



El derecho a la información en clave garantista

Roberto Ignacio Alonso Muñoz

Resumen

En el marco del constitucionalismo rígido y de una realidad de alta concentración en el escenario mediático mexicano, el presente ensayo dimensiona la importancia de la interpretación del derecho a la información en clave garantista. Para ello, se aborda la situación que guarda este derecho en México, se lleva a cabo una aproximación al constitucionalismo rígido como paradigma relevante en el ámbito jurídico, se analiza el modelo garantista, y se desglosa la impronta garantista del voto particular que formuló el ministro Genaro David Góngora Pimentel y que fue adosado a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con la que resolvió la acción de inconstitucionalidad en contra de las reformas a la Ley Federal de Radio y Televisión y a la Ley Federal de Telecomunicaciones, mejor conocidas como Ley Televisa.

Palabras clave

Derecho a la información, garantismo, constitucionalismo, derechos fundamentales

Sumario

1. El derecho a la información en México.
2. Constitucionalismo rígido, sujeción a la ley.
3. Garantismo, sistema de los derechos fundamentales.
4. Voto garantista del ministro Góngora Pimentel.
5. Conclusiones. Hacia la revitalización de los derechos fundamentales.

Al pie de la relevancia del constitucionalismo rígido como paradigma jurídico que le da carácter normativo a los derechos fundamentales, y de una realidad de alta concentración en el escenario mediático mexicano, la corriente garantista del derecho en una de sus ramas -la del Derecho de la Información-, es definitiva para su concreción. En mayor medida, si las aspiraciones políticas son las del diseño de un Estado democrático constitucional.

Fundamento del modelo garantista, el constitucionalismo rígido constituye la piedra de toque para un cambio estructural de doble vía, en el campo jurídico y en el campo político de la democracia, en el que el derecho sea la amalgama para toda forma de poder.

Desde una visión garantista, las instituciones públicas tienen la función de tutelar el conjunto de prerrogativas que los individuos poseen, de forma específica, frente a la amenaza que representan otro tipo de poderes; de ahí que este enfoque como impulso del derecho a la información, en un país en el que la eficacia del poder mediático le ha atribuido un carácter salvaje, sea de gran envergadura.

En suma, el garantismo pugna por el control y la limitación del poder a partir del reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de las personas.

El derecho a la información es, en la actualidad, un pendiente en la agenda democrática. En este trabajo se puede observar que a pesar de haber sido incluido en la Constitución hace más de treinta años, sus alcances han sido limitados. Afortunadamente, como también se distingue en el presente, su ejercicio con la perspectiva garantista a la base, ha sido determinante en decisiones coyunturales como lo fue la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en torno a la acción de inconstitucionalidad que 47 senadores de la LIX Legislatura interpusieron en el máximo tribunal en contra de las reformas a la Ley Federal de Radio y Televisión y a la Ley Federal de Telecomunicaciones aprobadas por ese mismo cuerpo legislativo.

Con el propósito de dimensionar la importancia del derecho a la información en clave garantista, este ensayo aborda en un primer momento el estado de este derecho en el marco jurídico mexicano. Posteriormente realiza una aproximación al constitucionalismo rígido como paradigma relevante en la ciencia jurídica, analiza el modelo garantista y la noción de los derechos fundamentales en tercer lugar y, por último, previo a las conclusiones, desglosa la impronta garantista del voto particular que formuló el ministro Genaro David Góngora Pimentel adosado al fallo de la Corte que resolvió el recurso de inconstitucionalidad mencionado.

1. El derecho a la información en México

El derecho a la información es un derecho fundamental incorporado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y tiene vigencia en el Estado mexicano desde 1977, fecha en que el entonces presidente de la República, José López Portillo, adicionó al artículo 6° la porción normativa: “El derecho a la información será garantizado por el Estado.”

No obstante, hasta la fecha esta norma constitucional permanece sin ley secundaria que reglamente a cabalidad este derecho. Es cierto que se ha avanzado y, paradójicamente, en el sexenio de Vicente Fox Quesada -periodo en el que fue aprobado el decreto de reformas a los marcos jurídicos de la radiodifusión y de las telecomunicaciones mejor conocido como Ley Televisa-, se materializó una reforma que posicionó al país como una nación de avanzada en términos de transparencia y acceso a la información pública, adelantándose incluso a legislaciones europeas en este ámbito.

