worship*, 1840) le atribuye el acuñamiento del nombre a Edmund Burke, presumiblemente en un discurso de 1787: “Burke dijo que había tres Estados en el Parlamento, pero en la Galería de los Reporteros se sienta un Cuarto Poder mucho más importante que ellos”.

distinción se efectúa entre medios y público, o la población en general. Segundo, los tres conceptos se refieren a la autonomía de los medios respecto al control y su poder para controlar otros poderes (estatales) pero ignoran la pregunta acerca de quién controla a los controladores. De hecho, a la prensa se le dan más libertades que a los individuos por el principio de libertad de expresión. Ninguno de los tres conceptos se relaciona con la posibilidad de responsabilidad o *accountability* de la prensa, la que asume que el motivo para estos actos beneficiosos (de los medios) se debe a la virtud cívica de los periodistas o al valor comercial de ese periodismo”³³.

En el texto de Splichal está expresada la disrupción de la ecuación “prensa=público” sobre la que se basa la estructura de la esfera pública que describe Habermas. Esto sucede por dos motivos, que analizaremos en el próximo apartado. El primero de ellos es de tipo social. Los conflictos ya no puede ser solucionados enteramente en el ámbito privado y la línea demarcatoria entre sociedad y Estado se hace más difusa. Por consiguiente, la posición de la prensa también se hace más compleja y no puede afirmarse sin más su rol exclusivo de controlador del accionar estatal. El segundo motivo refiere a la estructura misma del sistema comunicativo. Para expresarlo en dos palabras, “la prensa” se transforma en “los medios de comunicación”. Los periódicos actúan hombro con hombro con la radio, la televisión e internet. Su alcance restringido se hace masivo. Los efectos sociales de su accionar transforman totalmente la naturaleza de la esfera pública, llegando finalmente a lo que conocemos hoy como la “sociedad de medios”.

II.b. El quiebre de la esfera pública liberal

II.b.i) Imbricación sociedad-Estado

El Estado empieza a intervenir en la economía, cuando aparece lo que en la ciencia económica se denominan “fallas del mercado”, o sea, falencias en la autorregulación de la esfera económica. En el

33. SPLICHAL, ob. cit. en nota 30, pág. 10 (citas bibliográficas omitidas).

aspecto político se produce un proceso de democratización que hace que nuevas clases sociales accedan a la palestra pública tornando ilusorio el predominio burgués, la sociedad deje ser unidimensional y cada vez adquiera mayores rasgos de complejidad, tanto en el aspecto económico como en el social y el político³⁴. Un punto determinante en este desarrollo es el constituido por la Primera Guerra Mundial, que tendrá tres efectos fundamentales sobre las relaciones sociedad civil-Estado: la ampliación de la política como búsqueda total de los fines últimos de la sociedad, la mayor capacidad e interés de los Estados en intervenir en la vida social y la concienciación de los ciudadanos respecto de la necesidad de ese crecimiento y el acostumbamiento al mismo. En el primer cuarto del siglo XX se sientan ya las bases de la transformación del Estado liberal en Estado social, con unos planes sociales coordinados y una política social integrada. La consagración del Estado de bienestar como tal solo se concretará después de la Segunda Guerra Mundial, en 1948, cuando se pone en vigencia la mayor parte de la legislación social británica, y comienza la etapa de expansión que continuará hasta la década de los setenta.

El intervencionismo estatal trae consigo un cambio radical en la concepción del Estado y de la sociedad como dos sistemas autónomos y autosuficientes, con límites bien definidos y regulaciones autónomas. El Estado asume las funciones de regulador decisivo del sistema social, lo cual conlleva “una tendencia a la estatización de la sociedad, pero también una tendencia a la socialización del Estado y, por tanto, a la difuminación de límites entre ambos términos”³⁵. Este proceso de mutua imbricación fue descrito ya en la década de los años treinta por Carl Schmitt, quien en su análisis crítico del Estado liberal expresaba:

“El Estado se convierte en ‘autoorganización de la sociedad’. Desaparece entonces, como ya hemos indicado, la consabida distinción entre Estado y sociedad, Gobierno y Nación, desde el momento en

34. Esta situación, que Giannini ha calificado como la del Estado pluriclase (GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, págs. 76-79), lleva a la convicción de la necesidad de intervención programada del Estado en todos los ámbitos de la vida social

35. M. GARCÍA PELAYO, ob. cit. en nota 20, pág. 1602.

que todos los conceptos e instituciones (ley, presupuesto, autonomía administrativa) contruidos sobre dicha premisa comienzan a plantear nuevos problemas. Pero, al mismo tiempo, se opera una transformación más vasta y más profunda. Organízase la sociedad misma en Estado: el Estado y la sociedad deben ser fundamentalmente idénticos: con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre zonas concretas político-estatales y apolítico-sociales. Todas las antítesis que resultan de la premisa del Estado neutro, como una consecuencia inmediata de la distinción entre Estado y sociedad, y que solo son casos concretos y manifestaciones metafóricas de esta distinción, cesan por completo. [...] La sociedad convertida en Estado se transforma en Estado económico, Estado cultural, Estado previsor, Estado bienhechor, Estado benéfico; el Estado resultante de la autoorganización de la sociedad no puede ya separarse realmente de ella y abarca todo lo social, es decir, todo aquello que guarda relación con la convivencia humana. En él no existe ya sector alguno, frente al cual pueda observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de la no intervención”³⁶.

Nos encontramos, pues, frente a un Estado en el cual ya no resulta suficiente el respeto negativo de los derechos individuales, la igualdad formal, sino que es necesaria una igualdad material, una doctrina de fomento de los derechos positivos. Es el Estado de la “procura existencial” de Forsthoff³⁷, en el que las funciones estatales dejan de ser de

36. SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, págs. 135-136.

37. “El hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones y de bienes y servicios materiales e inmateriales, en una palabra, por unas posibilidades de existencia a las que Forsthoff designa como espacio vital. Dentro de este espacio, es decir, de este ámbito o condición de existencia, hay que distinguir, de un lado, el espacio vital dominado, o sea, aquel que el individuo puede controlar y estructurar intensivamente por sí mismo o, lo que es igual, el espacio sobre el que ejerce señorío (que no tiene que coincidir necesariamente con la propiedad) y, de otro lado, el espacio vital efectivo, constituido por aquel ámbito en el que el individuo realiza fácticamente su existencia y constituido por el conjunto de cosas y posibilidades de las que se sirve, pero sobre las que no tiene control o señorío. Así, por ejemplo, el pozo de la casa o de la aldea, la bestia de carga, el cultivo de

mera abstención para transformarse en gestión, donde de la justicia formal se pasa a la justicia material. El Estado Social se configura así en simbiosis con el Estado de Derecho, y debe compatibilizar la libertad negativa como límite a la acción del Estado con las demandas de mayor bienestar que el mismo ciudadano le exige, como concreción del principio de justicia social que se convierte en norma social vinculante³⁸. Estas nuevas exigencias constitucionales responden a una diferente configuración de las relaciones sociedad-Estado, que requerirán, a su vez, de un nuevo equilibrio de los poderes estatales³⁹. El Estado “aparece así, paradójicamente, como la precondition de la libertad y, a la vez, como la máxima amenaza de la misma”⁴⁰. La intervención se configura así como un problema que pareciera no tener más solución que en un punto de equilibrio que no parece fácil de encontrar, dado que, simultáneamente, el individuo pretende mantener su autonomía,

su parcela por el campesino o la distribución de los muebles en la propia vivienda, pertenecen al espacio vital dominado; el servicio público de aguas, los sistemas de tráfico o de telecomunicación, la ordenación urbanística, etc., pertenecen al espacio vital efectivo. La civilización tecnológica ha acrecido constantemente el espacio vital efectivo, al tiempo que ha disminuido no menos constantemente el espacio vital dominado o, dicho de otro modo, el individuo ha perdido crecientemente el control sobre la estructura y medios de su propia existencia. Esta necesidad de utilizar bienes y servicios sobre los que se carece de poder de ordenación y disposición directa produce la ‘menesterosidad social’, es decir, la inestabilidad de la existencia. Ante ello, le corresponde al Estado, como una de las principales misiones, la responsabilidad de la procura existencial de sus ciudadanos, es decir, llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo, tarea que, según Forsthoff, rebasa tanto las nociones clásicas de servicio público como la de política social *strictu sensu*” (M. GARCÍA PELAYO, “El Estado social y sus implicaciones”, en “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, en *Obras Completas*, T. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 1604-1605).

38. Cf. VALLESPÍN, Fernando, “Estado de Bienestar y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 1, 1988, pág. 128.

39. El nuevo Estado social supone entonces un debilitamiento del órgano parlamentario, en pos de un acrecentamiento de las funciones y poderes del Ejecutivo, proceso que se expresa claramente en la evolución americana que culminaría en el New Deal.

40. F. VALLESPÍN, ob. cit. en nota 38, pág. 130.

y genera expectativas respecto de la satisfacción de sus necesidades por parte del Estado⁴¹.

Dice Habermas al respecto:

“Con la integración de los ámbitos público y privado coincide, pues, una completa desorganización de la esfera pública que antaño mediaba entre Estado y sociedad. Esa función mediadora pasa del público a unas instituciones que, surgidas del ámbito privado –como las asociaciones– o de la esfera pública –como los partidos políticos– practican el ejercicio y la compensación del poder en una relación directa con el aparato del Estado; los a su vez autonomizados medios de comunicación de masas sirven de vehículos para que estas instituciones consigan la aquiescencia o, cuando menos, la resignación del mediatizado público [...] Originariamente, la publicidad garantizaba la conexión del raciocinio público tanto con la fundamentación legislativa del dominio como también con la visión crítica de su ejercicio. Ocurre, empero, que ella ha ido posibilitando la verdadera ambivalencia que es el dominio de la opinión pública: la esfera pública es funcional tanto a la manipulación del público como a la legitimación ante él. La esfera pública crítica es desplazada por la esfera pública manipuladora”⁴².

Varios son los procesos sociales que están implicados en este fragmento del autor alemán y su explicación nos puede ayudar a comprender mejor sus ideas. La sociedad burguesa homogénea se complejiza por los procesos de industrialización y democratización del sufragio que traen nuevos actores al foro público. Esto tiene amplias consecuencias sobre el sistema político, ya que la fragmentación de la sociedad torna ilusoria la existencia de “una” verdad que debía guiar tanto la discusión pública como la sanción de medidas legislativas. Así, las fuerzas parlamentarias dejan de ser representantes de esa ver-

41. Sobre las expectativas que genera la actuación del Estado de bienestar y la circularidad paradójica que ella supone sobre ese mismo accionar, ver LUHMANN, Niklas, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza, 1997, págs. 33-34.