El 11 de junio de 2002 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Cinco años después, en los inicios del gobierno de Felipe Calderón Hinojosa, se realizó una reforma constitucional con la que se elevó a este rango el derecho de acceso a la información señalando lo siguiente:

Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.¹

Para el aseguramiento de esta modificación constitucional en todo el país, a las entidades federativas se les otorgó un plazo de un año para ajustar sus leyes a la misma. Sin embargo, por lo que toca al derecho a la información, esta reforma fue incompleta y

¹ Artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Adicionado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de julio de 2007).

desafortunada toda vez que por su inscripción en el artículo 6° pareciera agotar esta prerrogativa en una sola de sus vertientes.

En su toma de posesión como titular del Poder Ejecutivo en 1976, José López Portillo expresó: “En el caso de la información no basta con abrir la oportunidad legal y libre para que haya información y comunicación. En una economía mixta en la que los procesos mercantiles también se garantizan, menester es garantizar que quienes por la fortuna no tienen medios, tengan sí la seguridad de informar y ser informados.”²

Año y medio después, en la celebración del día de la libertad de prensa, López Portillo declaró: “El derecho a la información es ya expresión constitucional, pero todavía no suficientemente garantizada. Y éste es uno de los retos que se le presentan a la estructura democrática del país.”³

Dicho reto no fue concluido por el presidente del Partido Revolucionario Institucional ni tampoco en los cinco sexenios subsecuentes. El 20 de julio de 2007, como se ha referido, se llevó a cabo la reforma constitucional al artículo 6°, empero, las siete fracciones añadidas se limitaron a disponer bases y principios constitucionales al derecho de acceso a la información pública y no al derecho a la información en su sentido amplio.

A diferencia de la estrechez del derecho a la información en el artículo 6°, los tratados internacionales suscritos por el presidente de la República y aprobados por el Senado abarcan al derecho a la información en su significado amplio. Por tanto, si bien al aprobarse por la Cámara Alta los tratados y convenios se convierten en Ley Suprema según lo dicta el artículo 133 constitucional, urge actualizar la Carta Magna con lo reconocido a nivel internacional.

En su artículo 19, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, *y el de difundirlas*, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”⁴

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, señala en su numeral 13 lo siguiente:

1. 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.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, *de frecuencias radioeléctricas*, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información *o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones*.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

² Cfr. Solís Lerece, Beatriz. (2001) “De cómo llegamos hasta aquí... Los antecedentes de la Ley Televisa”. En Esteinou, Javier y Alva de la Selva, Alma Rosa (coords.) *La “Ley Televisa” y la lucha por el poder en México*. México, D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana. (p. 30)

³ *Ibidem*. (p.31)

⁴ Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). El subrayado es propio.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.⁵

Por su parte, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad 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.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.⁶

Como se podrá constatar en estos tratados internacionales, además de subyacer como derecho complementario de la libertad de expresión, el derecho a la información no se reduce, ni mucho menos se agota, en el acceso a la información pública. Ésta es una sola de sus arterias, que en conjunto son buscar, recibir y difundir información. Por ello, reconocer en toda su extensión este derecho fundamental, traduciendo estas bases internacionales en la norma constitucional, resulta un quehacer imperante.

En su vertiente de difusión, el Estado debe vigilar el cumplimiento del derecho a la información tal y como lo menciona el Pacto de San José en su tercer párrafo, a saber, no permitir el abuso en el control de las frecuencias radioeléctricas, a través de las cuales circulan las ondas electromagnéticas de la radio y la televisión.

En este sentido, la concentración mediática que existe en particular en el sector de la televisión, en el que dos televisoras, Televisa y TV Azteca, ostentan el 95% de las concesiones para operar canales de televisión en el país, figura una amenaza para la viabilidad de este derecho fundamental. La primera posee 257 concesiones (56%), entre frecuencias propias y afiliadas; en tanto que la segunda tiene 180 concesiones (39%)⁷, acaparando así casi el total de la producción y la oferta informativa de la señal abierta.

Producto de esta estructura mediática, es la calidad de la información que la audiencia recibe, lo que lesiona, a la vez, otra de las vértebras del derecho a la información. En su libro *Sobre la televisión*, Pierre Bourdieu destaca el concepto de la “circulación circular” como un efecto existente en la esfera mediática por el entorno al que pertenece. Sometida a los mismos anunciantes, a los mismos sondeos y, eventualmente, al mismo público, la competencia, dice Bourdieu, se homogeneiza.

En la prensa escrita, en la radio y en la televisión, agrega el sociólogo francés, sucede que los periodistas están expuestos a la misma información. “Esta especie de juego de espejos que se reflejan mutuamente produce un colosal efecto de enclaustramiento, de aislamiento

⁵ Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978). El subrayado es propio.