42. J. HABERMAS, ob. cit. en nota 25, pág. 205.

dad, llámese esta soberanía de la Nación⁴³ o de la razón⁴⁴. Aparecen los partidos políticos, como forma de canalización de los distintos intereses sociales. Ellos se presentan como contradictorios o, al menos, en competición unos con otros por lo que es necesaria una tarea de compensación, la cual será asumida por el Estado. El equilibrio social no puede ya ser asegurado por el dominio del libre mercado. Es más, la misma complejidad social hace que muchas veces las decisiones públicas tomen la forma de compromisos temporales entre intereses que no son sometidos a los procedimientos institucionalizados de la esfera pública, sino que son presentados a ella como una política ya activada que requiere de una legitimación ciudadana a posteriori⁴⁵. Los medios de comunicación, en el esquema liberal, se mantenían protegidos de la injerencia estatal por su carácter privado. En la medida que se acrecienta su faceta comercial y su concentración económica y tecnológica,

43. No van a ser sobre los sujetos aisladamente considerados sobre quienes recaiga la soberanía sino que será sobre la Nación en su conjunto, considerada ésta como un ente abstracto. Los representantes son así representantes de la Nación, "puesto que una gran nación no puede reunirse toda ella en Asamblea [...] es preciso que ella confíe a unos representantes extraordinarios los poderes necesarios en estas ocasiones" [SIEYES, Emmanuel, *¿Qué es el Estado llano?* (prólogo de Valentín Andrés Álvarez y traducción de José Rico Godoy), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pág. 111].

44. Para Guizot la razón se configura como un método social de búsqueda de la verdad, siendo la razón pública superior a la individual pues la verdad se halla encarnada en la sociedad como un compuesto de individuos. Ésta se encuentra diseminada entre los individuos, pero de manera desigual de acuerdo con sus capacidades naturales, hecho que motiva la necesidad de destacar a los portadores de esa mayor capacidad de actualización racional. Con ello se fundamentaba el triunfo de una clase social particular, la burguesía, como la más capacitada para dirigir la vida del Estado por medio de la razón (cf. L. DIEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 4ª ed., 1984, pág. 240).

45. "Antes, la notoriedad pública tenía que ser impuesta a la arcana política del monarca: intentaba someter a personas o cosas al raciocinio público y convertía las decisiones políticas en algo revisable ante la instancia de la opinión pública. Hoy, por el contrario, la notoriedad pública es impuesta con ayuda de una política arcana practicada por los interesados: proporciona prestigio público a una persona o cosa y le capacita así para la aclamación en un clima de opinión no pública" (HABERMAS, ob. cit. en nota 25, pág. 227).

ellos se van convirtiendo en “complejos sociales de poder” que actúan en la “esfera pública manipuladora”⁴⁶.

II.b.ii) Aparición de los mass-media

A la prensa gráfica tenida en cuenta por la doctrina liberal se le suma la radio, luego la televisión y, actualmente, internet. Cada uno de ellos posee una característica diferencial que le da un nuevo alcance sobre el anterior, magnificando su penetración en el público. Los medios se hacen así masivos (*mass-media*). Desde principios del siglo XIX, cuando nuevos métodos de producción y distribución para los periódicos hicieron su aparición, las empresas mediáticas crecieron en escala hasta llegar a los grandes conglomerados actuales⁴⁷. A su poder comunicativo le suman así influencia económica. Podríamos detenernos extensamente en estas dos evoluciones, la estrictamente comunicativa y la económica, pero ello nos llevaría muy lejos de nuestro objetivo actual. Sigamos, pues, con nuestra línea argumental y digamos que los medios se independizan de su rol de órgano de la sociedad civil y empiezan a actuar como actores independientes, con intereses propios y una lógica de comportamiento determinada. Su omnipresencia hace que podamos hablar de un proceso de mediatización, ello es, “un proceso dialéctico por el que los medios de comunicación institucionalizados (prensa, radio y televisión y, crecientemente, internet) están involucrados en la circulación general de símbolos en la vida social”⁴⁸. En algún sentido, podríamos decir que si la prensa era antes un instrumento de la esfera pública, esa relación causal se ha invertido y hoy son los medios los que la constituyen. Allí, en efecto, es donde se desarrollan los procesos políticos y sociales⁴⁹.

46. HABERMAS, ob. cit. en nota 25, pág. 215.

47. Cf. THOMPSON, John B., *Los media y la modernidad. Una teoría de los medios de comunicación*, Buenos Aires, Paidós, 1998, pág. 207.

48. SILVERSTONE, Roger, “Complicity and collusion in the mediation of everyday life”, *New Literary History*, Vol. 33, N° 5, 2002, pág. 762.

49. Al decir de Thompson, “la visibilidad mediatizada no es solamente un vehículo a través del cual aspectos de la vida política y social son traídos a la atención de

En el marco de los procesos de deslegitimación del sistema político y de la apatía ciudadana respecto a la política, motivada –entre otras razones– por la incapacidad del sistema de satisfacer enteramente las fragmentarias demandas sectoriales y grupales, los medios comienzan a cumplir funciones de legitimación social. Lo hacen de dos formas distintas. La primera de ellas es de carácter más puntual y es la que describe Habermas en el apartado anterior: el Estado y la sociedad se transforman y aquél, otrora destinado a enunciar un modelo general y estable de racionalidad vertical, lo deja de lado ante la fragmentación social. En su lugar, aparece la función de composición de intereses a través de arreglos transitorios. Esa sociedad, largamente desarticulada, pasa a ser organizada desde arriba ya que es el político el que va a crear las consignas a partir de las divisiones latentes. Nos encontramos así frente a lo que Manin ha calificado como “democracias de audiencia”⁵⁰, donde la representación política asume un carácter reactivo que refuerza su legitimidad a través de un discurso simbólico cosmético y la competencia a través de estrategias de imágenes⁵¹.

La segunda vía asume una función más estructural y se relaciona con la función que los medios tienen en la formación de las representaciones sociales respecto del sistema político y la vida social en general. Las representaciones sociales son “construcciones simbólicas individuales y/o colectivas a las que los sujetos apelan o crean para interpretar el mundo, para reflexionar sobre su propia situación y la de los demás y para determinar el alcance y la posibilidad de su acción histórica”⁵². Estas representaciones sociales son el resultado de procesos intersubje-

los otros, sino que se ha transformado en el medio principal en que las luchas políticas y sociales son articuladas y llevadas a cabo” (THOMPSON, John B., “The new visibility”, *Theory, culture & society*, Vol. 22, N° 6, 2005, pág. 49).

50. MANIN, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1998, págs. 271-273.

51. PORRAS NADALES, Antonio, *Representación y democracia avanzada*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pág. 61.

52. VASILACHIS DE GIALDINO, Irene, “Condiciones de trabajo y representaciones sociales. El discurso político, el discurso judicial y la prensa escrita a la luz del análisis sociológico-lingüístico del discurso”, *Discurso y Sociedad*, Vol. 1, N° 1, 2007, pág. 162.

tivos que se dan en la práctica y que involucran aspectos cognitivos y emocionales⁵³. Alexander se refiere a este entramado de significaciones como “discurso de la sociedad civil”, describiéndolo como “un terreno de conciencia estructural y socialmente establecida, una red de entendimientos que crea estructuras de sentimientos que permean la vida social y que corren justo por debajo de la superficie de instituciones estratégicas y élites autoconscientes”⁵⁴. Destaca Murray que es “a través del proceso social de narración que estas representaciones sociales son creadas y recreadas”⁵⁵ y es justamente esta característica la que las conecta directamente con los medios de comunicación.

El hombre, al decir de Gerbner, es la única especie que vive en un mundo edificado por las historias que cuenta⁵⁶. Esas historias fueron siempre hechas en casa, artesanalmente, inspiradas en la comunidad y, lo más importante, contadas cara a cara. Con la aparición de la imprenta, sin embargo, esta relación comienza a mediatizarse y a industrializarse. Este proceso se acelera con la llegada de las formas electrónicas de comunicación, que crean nuevas formas de acción e interacción⁵⁷ en las que el entorno mediático se convierte en la fuente primaria del conocimiento y sentido común⁵⁸. De este modo, hoy en día, “los públicos son amplios agregados de gente que comparte alguna conciencia común acerca de cómo las cosas funcionan, qué son las cosas y qué debería ser hecho, pero nunca se encuentran cara a cara. En el pasado, esto no había sido nunca posible”⁵⁹. Estas afirmaciones muestran la enorme importancia que los medios de comunicación tienen en los procesos de legitimación, ya que al actuar sobre las creen-

53. Cf. RAUDSEPP, Maaris, “Why is it so difficult to understand the Theory of Social Representations?”, *Culture & psychology*, Vol. 11, 2005, págs. 455-468.

54. ALEXANDER, Jeffrey C., *The civil sphere*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2006, pág. 54.

55. MURRAY, Michael, “Connecting narrative and social representation theory in health research”, *Social science information*, Vol. 41, N° 4, 2002, pág. 667.

56. Cf. GERBNER, George, “Cultivation analysis: an overview”, *Mass communication & society*, Vol. 1, N° ¾, 1998, págs. 175-194.

57. J. B. THOMPSON, ob. cit. en nota 49, pág. 32.

58. Cf. COULDRY, Nick, “Theorising media as practice”, *Social semiotics*, Vol. 14, N° 2, 2004.

59. G. GERBNER, ob. cit. en nota 56, pág. 176.

cias compartidas y modelar las representaciones sociales, contribuyen a formar la base sobre la que se van a emitir los juicios –explícitos o implícitos– de legitimidad.

Esto significa no solo que los medios van a ser los grandes socializadores políticos⁶⁰, sino que también van a ser el foro en el cual se van a dar las disputas para la conformación del discurso social. Es tal la fuerza del contexto mediático en el que nos movemos, que algunos autores sostienen que existe una distancia objetiva que media entre el círculo de decisiones reales, al que los actores políticos y jurídicos tienen acceso directo, y el círculo de espectadores, “para quienes la política es una serie de imágenes en la mente, ubicadas allí por las noticias de TV, diarios, revistas y discusiones”⁶¹. Esa brecha genera, para los que carecen de contacto directo, una visión que se basa en cuestiones emocionales y simbólicas más que en los datos concretos de actuación del órgano y con ello favorece el predominio de una imagen mítica. Resumiendo lo que hemos dicho hasta aquí, los medios ejercen de nexo –en la mayor parte de los casos, monopólico– entre el público y la realidad. De esta forma, la realidad es, en gran medida, la que nos dicen los medios y nuestros marcos cognitivos están fuertemente condicionados por sus mensajes. A este rol conformador de nuestro sentido común, los medios le agregan la característica de ser una parte ineludible de la esfera pública contemporánea. Finalmente, la actividad de los medios genera, justamente por su carácter distanciado de la realidad concreta, una tendencia a la legitimación basada en la imagen más que en la evaluación detallada y concreta de las actividades públicas.

III. EL DESAFÍO ACTUAL

Nuestro objetivo en los párrafos anteriores no era mostrar en forma total la evolución sociocultural y política de los últimos dos siglos

60. Cf. GRABER, Doris, *Mass media and american politics*, Washington, DC, CQ Press, 2002, 6ª ed.

61. EDELMAN, Murray, *The symbolic uses of politics*, Urbana/Chicago, University of Illinois Press, 1967, pág. 5.

sino dar algunos pincelazos que nos permitan demostrar, simplemente, que la realidad tenida en cuenta al regular la libertad de expresión en los orígenes del constitucionalismo ha cambiado. Al modificarse las relaciones entre Estado y sociedad, los medios se han transformado en actores políticos y, en tal sentido, han comenzado a cumplir funciones que anteriormente estaban ejercidas por otros sujetos del sistema democrático. Tomemos, por ejemplo, la formación de opiniones y valores. Los medios, afirma Patterson, tradicionalmente cumplían la función de señalar eventos, brindar información y generar discusión pública. Hoy en día ello ha cambiado y se le pide al periodismo que cumpla funciones tradicionalmente asignadas a los partidos políticos como la de formar opinión y contribuir a darle sentido a la realidad⁶². Los medios abren nuevos canales de comunicación, se hacen necesarios para la política y, por ello, más poderosos. Pero esto se enmarca en el contexto de una política en la que comienza a relativizarse la base material y se hace crecientemente simbólica, por lo que la relación representativa también cambia y se transforma en un vínculo de carácter más emotivo y episódico que racional y permanente⁶³. Por este motivo, la relación entre medios y política se hace compleja y su interpretación dista de ser unívoca, aunque existe un consenso acerca de la centralidad que los primeros tienen en la conformación de la esfera pública contemporánea⁶⁴.