⁶ Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). El subrayado es propio.

⁷ Butler Silva, Fernando. (2010) “Fallas regulatorias y de competencia de la “Ley Televisa” y efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. En Esteinou Madrid, Javier y Alva de la Selva, Alma Rosa (coords.) *La “Ley Televisa” y la lucha por el poder en México*. México, D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana. (p. 243)

mental.”⁸ Consecuencias similares tiene en una audiencia recibir la misma información, quizá con privilegios y enfoques distintos en cada medio pero, al cabo, los mismos temas.

Sin lugar a dudas, abrir el sector de la televisión a nuevos competidores con el esquema prevaleciente de concesiones que se diferencian de los permisos por su posibilidad de lucrar con el servicio ofrecido, equivale a querer tapan el sol con un dedo. De esta manera, subsanar esta carencia en el derecho a la información precisa del reconocimiento de nuevas formas de intercambio de información, que aunque intentan operar con base en esquemas de comercialización para ser autosuficientes, no gozan de acta de nacimiento en la legislación correspondiente. Estas realidades son los medios públicos y los medios comunitarios.

El tema del derecho a la información, así, implica más aspectos que el acceso a la información en manos de los entes públicos. En México, este derecho fundamental ha dado sus primeros pasos. Elevar a rango constitucional el acceso a la información pública es un paso importante, no obstante, de cara a adecuar el texto constitucional a lo que el propio reconoce como Ley Suprema y que ello repercuta en las leyes secundarias, falta mucho tramo por recorrer.

2. Constitucionalismo rígido, sujeción a la ley

Las democracias en su conjunto, plantea Luigi Ferrajoli⁹, son testigo de una crisis profunda y creciente del derecho que tiene su cuño en la crisis de la legalidad, en la inadecuación del Estado de derecho con el Estado de bienestar y en el debilitamiento del Estado nacional por el modelo económico del libre mercado.

En primer lugar, apunta el jurista italiano, la crisis de la legalidad se expresa en la fenomenología de poderes que se desenvuelven con una gran influencia en la política de un país, tanto por la ausencia como por la ineficacia de los controles legales para sujetar su comportamiento a la ley.

En su libro *El garantismo y la filosofía del derecho*, Ferrajoli formula dos clasificaciones básicas de cuya intersección derivan cuatro clases de poderes. Las relaciones cardinales son los poderes salvajes ilegales -contra el derecho- y los poderes salvajes extralegales -fuera del derecho- por un lado; así como los poderes de la sociedad -privados- y los poderes del Estado -públicos- por el otro. Cruzando ambas relaciones surgen cuatro formas de poderes: los poderes privados ilegales, los poderes públicos ilegales, los poderes privados extralegales y los poderes públicos extralegales.

Aterrizando esta tipología los grupos del terror y del crimen organizado se ubican como poderes privados ilegales, en tanto que las redes de corrupción al interior de las instituciones públicas se enmarcarían dentro de los poderes públicos ilegales. Sobre los poderes privados de carácter extralegal, el autor aclara su pertenencia al terreno económico, desde donde desarrollan una dinámica propia en contradicción con el interés público por la ausencia de límites legales.

Los sistemas de corrupción en la administración pública, comenta Ferrajoli, se han convertido en un Estado paralelo, amén de la ilegalidad pública que se manifiesta “[...] en la progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y del conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos [...]”¹⁰.

⁸ Bourdieu, Pierre. (2005) *Sobre la televisión*. Barcelona: Anagrama. (p. 32)

⁹ Ferrajoli, Luigi. (2006) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi. (2006) *Derechos y garantías... O. Cit.* (p. 15)

En segundo término, la crisis del Estado social consiste en que mientras el Estado de derecho radica en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma abstracta, el Estado social insta a estos poderes a satisfacer los derechos sociales mediante prestaciones positivas no siempre abstractas “[...] y, por tanto, eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática y partidista.”¹¹

Esta situación, ejemplifica el autor en su libro *Derechos y garantías. La ley del más débil*, se traduce en la inflación legislativa por la presión de intereses sectoriales y corporativos, en la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes y en la generación de una legislación fragmentaria que en materia de derechos sociales representa “[...] no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio.”¹²

Por último, el derecho y en consecuencia las democracias enfrentan la crisis del Estado nacional debido a los procesos de integración mundial. A propósito de ellos, Ferrajoli advierte que a falta de un constitucionalismo internacional, estos procesos han relegado a los centros tradicionales del ejercicio de la soberanía. Los Estados nacionales, admite, son cada vez menos legitimados, así como las fronteras “estatalistas” para los derechos ciudadanos, pero esta integración tiene como efecto el debilitamiento de los constitucionalismos.