En definitiva, la pregunta que debemos hacernos es acerca de cómo dar cuenta, desde el derecho constitucional, de los problemas que la sociedad contemporánea plantea. ¿Cuál es el sentido que la pregunta

62. Cf. T. PATTERSON, "The news media: an effective political actor?", *Political communication*, 14:4, 1997, págs. 445-455. Patterson es crítico de este proceso porque considera que la prensa tiene una lógica de noticiabilidad mediática que le impide cumplir adecuadamente con las funciones que el sistema le requiere.

63. Sobre este punto, ver THURY CORNEJO, Valentín: "Could authenticity fill the gap? Rethinking apathy in political representation", *Realidad - Revista del Cono Sur de Psicología Social y Política*, N° 6, Anomia y conducta desviada I, 2009.

64. Cf., por ejemplo, la discusión entre John Street: "Politics lost, politics transformed, politics colonised? Theories of the impact of mass media", *Political studies review*, Vol. 3, 2005, págs. 17-33 y John Corner & Piers Robinson: "Politics and mass media: a response to John Street", *Political studies review*, Vol. 4, 2006, págs. 48-54.

sobre la libertad de expresión tiene hoy? ¿Cómo puede enriquecerse el concepto para que responda a los problemas que nos aquejan hoy día? Nos dice Melucci que “hoy en día la información se está convirtiendo en el recurso más importante, lo cual permite acentuar la dimensión reflexiva, artificial y construida de la vida social. La mayor parte de nuestra experiencia diaria es una experiencia de grado N, lo cual quiere expresar qué acontece en contextos cada vez más contruidos por la información, que es difundida por los medios de comunicación e internalizada por los individuos, en una suerte de espiral interminable que transforma la realidad cada vez más en signos e imágenes”⁶⁵. Ante esto, ¿qué tiene para decir el derecho constitucional? Entendemos que dos son las respuestas posibles. La primera: que lo que tenía que decir ya lo ha dicho y, consiguientemente, limitar el ámbito de los problemas actuales a esas categorías pasadas, dejando fuera de su ámbito lo que no entra en ellas. La segunda, que es la que adoptaremos aquí, sugiere que deben buscarse nuevas respuestas e interpretaciones que nos sigan permitiendo hablar de una “constitución viva” con capacidad para articular nuestra vida social. Esta operación requiere de algunas precisiones metodológicas, que impactarán en nuestra conceptualización del derecho constitucional. El cristal con que miremos el problema será aquí tan importante como el problema mismo⁶⁶.

IV. ¿QUÉ DERECHO CONSTITUCIONAL EXISTE PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

McLuhan sostiene que miramos la realidad a través del marco de un espejo retrovisor, ello es, con categorías heredadas que limitan el encuadramiento de la realidad presente. Ese marco, en el derecho constitucional, está constituido por una mirada que se limita a consi-

65. MELUCCI, Alberto, *Vivencia y convivencia. Teoría social para una era de la información*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pág. 65.

66. Como sostiene Ezequiel Martínez Estrada en su obra sobre Sarmiento: “Un problema bien planteado contiene en sí la solución después de todo. Desdichadamente lo que nosotros hemos buscado siempre –y obtenido, por supuesto– son las soluciones, evitando los problemas; de ahí que ninguna solución corresponda a los datos fidedignos de la realidad” (MARTÍNEZ ESTRADA, Ezequiel, *Sarmiento*, Buenos Aires, 1930, pág. 9).

derar la Constitución como una estructura que fija derechos y garantías y que establece una determinada organización de los poderes del Estado. Este encuadre disciplinario es el propio de la ciencia jurídica, que se concentra en la aplicación de la letra de la ley a la realidad, para moldearla de acuerdo a sus preceptos y directivas. En este sentido, la libertad de expresión es vista como la atribución de un derecho que garantiza un ámbito de acción individual. Lo jurídico protege competencias individuales, mayormente con el Estado como interlocutor, y de ese modo garantiza los instrumentos con los que los individuos van a contar para la vida social. Como hemos visto en los apartados anteriores, en esta visión será el devenir propio de esa esfera protegida la que producirá el desarrollo social. La realidad, sin embargo, se complejiza, los conflictos aparecen y esa esfera autorregulada no llega a resultados socialmente óptimos. Es así que el orden constitucional no debe ser solamente un punto de partida que delimite el terreno de juego social, sino que debe articular la vida comunitaria fijando objetivos, normas y valores. Pues, como afirma Konrad Hesse, “solo en la medida en que a través de la actuación humana y en dicha actuación resulta realizado el derecho constitucional, alcanza él mismo la realidad de un orden vivido, formador y conformador de realidad histórica, pudiendo cumplir su función en la vida de la Comunidad”⁶⁷.

Esa visión rescata la dimensión cultural de la Constitución, ello es, lo referente a la fuerza simbólica de ese derecho constitucional que lo hace efectivamente vigente en la vida de un pueblo. Hace tiempo que el derecho ha dejado de ser una entidad autosuficiente. Conceptualizado como expresión máxima de la soberanía estatal, la crisis de legitimidad del Estado impacta en su capacidad de coerción. Anteriormente, la fuerza legal se basaba en un Estado fuerte, con posibilidad real de represión de las inconductas; un consenso social sobre la legitimidad de la actuación de los entes públicos y un orden valorativo común que brindaba sustento al cumplimiento del derecho como orden axiológico compartido. Hoy, el Estado ha perdido poder regulador, en gran medida, por la fragmentación e inflación de las demandas sociales a

67. HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pág. 25.

las que es sometido⁶⁸. En lugar de una imposición externa el derecho comienza a hacerlo de modo interno, a convencer e incentivar antes que a reprimir⁶⁹. La legitimidad del derecho, antes dada por supuesta, debe hoy ser construida por los actores democráticos. Como sabemos, la legitimidad es una creencia que motiva la obediencia a la autoridad del derecho. Obedecemos porque creemos que debemos hacerlo, ya sea por la racionalidad del ordenamiento –legitimidad racional–, por la santidad de los poderes tradicionales –legitimidad tradicional– o porque alguien con poderes especiales así nos lo dice –legitimidad carismática⁷⁰. Esa creencia –en cuanto tal, fenómeno cultural– introduce un conjunto de mediaciones sociales que caracterizan la aplicación e implementación del derecho. La norma constitucional cuando baja a la realidad se implementa a través de actores político-sociales que realizan una actividad cultural de interpretación.

En este sentido, Ferejohn, Rakove & Riley entienden que “el constitucionalismo, en la práctica, es un proceso de interpretación realizado dentro de una comunidad cuyos miembros comparten el poder político y conjuntamente tratan de determinar qué es lo que una Constitución permite o requiere en circunstancias específicas”⁷¹. Es aquí donde cobra relevancia la concepción de Häberle del “derecho constitucional como ciencia de la cultura”. Para él, la tarea propia del jurista es crear “un marco coherente en donde pueda desarrollarse la cultura del respectivo grupo político. La cultura, así entendida en un sentido mucho más amplio, forma el contexto de todo discurso legal y de toda acción relevante jurídicamente significativa dentro del Estado constitucional”⁷². En este

68. Cf., en general, HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1975 y ZOLO, Danilo, *Democracia y complejidad. Un enfoque realista*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1994.

69. GRAFSTEIN, Richard, “The legitimacy of political institutions”, *Polity*, Vol. 14, N° 1, 1981, pág. 51.

70. Cf. WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

71. FERREJOHN, John; RAKOVE, Jack N. & RILEY, Jonathan, *Constitutional culture and democratic rule*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 2001, pág. 8.

72. HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 26.

sentido, la acción del derecho constitucional respecto de la libertad de expresión se relaciona con el rol fundamental que esta última tiene como instrumento de acción cultural. Así, debe proveer las condiciones para que esa cultura se forme y desarrolle. Ello supone su rol activo respecto de las circunstancias en las que ese proceso se desenvuelve en la realidad, debiendo incorporar las perspectivas que permitan comprender y regular ese desarrollo cultural.

En esta perspectiva, la Constitución se configura como el principio ordenador de la vida social. Aquí prevalece el concepto que Cicerón le daba al término⁷³: la Constitución hace referencia al acto de instaurar una nueva realidad, un acto creador que fija objetivos y medios para alcanzarlos. Ello no niega su carácter normativo pero obliga a complementarlo. Como afirma García Pelayo, “la Constitución se concibe como un complejo normativo o una forma firme, a través de la cual pasa el movimiento de la vida”⁷⁴. Esta vocación expansiva del derecho constitucional, que abarca la totalidad de la vida, es la que va a ser relevante para concebir la libertad de expresión en la realidad actual. Ésta no puede quedar anquilosada en su formulación decimonónica, sino que debe ser entendida en el marco de una nueva realidad social en la cual cambia su sentido, pero también sus requerimientos. Cambia su sentido porque se formula en el marco de una autonomización de los medios de comunicación respecto de la sociedad civil, que los transforma en actores político-sociales con peso propio y que, como tales, requieren de garantías pero también de controles que los responsabilicen frente a la sociedad⁷⁵. Cambian sus requerimientos

73. SARTORI, Giovanni, *Elementos de Teoría Política*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pág. 13.

74. GARCÍA PELAYO, Manuel, “Derecho constitucional comparado”, en *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 334.

75. Una discusión actual en el derecho constitucional comparado es, justamente, respecto de la posibilidad de expandir el ámbito subjetivo pasivo y reconocer derechos constitucionales frente a actores no estatales (principalmente, en el ámbito internacional). Se habla así de un “constitucionalismo societal” (*societal constitutionalism*), donde el Estado deja de tener el lugar central, en parte por la globalización, en parte por la aparición de otros actores que deben ser obligados por las normas. Ver TEUBNER, Gunther, “Societal constitutionalism: alternatives to state-centred constitutional theory”, *Storrs lectures 2003/4*, Yale Law School.

porque en el marco de una sociedad de la información, ya no basta una garantía de tipo negativo que proteja libertades que presumiblemente se gozan sino que requiere acciones que promuevan la conformación de un diálogo constitucional en el que la sociedad decida su rumbo. Este diálogo expande los límites del derecho constitucional, en la medida en que actúa sobre las concepciones y representaciones sociales, afectando los esquemas de legitimidad de la vida política⁷⁶.