Ciertamente la mirada de Ferrajoli corresponde, sobre todo en este último planteamiento, al proceso de integración europeo, el cual ha conllevado la formulación de un marco jurídico común que pueda responder, en esta línea, a la crisis del Estado de derecho, entendido en su sentido lato y formal como todo ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por ley y ejercitados en las formas (positivismo jurídico), pero también en su sentido sustancial, como aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están sujetos a la ley no sólo en lo que corresponde a las formas sino también a los contenidos (constitucionalismo rígido).

Para el caso mexicano, que si bien se encuentra inmerso en el mismo proceso de globalización y de apertura de fronteras para el libre flujo de bienes y servicios, vale la pena hacer una escala en el modelo sustancial del Estado de derecho, o bien, constitucionalismo rígido, como fundamento del modelo garantista que se perfila más adelante. Esto, con la finalidad de imprimir su importancia y de que pueda trascender, tal y como lo sugiere Ferrajoli, a un tercer modelo ampliado de Estado de derecho que depende en la escena internacional de la voluntad política de los países.

Tras el cambio de paradigma del iusnaturalismo al positivismo jurídico con el nacimiento del Estado moderno, el monopolio de la producción jurídica y la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de la identificación del derecho, en la segunda mitad del siglo XX se produjo una nueva vuelta de tuerca con la subordinación de la legalidad a constituciones rígidas. En otras palabras, el tránsito fue de un Estado legislativo de derecho en el que la validez de la norma la concedía una fuente de producción dotada de competencia normativa, a un Estado constitucional de derecho en el que cambian las condiciones de validez de una norma al pender ésta ya no sólo de una autoridad competente, sino de la congruencia de su contenido con los principios constitucionales.

En esta revolución de la forma al fondo, o bien, del ser al deber ser, cambia igualmente el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica al disciplinar la constitución las formas de producción legislativa e imponer prohibiciones y obligaciones de contenido, “[...] correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera

¹¹ Ferrajoli, Luigi. (2006) *Derechos y garantías...* O. Cit. (p. 16)

¹² Ferrajoli, Luigi. (2006) *Derechos y garantías...* O. Cit. (p. 16)

antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.”¹³

Asimismo, esta manera de otear el derecho repercute en el papel de la jurisdicción al aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, interpretación que queda en manos de los jueces, quienes tienen el deber de censurar determinada norma si no tiene cabida en el sentido constitucional. Menester es citar a la luz de esta implicación del constitucionalismo rígido, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación -máxima autoridad judicial en México-, sobre el recurso de inconstitucionalidad impulsado por 47 senadores de la LIX Legislatura que denunciaron 21 conceptos de violación a la Carta Magna al reformarse la Ley Federal de Radio y Televisión y la Ley Federal de Telecomunicaciones.

De esta secuela, dice Ferrajoli, “[...] se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten.”¹⁴

Por otra parte, la subordinación de la ley a las bases constitucionales implanta no sólo una dimensión sustancial a las condiciones de validez de la ley, sino que también lo hace en la democracia. Aunque equivale a un límite, porque a los derechos corresponden obligaciones y prohibiciones para los poderes de la mayoría, la enriquecen en virtud de que éstas se alinean como nuevas garantías frente a los abusos de poder que ponen en riesgo este sistema político. De esta forma, la dimensión sustancial de la democracia se verá beneficiada en tanto se sabe, con base en el constitucionalismo, qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por mayoría, y qué es lo que está garantizado por la norma constitucional.

Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los *derechos sociales* que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no solo de legitimación sino también, y sobre todo como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones.¹⁵

La relación entre la validez de una norma y la democracia es intrínseca. A una concepción meramente formal de la validez de la ley concierne una democracia formal o procedimental en la forma de las decisiones. En tanto que una democracia sustancial, garante de los derechos fundamentales, supone una visión constitucional que dé sentido, límites y validez a la norma. La posibilidad del derecho inválido por la divergencia entre el deber ser y el ser del derecho, es la condición del Estado constitucional de derecho y de la dimensión sustancial de la democracia.