Por otro lado, Häberle introduce en el ámbito constitucional la cultura como una realidad compleja, no reducible a esquemas lineales de acción y que funciona como el medio en el que el derecho actúa⁷⁷. En su concepción, la cultura es a la vez contexto y resultado de la acción del derecho. El derecho constitucional, entonces, conlleva una función cultural, una tarea de producción simbólica que permita vivificar, en la vida de la comunidad política, los contenidos de la Constitución escrita. Podemos definir esa tarea como la de contribuir al diálogo democrático a través de la construcción de un lenguaje público en el cual la Constitución tiene su voz propia. Al decir de White, el derecho es una actividad del discurso y la imaginación que tiene lugar en un mundo social que se asemeja a una conversación. En este entorno, “el derecho establece

76. El resultante del diálogo no necesariamente debe ser la implementación de un derecho constitucional concreto, sino que puede ser la conformación de valores sociales que atribuyan un determinado deber al Estado y, de ese modo, actúen sobre las concepciones referentes a su legitimidad. Por ejemplo, la idea de que el Estado debe sostener medios de comunicación que brinden un servicio neutral, no políticamente partidario. Puede ser que no haya vías concretas para ejercer un control real, jurídico, de ese deber. Pero la convicción de que ese deber constitucional existe actúa sobre el Estado como una fuerza que impulsa su cumplimiento, so pena de perder legitimidad política. Por una vía diferente, en consecuencia, el derecho constitucional regula la actuación de los órganos públicos.

77. Para Häberle, “1) ‘cultura’ es la mediación de lo que en un momento dado fue (aspecto tradicional); 2) ‘cultura’ es el ulterior desarrollo de lo que ya fue en su momento, y que se aplica incluso a la transformación social (aspecto innovador); 3) ‘cultura’ no es siempre sinónimo de ‘cultura’, lo cual significa que un mismo grupo humano puede desarrollar simultáneamente diferentes culturas (aspecto pluralista de la cultura). En este sistema basado en los tres aspectos orientativos aludidos de tradición, innovación y pluralismo—léase aperturismo—es donde debe encontrar el horizonte orientativo toda dogmática en torno al derecho constitucional cultural, al igual que toda Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura” (ob. cit. en nota 72, pág. 26)

las condiciones en las cuales esta especial clase de charla tiene lugar, definiendo sus espacios y ocasiones y estableciendo sus recursos, sus términos y sus prácticas –ello es, creando su lenguaje⁷⁸. El derecho constitucional debe tener como objetivo central este diálogo público, esta dimensión del derecho que, a través de la actuación de las instituciones, llega a impregnar el discurso cívico. Y en ese sentido, debe contribuir al proceso de construcción de sentido –*sense-making*– a través del cual “se nombra la realidad y se la categoriza a fin de estabilizar la corriente de la experiencia⁷⁹. En concreto, el derecho constitucional debe funcionar como un lugar de articulación de saberes, desde el cual se dote de sentido a los procesos que constituyen la vida social. En otras palabras, debe ser un centro de articulación interdisciplinar.

Desde el punto de vista del objeto de estudio, esta concepción incorpora, con carácter central, algunas cuestiones que tradicionalmente fueron consideradas como ajenas a la ciencia jurídica: creencias, expectativas culturales, emociones, marcos cognitivos. En sociedades democráticas como las contemporáneas, esos elementos son puestos en común en la esfera pública, por lo que sus dinámicas de constitución y transformación serán esenciales para comprender la naturaleza cultural del derecho y la Constitución. Ello demuestra, desde una perspectiva disciplinar, la necesidad de cruzar fronteras y profundizar en los mecanismos de funcionamiento de la cultura. Aspectos como el análisis retórico y del discurso, la antropología cultural, los estudios de comunicación de masas, la sociología de la cultura, se muestran como terrenos para comenzar una indagación destinada a plantear nuevas y fructíferas cuestiones al campo del derecho constitucional. Si el objeto de estudio se amplía y los horizontes disciplinares se ensanchan, también existen nuevos protagonistas que actúan sobre el derecho y que tradicionalmente han estado ausentes de su consideración. Los nuevos lenguajes y los actores emergentes ante la fragmentación del poder estatal piden una consideración novedosa por parte de los

78. WHITE, James B., “Imagining the law”, in SARAT, A. & KEARNS, T. R. –eds.–, *The rhetoric of law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1996, pág. 37.

79. K. E. WEICK & K. M. SUTCLIFFE, “Organizing and the process of sense-making”, *Organization science*, Vol. 16, N° 4, 2005, pág. 411.

estudios constitucionales y, dado que nos movemos en una sociedad donde la información asume una importancia relevante, la libertad de expresión se encuentra en el centro de estos procesos.

V. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO CULTURAL⁸⁰

V.a. Constitucionalización de los derechos culturales

El origen de la libertad de expresión en el contexto de la sociedad burguesa, como una forma de limitación y participación en la esfera política del Estado, ha condicionado su interpretación. La expresión más acabada de esta postura es la elaborada en el marco del derecho estadounidense, que conecta el sentido y los límites de ese derecho –consagrado por la Primera Enmienda– con la idea del autogobierno democrático. En esa visión, lo importante es la creación de una opinión pública informada, un discurso público robusto que fomente y contribuya a ese autogobierno⁸¹. El foco está así más en el público –y los beneficios que para él se derivan– que en los emisores del mensaje. La libertad de expresión no es considerada una derivación de la autonomía de la persona, sino un medio para crear esa esfera comunicativa. En ésta, todos los emisores son iguales porque así lo son en el campo político por su carácter de ciudadanos. No hay consideraciones respecto a la verdad o falsedad de sus dichos ya que la libertad de expresión, en esta concepción, no es un método de búsqueda de la verdad sino un instrumento de participación democrática⁸². Esta interpretación “política” de la libertad de expresión está ampliamente difundida, en parte porque responde

80. Seguimos aquí lo que desarrolláramos en THURY CORNEJO, Valentín, “La cultura como nuevo derecho”, en *Estudios de derecho constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, págs. 681-706.

81. Este argumento está desarrollado en POST, Robert, “Participatory democracy and free speech”, *Virginia law review*, Vol. 97, N° 3, 2011, pág. 477 y sigs. En ese mismo número de la revista se recoge la discusión sobre esta ponencia de Post.

82. Sobre este punto, ver la sentencia de la Corte Suprema de los EE. UU. del 28-6-2012 en el caso “US vs. Álvarez”, donde se discute la constitucionalidad de la *Stolen valor act* que pena las mentiras sobre las medallas al valor dadas por el Congreso americano.

a los orígenes doctrinales de la misma y, en otra parte, porque el desarrollo teórico y jurisprudencial estadounidense ha impactado en otras muchas jurisdicciones.

Sin embargo, creemos que esta perspectiva deja un amplio espectro sin considerar al no reconocer la evolución normativa que la libertad de expresión ha experimentado. Según venimos sosteniendo, la actual configuración de la vida social plantea una serie de desafíos al individuo que interactúa con la sociedad de una forma compleja. Estos cambios han sido receptados por los ordenamientos que han ido incorporando normativa tendiente a expandir el campo de los derechos individuales para dar cuenta de esta nueva realidad. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho a “participar de la vida cultural”⁸³; asimismo, frente a la noción más homogénea de cultura, los tratados internacionales y las Constituciones nacionales establecen un pluralismo cultural y una protección a grupos tradicionalmente amenazados –v. gr.: los grupos aborígenes. ¿Qué impacto tiene esta evolución sobre nuestra concepción de la libertad de expresión? Una primera tentación, en la que habitualmente hemos caído, es considerar que estamos ante dos fenómenos distintos. Las distintas generaciones de derechos nos invitan a superponerlos y no a integrarlos. Algo de eso parece haber pasado aquí y abogaremos ahora por hacerlos dialogar, sumándole nuevas capas de significado a la perspectiva política de la libertad de expresión.

Para dotar esta argumentación de una base normativa concreta, utilizaremos la Constitución Argentina que mantuvo su impronta liberal de 1853/60 pero incorporó a su texto, en 1994, numerosos tratados internacionales de derechos humanos. Respecto a los derechos culturales, ello implicó dos grandes cambios. El primero está dado por la incorporación de un derecho que no estaba formulado como tal: el de participación en la vida cultural, entendida ésta en un sentido restringido, ello es, como actividades creativas, artísticas o científicas. Este dere-

83. Art. 29 de la Declaración Universal (reproducido luego en el Art. 13 de la Declaración Americana): “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.

cho a la participación incluye, como su presupuesto lógico, la existencia de bienes culturales y el deber del Estado de preservarlos. El segundo gran cambio está dado por la introducción del pluralismo cultural, que se produce a través de la protección de los derechos de las minorías culturales y la reparación de situaciones históricas negadoras de la diferencia. El concepto de cultura que allí se recepta puede ser limitado a las expresiones artísticas, en el primer caso, o a formas diferenciadas de vida que se concentran en el uso de una lengua no oficial o a una educación diferenciada. Pero los derechos culturales se presentan también con la forma de la regulación de nuevos aspectos de la producción de sentido, ello es, de la forma en que el sujeto conoce la realidad, ésta se hace comprensible para él –cognitiva, emocional y valorativamente– y, a partir de ello, despliega su propio proyecto de vida.

En este apartado, nos referiremos a una serie de transformaciones que se dan en la forma de producción de la cultura, entendida ésta como el contexto en que la persona humana se desarrolla. El concepto de cultura que manejaremos aquí se presenta como algo intangible, difícil de apresar en un conjunto de obras, actividades o modos de vida ya que más bien hace referencia a las ideas, visiones del mundo o marcos cognitivos –lo “dado por supuesto”, en lenguaje de Berger & Luckmann⁸⁴– que condicionan el accionar del sujeto y al modo en que ellos se construyen. Ello cambia el sentido que cabe atribuirle a la libertad de expresión. Como expresa Jack Balkin en el ámbito estadounidense, “El propósito de la libertad de expresión es promover una cultura democrática. Una cultura democrática es más que las instituciones representativas de la democracia, y es más que la deliberación pública sobre los asuntos públicos. Más bien, una cultura democrática es una cultura en la cual los individuos tienen una justa oportunidad de participar en las formas de producción de sentido que los constituyen a ellos mismos como individuos”⁸⁵.

84. BERGER, Peter & LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1972.

85. BALKIN, Jack, “Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society”, *New York University Law Review*, Vol. 79, N° 1, 2004, pág. 3.

Este objeto, algo elusivo, explica el tratamiento que le daremos al tema: no estamos aquí ante grandes cambios normativos, sino ante transformaciones socioculturales que hacen a las categorías centrales del discurso constitucional, las cuales, sin embargo, permanecen mayormente invariables. Tomemos como ejemplo nuestro texto constitucional: la libertad de expresión tiene hoy exactamente la misma formulación que en 1853, en un contexto donde los conglomerados mediáticos no existían, ni tampoco internet o la televisión. La pregunta, entonces, es la siguiente: ¿qué tiene la Constitución para decir sobre esos cambios? Responder a esta pregunta supone, en primer lugar, comprender las transformaciones socioculturales acaecidas. Estas se dan en dos planos interrelacionados: por un lado, el crecimiento de la importancia de la dimensión cultural como contexto del desarrollo personal y, por otro, las transformaciones que se han dado en la dinámica de producción del campo simbólico. En segundo lugar, hay que analizar qué elementos normativos se han incorporado a la normativa constitucional que permitan regular aspectos de esos cambios. Finalmente, hay que sistematizar esos elementos fragmentarios a efectos de reconstruir el sistema original de la Constitución y adaptarlo a la realidad contemporánea.