Pareciera que el constitucionalismo se enmarcara únicamente como una revancha del iusnaturalismo al positivismo jurídico en razón de su dependencia a la justicia de sus contenidos y no a la forma de producción de las leyes. Sin embargo, más allá de esta lectura,

¹³ Ferrajoli, Luigi. (2005) “Pasado y futuro del Estado de derecho”. En Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta. (p.18)

¹⁴ Ferrajoli, Luigi. (2005) “Pasado y futuro... O. Cit. (pp. 18 y 19)

¹⁵ Ferrajoli, Luigi. (2006) *Derechos y garantías... O. Cit. (pp. 23 y 24)*

cabe destacar el valor del constitucionalismo como complemento del positivismo jurídico al tener las constituciones rígidas un fundamento positivo y basar la validez de las normas tanto en su existencia formal como en su sujeción a criterios sustanciales constitucionales. En este entendido, en vez de constituir un carpetazo al positivismo jurídico, el constitucionalismo significa su reforzamiento.

Pese a que en algunas latitudes este paradigma esté siendo rebasado por el ritmo global y los esfuerzos de integración económica y política entre distintas naciones, lo que tiene como consecuencia la pérdida de soberanía y el debilitamiento de las constituciones nacionales, el constitucionalismo sigue siendo en buena medida, como lo vaticina Ferrajoli, un programa para el futuro.

En virtud de estos procesos, el constitucionalismo no puede quedarse estancado en las constituciones nacionales, sino que debe extenderse al ámbito internacional en adición al estatal, mediante la promoción de una integración jurídica de carácter supraestatal que aglutine principios constitucionales supremos como evolución necesaria del derecho.

Las constituciones, como utopías de derecho positivo, no pueden traducirse en la práctica a la perfección, pero establecen los caminos de transformación del derecho en la dirección de la igualdad en los derechos fundamentales. Hacia un constitucionalismo ampliado a escala internacional esta ruta no puede pasar desapercibida y sí, en cambio, ser la guía para su consolidación.

3. Garantismo, sistema de los derechos fundamentales

Los poderes, siguiendo a Ferrajoli, sean de carácter público o privado tienden a acumular el poder de forma absoluta. Para limitar los abusos de los poderes públicos se ha desarrollado a lo largo de los años la idea de Estado de derecho. Empero, lo que a la fecha sigue siendo ausencia no sólo en el plano institucional sino también en la reflexión teórica, es el apuntalamiento de la tutela de los derechos fundamentales frente a los poderes privados, esto es, un constitucionalismo de derecho privado.

Por sí sola, la expresión Estado de derecho se refiere únicamente al conjunto de poderes que conforman el Estado, es decir, a los poderes públicos que se encuentran sujetos a lo dispuesto por la ley y que a través de las instituciones públicas están obligados a cumplir con la huella de todo constitucionalismo: el respeto a las garantías. Es de este modo vertical entre Estado y ciudadanos que se ha desenvuelto el paradigma garantista del Estado de derecho, no obstante, dicho tipo de relación también existe entre poderes privados, en su mayoría económicos, y ciudadanos indefensos ante éstos.

El Estado de derecho, según el lente ferrajoliano, se ha extendido de diversas formas junto con su sistema de garantías al derecho privado, lo que aún es una carencia en una teoría del Estado de derecho y de los derechos fundamentales en relación con los poderes privados. Una noción ampliada del Estado de derecho bien puede satisfacer esta penuria, pero hoy en día relaciones asimétricas entre potestades privadas y ciudadanos amenazan el respeto a los derechos fundamentales.

A falta de regulación jurídica, estas relaciones se manifiestan bajo la forma de *poderes* y *sujeciones extra jurídicas* y tendencialmente *salvajes*: o porque se desarrollan dentro de roles e instituciones

jurídicas abandonadas a dinámicas sustancialmente libres e incontroladas; o porque se desarrollan fuera de cualquier rol o institución jurídica y bajo formas puramente extra legales o ilegales.¹⁶

Si no están regulados, estos poderes son fuentes de desigualdades y de límites a las libertades por no estar impedidos a no ser absolutos. Al cobijo o al margen de las autoridades, los poderes salvajes pueden crecer y ocupar incluso vacíos institucionales como ocurrió con la validación de la Ley Televisa en la Cámara de Diputados el 1 de diciembre de 2005 y con su convalidación en el Senado de la República la madrugada del 31 de marzo de 2006; a pesar de que ésta fue objeto del rechazo mayoritario de los actores que fueron convocados a las consultas públicas que tuvieron lugar en la Cámara Alta durante la discusión de este proyecto de reformas.