V.b. La búsqueda de sentido como problema constitucional

Peter Berger explica que las sociedades premodernas se caracterizaban por un alto grado de simetría entre el individuo y la sociedad, entre la identidad subjetivamente experimentada y la institucionalmente asignada⁸⁶. En la civilización medieval, por ejemplo, había un orden jerárquico que estaba cósmicamente garantizado. En él, el individuo experimentaba un mundo que era enteramente real, conocía su posición en ese universo y, en consecuencia, sabía quién era él. En la modernidad, progresivamente, estas experiencias de simetría se rompen. Las instituciones sociales se hacen más poderosas pero, al mismo

86. BERGER, Peter, "'Sincerity' and 'authenticity' in modern society", *Public interest*, vol. 31, Spring 1973, págs. 81-90.

tiempo, se hacen más “leves”⁸⁷ y dejan de servir como fundamento del entendimiento individual del propio “yo”. El mundo de la experiencia social se multiplica y los espejos en los que el individuo se mira están en constante cambio. Como resultado, argumenta Berger, “tanto la imagen como el reflejo toman un aspecto de vértigo”⁸⁸ y el individuo entra en una crisis de sentido⁸⁹. La división de la experiencia social entre una esfera pública y privada sirvió para manejar el problema de la identidad, ya que la intimidad permitía un contrapeso para los sinsabores provenientes de las fragmentadas experiencias venidas del mundo de las instituciones modernas. Contemporáneamente, sin embargo, la inestabilidad ha crecido aún en la esfera privada y su función de interposición entre la realidad del yo y la irrealidad del mundo institucional se ha debilitado. Ello hace necesario replantear la idea de que la protección del ámbito privado garantiza –o al menos, razonablemente resguarda– la formación de la identidad individual.

Este esquema –consagrado en el caso argentino por el Artículo 19 de la Constitución Nacional⁹⁰– se encontraba en la base de la regulación de la cuestión cultural en los textos constitucionales clásicos. Como ya dijimos, respondía a un esquema de separación entre sociedad y Estado que era protegido por la adjudicación, en cabeza del individuo, de derechos de “no intervención”, comúnmente conocidos como libertades negativas⁹¹. El entendimiento era que, resguardado de la intervención del Estado, dotado de libre expresión y libertad de pensamiento, el individuo podía formar su personalidad, producir sentido para su vida. Esa era la actividad cultural por antonomasia y si no se encontraba regulada específicamente en las normas era jus-

87. O líquidas, si tomamos la expresión de Zygmunt Bauman (*Modernidad líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003).

88. BERGER, ob. cit. en nota 86, pág. 86.

89. Tema que Berger desarrolla con detenimiento en el libro que escribió con LUCKMANN, Thomas, *Modernidad, pluralismo y crisis de sentido. La orientación del hombre moderno*, Barcelona, Paidós, 1997.

90. “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo afecten el orden y la moral pública ni derechos de terceros quedan exentas del poder de los magistrados”.

91. Ver el desarrollo de este concepto en BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Ed. Alianza, 1996, pág. 191 y sigs.

tamente porque se consideraba que la función de la Constitución era simplemente trazar el límite de la intervención estatal y dejar ese universo en manos de los individuos⁹² –o de la sociedad civil, en la acepción clásica del término⁹³. Como señala Berger, esa producción de sentido comienza a hacerse problemática y ello es así porque los procesos sociales comienzan a difuminar esos límites prolijamente trazados, al tiempo que las seguridades ontológicas previas se hacen maleables⁹⁴. Esto tiene, al menos, dos consecuencias: por un lado, la construcción de sentido individual se transforma en una tarea –no es más algo dado o heredado– que se realiza en la interrelación entre el ámbito público y el privado y, por otro lado, el hombre se hace más consciente, reflexivamente, de su participación en esa construcción⁹⁵.

92. Cf. una descripción de este modelo y su transformación al compás de la aparición de la sociedad industrial en THURY CORNEJO, Valentín, ob. cit. en nota 22, págs. 93-136.

93. Sobre el concepto de sociedad civil clásico, ver WENCES SIMÓN, Isabel, *En torno al concepto de sociedad civil: Locke, Ferguson y Hegel*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 1998.

94. Cf., en este sentido, la idea de seguridad ontológica a la que hace referencia GIDDENS, Anthony, en su obra *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1994, págs. 95-98.

95. Decíamos en “Apuntes para una aproximación cultural al derecho constitucional” (*El derecho constitucional*, Tomo 2009, págs. 642-3): “[...] en las últimas décadas el orden social ha sufrido profundos cambios. El desarrollo económico y tecnológico ha producido, sobre todo en los países industrializados, un aumento de la satisfacción de las necesidades de subsistencia de la población. Esta base económica, conjuntamente con la ausencia de la guerra como una experiencia global y directa, crecientes niveles de educación y la expansión de los medios de comunicación de masas, han llevado a un acento en la ‘calidad de vida’, diferenciándose de la racionalidad económica instrumental típica de la modernización. Aparecen así, en diálogo con las necesidades tradicionales, los valores ‘posmaterialistas’ que enfatizan la necesidad de pertenencia, sentido y autorrealización. Estos cambios tienen una multiplicidad de consecuencias en el orden político, entre ellas la erosión de las identidades partidarias, la difuminación de las posturas ideológicas, el descrédito de las instituciones públicas y la creciente importancia de las emociones. Por estas razones, se han popularizado expresiones que caracterizan a nuestra época como una ‘modernidad líquida’, donde las referencias tradicionales ya no existen y el sentimiento preeminente es el de la ‘crisis de sentido’. En este contexto, la construcción de una identidad y la formación de valores aparecen en un primer plano de la organización social. Esta

Es así como la dimensión simbólico-cultural adquiere una relevancia pública que antes quedaba limitada a la esfera privada, y con ella lo hacen los modos en que ella actúa sobre el individuo y cómo se forma. El hombre construye su identidad utilizando las herramientas que brinda su entorno cultural y éstas están conformadas, casi con exclusividad, con las suministradas por los medios de comunicación. El individuo se desarrolla en este entorno complejo y radicalmente diferente del vigente al momento de la sanción de la Constitución decimonónica, al menos desde una perspectiva cultural. La construcción de sentido deja de ser un asunto individual y reservado y pasa a tener relevancia pública, por lo que al individuo no le resultan suficientes los derechos negativos que garantizaban un ámbito de intimidad y resguardo que hoy ya no controla plenamente. La cultura que se forma influye al individuo y la preservación de su derecho a la propia identidad –entendida esta, mayormente, no como algo heredado sino como algo que el individuo debe construir– requiere nuevas herramientas de protección. Como veremos más adelante, varias son las formas que esta regulación puede asumir, pero lo que nos interesa dejar sentado aquí es la creciente dependencia que el individuo tiene, para formar su identidad personal, de un sistema simbólico que lo excede.

V.c. Nuevos institutos para la síntesis

Poner en marcha lo que en las constituciones clásicas implicaban los derechos culturales –que no recibían ese nombre ni eran conce-

erosión de las antiguas seguridades ontológicas –y consiguientemente sociopolíticas– se produce en el marco de una sociedad altamente complejizada y con un incesante ritmo de cambio tecnológico. La economía y el orden social en general pasan a orientarse, crecientemente, hacia la producción de símbolos y ellos comienzan a intercambiarse, produciéndose un verdadero mercado de alta densidad de información. En él, crecientemente, ‘la operación y eficiencia de los mecanismos económicos y los aparatos tecnológicos depende del manejo y control de los sistemas relacionales donde las dimensiones culturales predominan sobre las variables técnicas’” (nota: *referencias teóricas del original omitidas*).

bidos como tales— supone hoy en día una tarea de armonización de la libertad de expresión. Ésta, tradicionalmente vista desde el sujeto emisor —como un derecho subjetivo que no puede ser, en principio, limitado⁹⁶—, requiere ahora de la incorporación de la audiencia. Ya no se parte de la premisa de que el libre juego de las fuerzas en el mercado de la información pública proveerá un resultado óptimo, sino que se comienzan a consagrar contra-derechos en cabeza de la comunidad. Este es el sentido que, en nuestra opinión, cabe otorgarle a formulaciones como la presente en el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“Libertad de Pensamiento y de Expresión. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Al interpretar la Corte Interamericana de Derechos Humanos esta disposición, señaló que ella consagra dos dimensiones de la libertad de expresión. Es el derecho individual a que no se nos impida o menoscabe la expresión de nuestro propio pensamiento pero a la vez es, dice la Corte, “un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”⁹⁷. Ambas están inextricablemente unidas y “para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que dispo-

96. En nuestro país, la libertad de expresión ha sido considerada un derecho esencialmente negativo, que resguarda a los medios de comunicación y a los particulares de las interferencias del Estado. Ante la norma del Artículo 14 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”, la intervención regulatoria del Estado ha sido mirada con extrema desconfianza. Esta ha sido, también, la visión predominante en el derecho americano (cf. GOODMAN, Ellen P., “Media policy and free speech: the first amendment at war with itself”, *Hofstra law review*, Vol. 35, 2007, pág. 1218).

97. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva Oc-5/85*, del 13 de noviembre de 1985, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29, Convención Americana), párrafo 30.

nen otros como el derecho a difundir la propia⁹⁸. La redacción de la cláusula convencional y la interpretación de la Corte Interamericana apuntan a interpretar la segunda parte de la cláusula como un derecho colectivo, de la sociedad, a disponer de la información relevante para participar en los procesos de construcción de sentido, tanto para su propia vida como para la de la sociedad. En este sentido, su inclusión junto a la definición más clásica de la libertad de expresión apuntaría a complementarla y a contextualizarla de acuerdo con la evolución social que hemos venido describiendo. Ello es, para ejercer la libertad de expresión de modo individual es necesario reconocer un derecho colectivo de acceso a la misma que le dé sustento. Desarrollaremos esta idea en el próximo apartado, pero permítanme dejar apuntado ahora que esa no ha sido la línea seguida por los intérpretes.

Antes bien, la misma posibilidad de este cambio de perspectiva fue desarticulada mediante una interpretación de lo nuevo con el prisma del *status quo*. La primera operación consistió en darle un nombre: “derecho a la información”. Mediante este movimiento, aparentemente inocuo, se desligó esta segunda parte del artículo del enfoque tradicional de la libertad de expresión. Así, ya no son dos aspectos inextricablemente unidos, como dijo la Corte Interamericana⁹⁹, sino que estamos ante dos derechos distintos –conectados, obviamente, pero diferentes en naturaleza e importancia¹⁰⁰. De este modo, se cerró la necesidad de una nueva lectura del derecho a la libertad de expresión, movimiento que se perfeccionó al subordinarlo. En efecto, el derecho a la información pasa a ser instrumental respecto de la libertad de expresión en un sentido mecánico –conseguir información para luego poder transmitirla–, en lugar de en una perspectiva relacionado con la autonomía personal –la información como opción para la autoformación, que luego dará lugar a la expresión personal. Así, este

98. Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 32.

99. Y sigue considerando, así, si estamos a la calificación del acceso a la información pública como derecho a la libertad de pensamiento y expresión, tal como lo hace en el caso “Claude Reyes”.