Bajo este panorama de insuficiencia e ineficacia de límites a las potestades privadas, la corriente jurídica del garantismo se ha asentado como el paradigma de las democracias constitucionales a partir del reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de las personas.

El garantismo, afirma el propio Luigi Ferrajoli en una entrevista¹⁷ realizada en 1997, es un sinónimo del Estado constitucional de derecho que se refiere al sistema de garantías de los derechos fundamentales, en el que la ley no es sólo condicionante sino que está condicionada al respeto de los mismos. En el derecho moderno, recuerda en este intercambio celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid, el reconocimiento de la norma era resultado del principio de legalidad enunciado en la máxima hobbesiana "*Auctoritas non veritas facit legem*"; por el contrario, en el paradigma constitucional las leyes están subordinadas a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Por tanto, resume: "El Estado constitucional de derecho es un Estado de derecho perfeccionado en el que no existe poder que no esté sujeto a las leyes."¹⁸ En síntesis, el garantismo es un paradigma que procura un sistema de vínculos y límites para los poderes públicos y privados en cuidado de los derechos fundamentales.

Acercas de estos derechos, que son la base de la igualdad jurídica, Ferrajoli propone a modo de definición teórica:

Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «*status*» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.¹⁹

Con base en los parámetros de ciudadanía y capacidad de obrar, al interior de los derechos fundamentales tienen lugar dos grandes divisiones. Por un lado la que se da entre los derechos de la personalidad y los derechos de la ciudadanía, que corresponden a todos o sólo a los ciudadanos; por otro lado, los derechos primarios y los derechos secundarios, que

¹⁶ Ferrajoli, Luigi. (2001) "Contra los poderes salvajes del mercado: Para un constitucionalismo de derecho privado". En Carbonell, Miguel; Concha, Hugo; Córdova, Lorenzo y Valadés, Diego (coords.) *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. (pp. 106 y 107)

¹⁷ Pisarello, Gerardo y Suriano, Ramón. (1998) "Entrevista a Luigi Ferrajoli" En *Isonomía*. No. 9 / Octubre.

¹⁸ *Ibidem*. (p.188)

¹⁹ Ferrajoli, Luigi. (2006) *Derechos y garantías...* O. Cit. (p. 37)

corresponden a derechos sustanciales de todos o a derechos de autonomía exclusivos para las personas con capacidad de obrar, respectivamente.

Cruzando ambas distinciones derivan cuatro tipos de derechos. Como derechos primarios: los derechos humanos, que son los que atañen indistintamente a todos los seres humanos, el derecho a la vida, a la libertad, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud, a la educación y a las garantías procesales; y los derechos públicos, que se les reconocen sólo a los ciudadanos, como el derecho de circulación por el territorio nacional, a la residencia y al trabajo.

A manera de derechos secundarios: los derechos civiles, que corresponden a las personas con capacidad de obrar, entre los que destacan todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada; y los derechos políticos, reservados para los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho al voto o el derecho a ser elegido para un cargo de representación popular.

Estos derechos fundamentales, contenidos en las constituciones rígidas, expone Luigi Ferrajoli, permiten delinear cuatro tesis orientadas al planteamiento de una teoría de la democracia constitucional. La primera, expone, supone resaltar la diferencia que ha permanecido oculta entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales. La segunda tesis se refiere a que los derechos fundamentales constituyen el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y, por ende, de la democracia sustancial. La tercera es la naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales y, por último, las relaciones entre derechos y sus garantías en función de razonamientos que aseveran que la ausencia de la segundas niega los primeros.

Para efectos de este ensayo, que pretende dimensionar el derecho a la información desde el paradigma garantista, resulta oportuno recuperar la cuarta tesis, la cual se concreta en sostener que si bien la inexistencia de garantías no elimina los derechos, esta ausencia equivale, no sólo a una inobservancia del derecho positivamente estipulado, sino a una laguna que debe ser satisfecha por la legislación.

Así como el resto de los derechos, los derechos fundamentales estriban en expectativas negativas o positivas a las que tocan obligaciones y prohibiciones. Ferrajoli²⁰ conviene en llamar garantías primarias a estas obligaciones y prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar en el orden judicial las violaciones de los derechos. Dicho de otra manera, a mantener el control constitucional en caso de que alguna norma lesione los derechos fundamentales, o sea, las garantías primarias.