100. Un ejemplo paradigmático de esta aproximación al problema puede verse en PELED, Roy & RABIN, Yoram, “The constitutional right to information”, *Columbia human rights law review*, Vol. 42, 2010-2011, pág. 357 y sigs.

“derecho a la información” sufre otra limitación: el obligado exclusivo pasa a ser el Estado y los entes públicos y se transforma en “acceso a la información”¹⁰¹. Se subsume así su significado en el de transparencia gubernativa, privilegiando el aspecto político del derecho, tal como lo hemos caracterizado al comenzar este apartado.

Al reducirse a un derecho exigible solamente al Estado, la alineación de los bandos reproduce la ficción burguesa: prensa y sociedad vuelven a estar del mismo lado, sin interferencias de poder que enturbien la relación. Así, el derecho se interpreta realizando la libertad de expresión de la prensa, que es la que les transmite a los ciudadanos la información a la que tienen derecho¹⁰²; o como un derecho colectivo de la sociedad pero cuya aplicación en concreto se realiza a través de un ejercicio individual del mismo –el del periodista o la organización que actuaría en nombre de la sociedad a la que va a informar. En ese tipo de interpretación, la libertad de expresión y el derecho a la información se presentan como derechos correlativos: una es condición de posibilidad del otro y por lo tanto, se refuerzan. Pero otra lectura es posible: el derecho social a la información fundaría un deber correlativo de los que ejercen su libertad de expresión a hacerlo de modo tal de no afectar el primero. Así, no habría ya correlatividad de derechos sino tensión: el derecho a la información de unos funcionaría como límite al derecho a la libertad de expresión de otros. Esta ha sido una visión a la que hemos sido culturalmente reticentes, por el temor a que ello afecte la libertad de la prensa y de la población en general y así se han tendido a evitar las regulaciones de los medios de comunicación¹⁰³.

101. ABRAMOVICH, Víctor & COURTISS, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de Derecho de la Comunicación* N° 1, Buenos Aires, 2000.

102. Esta ha sido la interpretación de la Corte Suprema de Justicia argentina, en el conocido caso Campillay (“Julio César Campillay c/ Diario La Razón y otro”, sentencia del 15 de mayo de 1986, voto de mayoría, cons. 4°). También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido esa línea: “[...] cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas; de donde resulta que el derecho protegido por el Artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales” (*Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13-11-1985, Serie A, N° 5).

103. Un argumento que se repite en las instancias jurisprudenciales es el del *chilling effect* o efecto paralizante, que podrían tener las regulaciones sobre las conductas

El fundamento de esta interpretación, que no niega ni menoscaba las otras enunciadas, se funda en la posición eminente que ostentan los medios de comunicación y el diferencial de poder simbólico del que disfrutaban en la producción de sentido. Frente a esta situación, una visión meramente negativa de la libertad de expresión –que, por otra parte, iría en contra del desarrollo del resto de los derechos culturales como títulos positivos– desconocería las características del modo de producción cultural contemporáneo. Una moderna limitación a ese derecho se ha incorporado, por ejemplo, en el instituto del derecho de réplica, que obliga al medio a emitir la respuesta de las personas que se sientan dañadas por informaciones inexactas o agraviantes¹⁰⁴. Pero donde el activo deber del Estado en el manejo del campo de la producción cultural aparece con mayor protagonismo es en la formación de los niños. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su Artículo 17:

“Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

futuras de los individuos (principalmente de los medios). Con esta terminología se menciona la posibilidad de autocensura que generarían, hacia el futuro, las decisiones que fijen limitaciones de la libertad de expresión.

104. Tal como se encuentra regulado en el Artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del Artículo 29;
- b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
- c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
- d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
- e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los Artículos 13 y 18”.

En este artículo encontramos ya la idea del derecho a la información como acceso del niño a un sistema que pluralmente ofrezca materiales que promuevan su bienestar social, espiritual y moral así como su salud física y mental. Para lograrlo, los Estados deben realizar una serie de actividades de fomento (“alentarán”) y regulatorias (“promoverán la elaboración de directrices”). El Estado debe “velar” para que este sistema, conformado por los medios de comunicación –a los que se reconoce una importante función social–, se constituya como tal. En lugar de la visión tradicional de la construcción del mundo cultural como una actividad del ámbito privado, que había que resguardar de intervenciones externas, encontramos aquí una misión del Estado como regulador de esa esfera. Ello supone una visión en la que la esfera pública, por sí sola, no necesariamente provee los medios a los que la población –en este caso, los niños– tiene derecho. Ello rompe con la ficción de una esfera pública liberada de luchas de poder e intereses económicos y supone la necesidad de que subsidiariamente el Estado deba intervenir. Estos artículos de los tratados internacionales son reglas que complejizan el entendimiento de la libertad de expresión y que nos invitan a la interpretación complexiva, incorporando nuevos elementos y reviviendo el derecho originalmente concebido. De otro modo, mirando solamente con nuestro espejo retrovisor, chocaremos contra los obstáculos que la realidad pone en nuestro camino.

VI. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO COLECTIVO

Recordemos que la Corte Interamericana, al interpretar el Artículo 13 de la Convención Americana, trae a colación la expresión “derecho colectivo” para caracterizar lo que luego sería denominado “derecho a la información”. ¿Cómo podemos interpretar esta calificación? No creo que el Tribunal quisiera entrar en la disputa analítica entre derechos individuales y colectivos¹⁰⁵, sino más bien lo que pretendía es incorporar otra dimensión al tradicional concepto individual de la libertad de expresión¹⁰⁶. Ya no hay solamente derechos de los emisores de mensajes, también los hay de las audiencias. No tenemos solamente una obligación de no hacer de parte del Estado, ahora también debe regular y promover. El entramado complejo de relaciones sociales que conforman la sociedad de la información ya no puede quedar reducido exclusivamente al ámbito de las relaciones individuales. El interés social no resulta más protegido por la mera acción coordinada de los individuos, sino que se requieren otros instrumentos que igualen a las partes en disputa. Los derechos individuales a la libertad de expresión mantienen su vigencia pero su contenido se expande y para darle adecuado cumplimiento es necesaria la conformación de un sistema, de un estado de cosas en las que ellos puedan ser satisfechos. La dimensión colectiva de este derecho surge como requisito para la satisfacción de los derechos individuales que hemos descrito en el párrafo anterior, en el marco de un mundo donde la tecnología de la información, la propiedad

105. Ver, por ejemplo, CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Sobre el concepto de derechos colectivos”, *Revista Internacional de Filosofía Política* N° 12, 1998, págs. 95-115.

106. La cuestión suele ser resuelta en las formulaciones constitucionales mediante la atribución de un derecho individual sobre un bien colectivo. Ello es lo que sucede, por ejemplo, en la atribución “a todos los habitantes [...] del derecho a un ambiente sano [...]” (Art. 41, Constitución Argentina). El concepto económico de bien público resulta también de suma utilidad para caracterizarlos. La información es un clásico ejemplo de este tipo de bienes, que puede ser consumido por un individuo sin que por ello se reduzca la posibilidad de otros de hacerlo, además de que ninguno puede ser excluido de su uso.

intelectual y los flujos de información adquieren carácter relevante como fuentes de riqueza y poder¹⁰⁷.

Esa nueva conformación social ha sido calificada como “sociedad de la información” o “informacional”. Dice Manuel Castells que “el término informacional indica el atributo de una forma específica de organización social en la que la generación, el procesamiento y la transmisión de información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas que surgen en este período histórico”¹⁰⁸. Más adelante precisa: “Lo que caracteriza a la revolución tecnológica actual no es el carácter central del conocimiento y la información, sino la aplicación de ese conocimiento e información a aparatos de generación de conocimiento y procesamiento de la información/comunicación, en un círculo de retroalimentación acumulativo entre la innovación y sus usos”. Acota luego que “la difusión de la tecnología amplifica infinitamente su poder al apropiársela y redefinirla sus usuarios. Las nuevas tecnologías de la información no son solo herramientas que aplicar, sino procesos que desarrollar. [...] Por primera vez en la historia, la mente humana es una fuerza productiva directa, no solo un elemento decisivo del sistema de producción”¹⁰⁹.

Alberto Melucci completa esta definición, dando cuenta de las características que la información tiene como bien en este tipo de sociedad:

“[...] la información no existe como recurso [con independencia de la capacidad humana para percibirla, procesarla y ampliarla. Poder utilizar un recurso reflexivo como la información depende de la capacidad humana biológica y motivacional para transmitir y recibir la información [...] Lo que Habermas denomina la ‘naturaleza interna’ del ser humano se ha convertido en una parte integral del ‘modo de producción’ (por recurrir a una terminología anticuada), puesto

107. Cf. BALKIN, Jack M., “The future of free expression in a digital age”, *Pepperdine law review*, Vol. 35, 2008/2009, pág. 427.

108. CASTELLS, Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Vol. 1: La sociedad Red, México, Siglo XXI, pág. 47.

109. M. CASTELLS, ob. cit. en nota 108, pág. 58.

que condiciona el uso de la capacidad de autorreflexión, capacidad que ha alcanzado el punto paradójico de ser una reproducción de la reproducción. La paradoja consiste en que la reproducción de la sociedad y, de hecho, la biología humana se han convertido en terrenos para la intervención social, cultural y política: es nuestra acción la que causa la reproducción. Cuando nos encontramos con un recurso de este tipo, es importante considerar el hecho de que para gestionar y controlar la información como recurso es esencial controlar o poseer los códigos que organizan este elemento mutable y, en cierto modo, elusivo. Lo cual quiere decir que no es, o no solo, la existencia de gran cantidad de información, en términos de contenidos, lo que la convierte en un recurso: es nuestra posesión de las claves, de los códigos que organizan estas corrientes de signos, lo que organiza las informaciones y las dota de sentido. El control de la producción, la acumulación y la circulación de un recurso de este tipo depende en gran medida del control de los códigos u organizadores, esto es, de los lenguajes que dan forma, tamaño y significado a este recurso. Este control no está distribuido de forma igualitaria, como bien sabemos. El acceso al conocimiento, es decir, a este tipo de código, está configurando las nuevas formas de las estructuras de poder, y está asimismo dando paso a nuevos tipos de discriminación y de conflicto. Sin embargo, al mismo tiempo, ahora los individuos invierten sus propios recursos, sus capacidades mentales, cognitivas, emocionales y relacionales en este acceso, en esta capacidad potencial de controlar la creación del sentido. Lo cual quiere decir que todo aquello que afecta nuestra vida personal y relacional depende de nuestra capacidad de atribuir sentido, de generar significado para nuestros actos, planes, sueños, etcétera”¹¹⁰.

Estas largas citas de autores que han intentado teorizar el mundo en que nos movemos dan cuenta de que estamos ante cambios estructurales, que afectan el campo social, cultural, económico y político. El poder hace su aparición en el entramado de relaciones, obligándonos a dejar de lado la posibilidad de una acción comunicativa neutra. Al mismo tiempo, queda expuesta –tal como desarrollamos en el apartado anterior– la relación entre estos procesos, que podríamos estar

110. A. MELUCCI, ob. cit. en nota 65, págs. 66/67.

tentados de limitar a la esfera de la organización del poder, y la conformación de la vida personal de los individuos que componen la sociedad. El modo de entender la libertad de expresión, en este contexto, se complejiza al quebrarse muchos de los presupuestos que fundaban su formulación original. Si se nos permite una comparación simple, la situación que se plantea constitucionalmente es semejante a la que en su momento se discutió respecto a la intervención estatal en la vida económica. ¿Hasta dónde llegan los derechos individuales de “libre empresa” y dónde comienza la necesidad de articular por parte del Estado? ¿Cómo atenuar los peligros del dirigismo estatal? ¿La mayor regulación impedirá el progreso económico? Todas estas preguntas pueden reproducirse en el ámbito de la libertad de expresión y si hasta el momento no se han hecho con suficiente fuerza es por varios motivos: a) por la reciente toma de conciencia del valor de la información como recurso central de la vida económica, social y política; b) por la permanencia del mito inicial de la sociedad liberal de que estamos ante una esfera donde prima la autorregulación; c) por el temor a la intervención del Estado, que ha llevado a que ante la menor duda se privilegie la abstención del primero y la liberación de las fuerzas expresivas a su propia dinámica.

Varias son las dimensiones que se cruzan aquí, algunas de las cuales ya hemos explicitado. Normativamente, existe un derecho a la información que debe ser satisfecho y ello supone una actividad del Estado que lo garantice. La provisión de la información, en virtud del derecho individual a la libertad de expresión, estará a cargo de las instancias privadas. Pero el Estado debe garantizar el acceso a la información de la ciudadanía, a través de la articulación de un sistema que lo garantice. ¿Quiere ello significar que la provisión de información recae en el Estado? Definitivamente, no. Lo que significa es que sobre éste recae una función de regulación del sistema que tienda a proveer la información necesaria para el adecuado desenvolvimiento de los individuos. La laxitud de esta formulación la acerca peligrosamente a la expresión de un mero deseo. Sin embargo, ante el fondo escenográfico de una esfera pública autorreferente en su propia regulación, adquiere una gran fuerza de choque. Afirmarlo remite a expandir el ámbito de la libertad de expresión para considerarlo parte de un proceso social en la que el Estado tiene un rol que cumplir, con-

juntamente con otros actores. Pensemos, por ejemplo, en la función de mantenimiento del orden social. Dice Castells:

“Es la interacción entre ciudadanos, sociedad civil y el Estado, comunicándose a través de la esfera pública, la que asegura que el balance entre la estabilidad y el cambio social se mantiene en la conducción de los asuntos públicos. Si los ciudadanos, la sociedad civil o el Estado fracasan en satisfacer las demandas de esta interacción, o si los canales de comunicación entre uno o más de los actores claves de este proceso se bloquean, todo el sistema de representación y toma de decisiones públicas llegan a un punto muerto. Allí se produce una crisis de legitimidad porque los ciudadanos no se reconocen a sí mismos en las instituciones de la sociedad. Esto lleva a una crisis de autoridad, que a su vez conduce a una redefinición de las relaciones de poder encarnadas en el Estado”¹¹¹.

El garantizar un derecho a la información se complejiza en esta formulación y se transforma en la obligación que tiene el Estado de contribuir a la formación de una esfera pública en la cual la legitimidad de todo el sistema descansa. Ello, lejos de limitar su función a una tarea de no intervención, supone su compromiso como proveedor de un bien público, asumiendo una función reguladora. En este sentido, en el último tiempo, se ha hecho expresa la relevancia de la falta de confianza pública en los medios de comunicación¹¹² y se ha señalado cómo ello supone un riesgo para la sociedad, en la medida “en que no existe otra estructura fiable que pueda proporcionarle a la sociedad la necesaria reducción de la complejidad”¹¹³. Asumir el aspecto colectivo

111. CASTELLS, Manuel, “The new public sphere: global civil society, communication networks, and global governance”, *The annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 616, N° 1, march 2008, págs. 79/80 (se omiten las referencias bibliográficas en la transcripción).

112. Ver COLEMAN, Stephen; ANTHONY, Scott & MORRISON, David E., *Public trust in news. A constructivist study of the social life of news*, Oxford, UK, Reuters Institute for the Study of Journalism, 2009.

113. QUANDT, Thorsten, “What’s left of trust in a network society? An evolutionary model and critical discussion of trust and societal communication”, *European journal of communication*, Vol. 27, N° 1, 2012, pág. 18.

de la libertad de expresión significa reconocer la complejidad de las fuerzas sociales actuantes en la sociedad de la información y la necesidad de articularlas en pos de la satisfacción de las necesidades individuales de los ciudadanos. Ello implica discutir, al igual que respecto a la actividad económica, el grado y los modos en los que el Estado debe intervenir y supone considerar, como veremos a continuación, todo un campo de actividades que hasta el momento se consideraban ajenas a la libertad de expresión.

VII. REGULACIÓN DEL SISTEMA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La discusión sobre el rol que el Estado debe cumplir en el sistema de información se relaciona directamente con las funciones sociales que desempeñan los medios: transmiten y crean cultura y normas sociales; contribuyen a definir y crear nuestra propia identidad profesional, comunitaria y nacional; nos informan de eventos y desarrollos importantes y nos conectan con nuestros representantes políticos y monitorean su desempeño. Estas funciones, desempeñadas por medios privados, generan una paradoja porque estos últimos no pueden desarrollar libremente sus intereses económicos sin dañar su rol público. Expresa Picard que “debido a los niveles de competencia nunca antes experimentados que enfrentan los medios sometidos a las leyes de mercado y a que los mercados son más inestables que en el siglo pasado, sumado a que operan en un sistema en el que la principal motivación es el propio interés y la alta comercialización de sus contenidos, el movimiento que los aleja de las funciones públicas es evidente y genera descontento entre los observadores sociales y los ciudadanos”¹¹⁴. ¿Qué debe hacer el Estado ante esta situación? Si contestáramos con el espejo retrovisor de la doctrina decimonónica nos inclinaríamos a decir “nada”, ya que todavía creeríamos en que los medios, por su propia lógica, tenderán a cumplir con esas funciones.

114. PICARD, Robert G., “The challenges of public functions and commercialized media”, en D. A. GRABER, D. MCQUAIL & P. NORRIS (eds.), *The politics of news - The news of politics*, Washington, DC, CQ Press, 2007, pág. 212.

Sin embargo, los primeros que, pragmáticamente, se han dado cuenta de la imposibilidad de conducir con ese marco de referencia han sido los propios Estados.

Ello ha dado lugar a todo un campo de acción e investigación, conocido en el ámbito anglosajón como *media policy* o “política de medios”¹¹⁵. Con este nombre se cruzan una serie de disciplinas que hacen a la generación de una política pública sobre los medios de comunicación y que van desde la infraestructura de telecomunicación a la estructura de mercado y la competencia económica, del acceso a la información a las políticas culturales. Y todo ello se da en el marco de una actualidad en la que los límites entre uno y otro terreno se hacen difusos debido a los procesos de digitalización, convergencia y globalización de las tecnologías de la comunicación¹¹⁶. En este complejo terreno, los Estados regulan la actuación de los medios en tres áreas estrechamente interrelacionadas: a) contenidos, b) estructura del mercado, c) infraestructura. La primera está directamente orientada a influir en la naturaleza del contenido de los mensajes producidos por los medios (v. gr.: obligación de incluir contenido educacional en la programación o prohibición de difundir mensajes obscenos o violentos). El área referida a estructura del mercado refiere a cuestiones tales como las condiciones de competencia, las regulaciones para ordenar la propiedad o las dimensiones de los medios (v. gr.: ¿pueden los extranjeros poseer medios?, ¿se favorece la generación de empresas multimedios?, ¿se reservan frecuencias para ciertos tipos de medios, por ej.: comunitarios?). La infraestructura, mientras tanto, se relaciona con las tecnologías de distribución y redes por medio de las cuales el contenido es diseminado¹¹⁷.

Estas tres áreas, si bien distinguibles analíticamente, en la práctica funcionan sistémicamente y a través de la regulación de una de

115. BRAMAN, Sandra, “Where has media policy gone? Defining the field in the twenty-first century”, *Communication law and policy*, Vol. 9, N° 2, 2004, págs. 153-182.

116. Una descripción de los desafíos que estos cambios plantean puede verse en JENKINS, Henry, *Convergence culture. La cultura de la convergencia de los medios de comunicación*, Barcelona, Paidós, 2008.

117. NAPOLI, Philip M., *Media policy: an overview of the field*, Working paper del Donald McGannon Communication Research Center, enero 2007.

ellas se buscan, generalmente, efectos en las otras (v. gr.: una estructura de medios que favorezca la participación de voces de la sociedad civil generará pluralismo en los contenidos o la prohibición de emitir contenidos producidos en el extranjero fomentará la creación y participación de medios nacionales). Dado que la perspectiva tradicional suele focalizarse más estrictamente en las limitaciones a los contenidos –a través de la figura de la prohibición de censura previa–, las otras formas quedan relegadas a un análisis que suele omitir su relevancia constitucional. Las cuestiones relativas a la estructura del mercado o al diseño de la infraestructura suelen estar fuera del diálogo constitucional respecto de la libertad de expresión, tanto en cuanto a la consideración de razones de ese calibre para su implementación como en referencia al control al que las mismas son sometidas (v. gr.: decisiones judiciales que supongan un control de constitucionalidad de las mismas). Ello es particularmente grave, por dos razones. La primera, según venimos exponiendo, es porque la política de medios es la que generará un determinado sistema, que cumplirá más o menos adecuadamente con la directiva constitucional de garantizar el derecho a la información de los habitantes. La segunda, porque en cada una de las decisiones que se toman para fijar esas políticas públicas se encuentran en conflicto visiones de la Constitución, que se resuelven en la prevalencia de un bien sobre otro. En este sentido, por ejemplo, para determinar la estructura de un mercado de medios se puede privilegiar el pluralismo de fuentes, reservando frecuencias de espectro radioeléctrico para instituciones consideradas de bien público o de grupos cuya identidad cultural o participación se quiere proteger¹¹⁸. Si ello se hace, sin embargo, probablemente se coarte el desarrollo de la libertad de expresión de otro grupo que quiere expandir su propio proyecto mediático a otros terrenos.

Las políticas de regulación mediática suelen ser un asunto ausente del ámbito constitucional, en un doble sentido: no suele haber en los textos constitucionales decisiones referentes a un modelo determinado de regulación de medios (v. gr.: ¿debe haber un sistema de

118. Ese es el criterio seguido, por ejemplo, por la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual Argentina, Ley N° 26.522, sancionada el 10 de octubre de 2009.

medios públicos?) y la discusión sobre los criterios que se emplean al elegir entre una u otra política pública no se hace desde los valores y parámetros constitucionales en juego. Así como el constitucionalismo ha ido avanzando, en las distintas latitudes, respecto de un modelo de intervención estatal sobre la vida económica y social, no parece haber ocurrido el mismo proceso respecto del área comunicativa. Las políticas públicas, en este sentido, se encuentran huérfanas de líneas directrices que las doten de una cierta estabilidad y consistencia y que signifiquen una verdadera limitación para el uso de los gobiernos de algunos instrumentos, en sí mismos legítimos, de intervención sobre este terreno. Pensemos, por ejemplo, en la creación y el funcionamiento de los sistemas de medios públicos o en un régimen de subsidios para la actividad. La vaguedad de los criterios para regular estos terrenos y la casi absoluta discrecionalidad de los Estados para establecer uno u otro sistema –por la falta de decisiones expresas de la Constitución– hacen que se limiten las posibilidades de controlar el sistema. Es notable, a este respecto, la situación producida en nuestro país respecto de la distribución de la pauta de publicidad oficial, donde la falta de un encuadramiento constitucional como el que venimos pregonando ha hecho que la situación no sea encuadrada como lo que verdaderamente es (un subsidio a los medios) sino como una función de gobierno del Estado (un acto político que hace a la difusión de los actos de gobierno). Con esa caracterización, la única forma de constitucionalizar la actividad y controlarla es aplicándole un instrumento –*aggiornado*– de caja de herramientas decimonónicas: la prohibición de censura indirecta¹¹⁹.