Por defecto de estipulación de las garantías primarias o por insuficiencia de institución de los órganos facultados para sancionar o invalidar violaciones a los derechos fundamentales, pueden existir lagunas primarias y secundarias, pero tales faltas no puedan negar la existencia del derecho subjetivo de una norma jurídica; “[...] se podrá sólo lamentar la laguna que hace de él un «derecho de papel» y afirmar la obligación del legislador de colmarla.”²¹

Los derechos y las garantías, constituidas por las obligaciones, las prohibiciones y las sanciones correspondientes existen si y sólo si están normativamente establecidos, en tanto son producidos por la tarea legislativa. Hecha esta distinción, la ausencia de garantías, explica Ferrajoli, debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos deben enmendar, y las violaciones a los derechos concebidas como antinomias que deben ser sancionadas como actos ilícitos o anuladas como actos inválidos, tal es el caso de una norma inconstitucional, es decir, que sea contradictoria a los principios de una constitución.

²⁰ Ferrajoli, Luigi. (2006) *Derechos y garantías...* O. Cit.

²¹ Ferrajoli, Luigi. (2006) *Derechos y garantías...* O. Cit. (p. 62)

Desde esta óptica, el caso mexicano peregrina en un camino desprovisto de la efectividad de ambas garantías. En contraste con los derechos protegidos por los tratados, convenios y pactos internacionales, las garantías individuales concentradas en los primeros 29 artículos de la Constitución son garantías primarias atrasadas y desactualizadas, por lo que deben ser puestas al día a fin de que lo expresado en estas cartas se caracterice por un salto a la acción.

Por otra parte, en cuestión de las garantías secundarias, mismas que se traducen en los instrumentos de protección de los derechos fundamentales con facultades de sanción, el país sigue adoleciendo. Aunque cabe resaltar, como se desglosa más adelante, que en algunos casos la defensa de los derechos fundamentales ha prevalecido en discusiones respecto a la constitucionalidad de normas particulares.

Como se detalló al principio, el derecho a la información es un derecho establecido positivamente en la Carta Magna. Una parte de éste, que es el derecho de acceso a la información pública, está protegido a través de garantías secundarias que se han materializado en órganos para la protección de este derecho. No obstante, sus otras vertientes siguen sin ser salvaguardadas mediante dinámicas institucionales.

Los derechos preconizados en la escena internacional son muestra de la divergencia que se impone entre la norma y la realidad. En un Estado constitucional esta diferencia necesita ser satisfecha o cuando menos reducida en el plano técnico y en el plano político con la sujeción a las cartas internacionales sobre derechos humanos. Las bases están puestas para el primero, por tanto, el reto se apetece más de naturaleza política que jurídica para dar efectividad a los derechos fundamentales.

4. Voto garantista del ministro Góngora Pimentel

En apego al acuerdo del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 7 de junio de 2007, en relación con la acción de inconstitucionalidad 26/2006, promovida por senadores de la LIX Legislatura del Congreso de la Unión en contra de los poderes Legislativo y Ejecutivo por aprobar el decreto de reformas a la Ley Federal de Radio y Televisión y a la Ley Federal de Telecomunicaciones, mejor conocidas como Ley Televisa, el 20 de agosto de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la sentencia del Poder Judicial y los votos particulares formulados por el ministro Genaro David Góngora Pimentel.

A través de 87 folios el ministro Góngora Pimentel, ex presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expuso el sentido de sus votos advirtiendo lo siguiente:

En relación con la acción de inconstitucionalidad señalada al rubro, a lo largo de la discusión de la misma, manifesté mi disenso con la forma en que votaron la mayoría de los integrantes del pleno en algunos de los temas, y aún en aquéllos en que compartí la determinación sobre las normas impugnadas, considero que el tamiz a través del cual se analizaron no era el adecuado, pues en el estudio se preponderaron argumentos de carácter económico sobre los derechos fundamentales que en el caso se encuentran implicados tales como libertad de expresión, información y prensa.²²

Por esta razón, se enfatizan a continuación los principales votos de este ministro, considerados como una de las mayores precisiones en materia de derecho a la información y

²² Votos que formula el señor ministro Genaro David Góngora Pimentel, en relación con la sentencia del Tribunal Pleno de 7 de junio de 2007, que resolvió la acción de inconstitucionalidad 26/2006, promovida por los senadores integrantes de la LIX Legislatura del Congreso de la Unión.

sus bases constitucionales, a partir de una interpretación garantista del tema, es decir, a favor de los derechos fundamentales.