119. En Argentina, el Gobierno ha empleado durante la última década un método de distribución de la pauta de publicidad oficial sumamente desigual, favoreciendo a determinados medios sobre otros. Tal actividad ha sido considerada discrecional y no como una política de subsidios tendiente al fomento de algunos medios, sino como una contraprestación efectiva sobre los servicios prestados. Ante la falta de un régimen que fije pautas concretas para el gasto de los fondos públicos, la Corte Suprema ha entendido que la cuestión debía ser tratada desde el punto de vista de la posibilidad de censura indirecta (Art. 13, inc. 3, de la Convención Americana) cuando se demostrara que la conducta estatal suponía un intento de castigar o reprimir la libertad de expresión de un medio. Esta es la decisión tomada en el caso “Editorial Río

La regulación del sistema de medios se encuentra así carente de bases constitucionales actuales para su institucionalización y los ámbitos de decisión estatal se expanden. Dos son las preguntas que aquí se nos presentan: ¿existe una obligación constitucional por parte del Estado para intervenir y regular estas materias? Si efectivamente lo hace, ¿hay una exigencia de dotarlas de un régimen general y obligatorio, pasible de control constitucional? La primera cuestión refiere a los límites que trazan los diferentes textos normativos entre poderes constituyentes y los constituidos. En la mayoría de los casos, según hemos visto, la decisión respecto al sistema de medios es delegada a estos últimos. La segunda es una pregunta diferente y para responderla es que es justamente necesario traer al terreno constitucional los instrumentos de lo que aquí denominamos “política de medios”. En este sentido, el hecho de satisfacer determinados intereses públicos a través de la creación de medios de gestión estatal asume la naturaleza de decisión política –no constitucionalizada– y responde a numerosos condicionamientos históricos y culturales¹²⁰. Pero no parece haber muchas dudas respecto a que si se asume un modelo en que el Estado gestione medios públicos este sistema debe adecuarse a los parámetros que exige la adecuada apli-

Negro c/ Provincia de Neuquén” (CSJN, 5 de septiembre de 2007), ante los cambios de asignación publicitaria por parte de este último gobierno. De este modo, las decisiones estatales sobre la conformación de un régimen de subsidios que estructuran un determinado sistema de medios con dinero oficial solo son controlables judicialmente cuando se pueda probar y aducir una acción indirecta sobre ese medio. La visión, como puede deducirse, es que la Constitución regula solamente conductas negativas de parte del Estado (no censurar) y no obligaciones positivas en su cabeza (estructurar un sistema de medios), aún cuando sea esto, claramente, lo que éste último hace a través de sus acciones públicas.

120. En Europa, por ejemplo, ha sido común el monopolio estatal sobre las frecuencias radioeléctricas y el espectro televisivo, dando lugar, tempranamente, a un sistema de medios públicos. Dentro de este esquema, sin embargo, se diferencian las sociedades con fuertes movimientos de clase y divisiones internas, donde los medios públicos se instalaron a principios de siglo XX, de aquéllas donde la instauración de medios públicos se dio en la segunda mitad del siglo, en un régimen de competencia con prestadores privados [cf. PICARD, Robert G., “Financing public media: the future of collective funding”, en NISSEN, Christian S. (ed.), *Making a difference: public service broadcasting in the european media landscape*, Eastleigh, UK, John Libbey Publishing, 2006, pág. 184].

cación de la libertad de expresión, a saber: a) satisfacción del derecho colectivo a la información; b) actividad realizada en interés de la comunidad y no del Gobierno; c) acceso efectivo de la población al servicio (extensión territorial y federalización); d) variedad, neutralidad y confiabilidad de la información; e) regulación institucional de las prácticas del medio; f) independencia respecto del poder político y g) controles por parte de la sociedad¹²¹.

La adecuada neutralidad de los medios públicos ha sido motivo de regulación en algunos países (v. gr.: España) debido a las objeciones derivadas de su uso gubernativo. Semejantes motivos de preocupación se derivan de su tendencia a la comercialización de contenidos, como consecuencia del cambio de fuentes de financiamiento de su actividad. La lógica de competencia económica hace así su entrada, relacionando las políticas de medios con consideraciones de carácter fiscal que emparentan medios de gestión pública y privada. La acrecida competitividad en el mercado mediático también impacta en otros de los instrumentos mediante los cuales el Estado interviene en la estructura del mercado: el otorgamiento de subsidios¹²². Sea en la forma de exenciones, privilegios fiscales o ayudas monetarias directas, el Estado fomenta la actividad de medios de comunicación que considera beneficiosa para la vida democrática de la comunidad¹²³. Este método de intervención, que alienta en lugar de asumir directamente o regular, es visto como una forma de morigerar las duras condiciones del mercado mediático y de su tendencia hacia el amarillismo como forma de satisfacer los deseos del público que consume el bien¹²⁴. Aparecen así modos de acción estatal, políti-

121. Cf. Asociación por los Derechos Civiles, *Una radiodifusión para la democracia. Principios básicos sobre el funcionamiento de la radio y televisión públicas*, 2003.

122. Cf. KLEIS NIELSEN, Rasmus & LINNEBANK, Geert, *Public support for the media. A six-country overview of direct and indirect subsidies*, Paper del Reuters Institute for the Study of Journalism-University of Oxford, 2011.

123. El sistema más desarrollado de subsidios estatales es el establecido en los países escandinavos respecto de los periódicos (cf. PICARD, Robert G., "Subsidies for newspapers: can the nordic model remain viable?", en BOHRMANN, Hans; KLAUS, Elisabeth & MACHILL, Marcel (eds.), *Media industry, journalism culture and communication policies in Europe*, Köln, Halem, 2007).

124. LLOYD, John, *Scandal! News international and the rights of journalism*, Paper del Reuters Institute for the Study of Journalism, Oxford, UK, 2011.

cas públicas que llevan implícitas una serie importante de decisiones constitucionales: ¿debe intervenir el Estado ante el declive de la calidad periodística? Si lo hace, ¿su método debe ser el castigo de prácticas que conspiran contra ella (v. gr.: punición de invasiones a la privacidad), el fomento de alternativas positivas o una combinación de ambas? Todas estas decisiones tienen un profundo sentido constitucional, como también las decisiones regulatorias sobre diseño tecnológico, la formación de nuevos modelos de negocios, la estructura de propiedad del sistema de medios o las actividades de los usuarios¹²⁵.

VIII. EPÍLOGO

Decía Hannah Arendt: “[...] Para mí lo esencial es comprender, yo tengo que comprender. Y escribir forma parte de ello, es parte del proceso de comprensión [...] Y si otros comprenden en el mismo sentido que yo he comprendido, ello me produce una satisfacción personal, como un sentimiento de encontrarse en casa”¹²⁶. Este es el espíritu que nos ha guiado a lo largo de las páginas precedentes: intentar entender el complejo mundo en el que vivimos y dilucidar, en consecuencia, cuál es el lugar que al derecho constitucional le cabe en ese proceso. Pensar

125. Balkin, Jack, por ejemplo, destaca cómo en el contexto mediático contemporáneo las cuestiones de participación igualitaria en las redes y las posibilidades de innovar comunicativamente son las piedras basales del sistema. Distingue así dos materias, tradicionalmente objeto de regulaciones administrativas, que asumen una relevancia primordial: las obligaciones de los administradores/propietarios de las redes de infraestructura de internet de garantizar el acceso igualitario a los distintos usuarios (*network neutrality*) y la norma que desliga de responsabilidad a los proveedores de infraestructura (servidores) respecto de las expresiones de quienes a través de ellos emiten mensajes (*intermediary liability*). Balkin pone estos dos asuntos para ejemplificar cómo las decisiones más importantes sobre libertad de expresión, en el futuro, no serán tomadas por los tribunales sino por los legisladores, agencias administrativas reguladoras, expertos en tecnología, emprendedores y usuarios (cf. ob. cit. en nota 107, págs. 427-444).

126. ARENDT, Hannah, “¿Qué queda?: Queda la lengua materna. Conversación con Günter Gaus”, en *Ensayos de comprensión 1930-1954*, Madrid, Caparrós Editores, 2005, pág. 19, citado en GARCÍA, Dora Elvira y KOHN WACHER, Carlos, “Hannah Arendt: La vigencia de un pensamiento”, *Revista Enfoques*, Vol. VIII, N° 13, 2010, pág. 11.

realidades nuevas supone agilizar el músculo de nuestras rutinas disciplinarias y de los cómodos modelos ya aprehendidos, para construir otras rutinas y otros modelos. Ello lleva tiempo y, sobre todo, necesita un plan. Este artículo es una propuesta de los rumbos en los que consideramos necesarios embarcarnos. No es un camino realizado sino más bien un plan de viaje. En él se nos invita a incorporar los múltiples contextos –ideológicos, teóricos, económicos, políticos, culturales, regulatorios, etc.– que la fría letra de las consagraciones constitucionales deja fuera, pero que los marcos cognitivos en los cuales encuadramos la realidad siempre implícitamente recogen. En este sentido, pues, hacernos conscientes de los anteojos con los que miramos la realidad y ponerlos en discusión es siempre un ejercicio que renueva el pensamiento.

Pero comprender individualmente, como decía H. Arendt, es solamente un primer paso. Incitar a un diálogo constitucional es el otro fin buscado en este proyecto y ello no significa una tarea meramente académica, sino un intento de regenerar el diálogo público. El derecho constitucional debe permear el diálogo cívico y contribuir a un tratamiento consensuado, racional y participativo de los problemas públicos. Y debe hacerlo a partir de una reformulación de su función. Este es uno de los tres ejes que consideramos fundamentales a lo largo de este trabajo: el metodológico, que supone la discusión sobre la forma que asume nuestra disciplina, sobre sus métodos y, más importante aún, sobre su relación con la realidad. Sobre esta base se edifican los otros dos ejes: uno sustancial y otro que podríamos denominar instrumental. Dentro del primero nos hemos ocupado del contenido mismo del derecho a la libertad de expresión, ello es, a partir de las bases normativas, tamizadas por su evolución histórica y por su inserción en la realidad de una sociedad mediatizada, construir un derecho que dé cuenta de los procesos comunicativos contemporáneos. Este dar cuenta supone también asumir la faceta del derecho como regulador de la vida social, que obliga a que la Constitución entre en la sala de máquinas de los procesos sociales y culturales. La faceta instrumental no puede quedar sin una palabra constitucional que le dé vida y la informe. Método, sustancia e instrumento son así las líneas directrices de esta agenda que les proponemos.