En relación con el marco regulatorio del régimen de concesiones sobre bandas de frecuencia, el pleno de la Corte sostuvo, para argumentar la relación indisoluble entre la frecuencia concesionada con el uso que se le da, que las leyes especiales que regulan el espacio aéreo en materia son la Ley Federal de Radio y Televisión y la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Para llegar a esta conclusión, determina Góngora Pimentel, resultaba oportuno demostrar que el espectro radioeléctrico forma parte del espacio situado sobre el territorio nacional con base en el artículo 27 constitucional y en los términos fijados por el derecho internacional. En efecto, el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones establece a las ondas radioeléctricas como las ondas electromagnéticas cuya frecuencia se halla por debajo de los 3 mil gigahertz.

Relacionando este concepto y el de espectro radioeléctrico definido por la Ley Federal de Telecomunicaciones en su artículo 3º se obtiene que éste forma parte del espacio situado sobre el territorio nacional que, de acuerdo con el artículo 27 constitucional, corresponde su dominio directo a la Nación, “[...] adiciones que en nada modificaban el contenido del fallo, pero que abonaban en exactitud.”²³

Un segundo punto es el del marco constitucional y legal regulatorio del servicio de radiodifusión, entendiéndose por éste, tal y como lo señala la ley, tanto a la radio como a la televisión. Para ubicar en su justo lugar a los derechos fundamentales, refiere el ministro, una herramienta fundamental que debió esgrimirse era la jurisprudencia internacional, misma que, crítica, apenas aparece de manera aislada en las resoluciones aun cuando en algunas jurisdicciones, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido aceptadas y se impone como un método singular de interpretación constitucional.

Esta reflexión cita los artículos 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, anteriormente transcritos, así como la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Estos últimos reflejan la importancia de la libertad de expresión como un derecho humano básico para el desarrollo personal de un individuo.

La importancia relevante de la libertad de expresión -dentro de la que se encuentra incluido el derecho a la información- como un derecho humano ha sido extensamente reconocida, tanto por su propio mérito como bajo la consideración de que constituye un apuntamiento esencial de la democracia y un medio para salvaguardar otros derechos humanos.²⁴

Por su parte, ilustra, en su opinión consultiva OC-5/85 la Corte Interamericana de Derechos Humanos distingue en la libertad de expresión dos dimensiones complementarias. Por un lado la dimensión individual, que comprende el derecho de utilizar cualquier medio para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios; y por otro lado la dimensión social de la libertad de expresión como medio para la comunicación masiva entre los seres humanos.

Con base en el derecho internacional, las libertades de expresión, información y prensa incluyen la libre utilización de los medios masivos de difusión, tanto más en la sociedad

²³ Votos que formula... (p. 2)

²⁴ Votos que formula... (p. 59)

contemporánea. En específico, el derecho a la información incluye “[...] el derecho a comunicar y el derecho a recibir libremente información, pues es claro que no existe la comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible, de manera que el derecho a la información es un derecho con una doble manifestación que se concreta en comunicar información y recibirla.”²⁵

En consideración de este derecho de acceso a los medios, una regulación que reconozca la pluralidad de medios con el objeto de que sean verdaderos instrumentos de esta libertad es indispensable. Así lo anima la opinión consultiva OC-5/85 al subrayar: “Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión [...]”.²⁶

Para la eficacia de este derecho, dicta Góngora Pimentel, se requiere que los poderes públicos tomen acciones sobremedida en el sector de la televisión, debido a que hoy en día ésta juega un papel protagonista en la formación de la opinión pública que puede convertirse incluso en un peligro ante su abuso. En términos constitucionales, concluye, en el servicio de la radio y la televisión debe asegurarse su utilización social en tanto ambos están vinculados con el derecho fundamental de la libertad de expresión, el cual precisa de la pluralidad de medios y de la formación de una opinión pública libre.

En este tenor, su voto en torno a la estructura de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, órgano fortalecido para regular lo relativo a los sectores de la radiodifusión y de las telecomunicaciones, es complementario para la tutela del derecho de acceso a los medios de comunicación y está encaminado, desde la perspectiva garantista, a la creación de garantías secundarias para proteger derechos fundamentales.

Dentro del esquema del derecho a la libertad de expresión, para garantizar el derecho de acceso a los medios de comunicación es necesaria la independencia y la autonomía del órgano regulador frente a grupos políticos o económicos.

Mediante la adición del artículo 9-A a la Ley Federal de Telecomunicaciones, se creó la Comisión Federal de Telecomunicaciones como órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente y la cobertura social de las telecomunicaciones y la radiodifusión.

Si bien este órgano se constituyó por decreto presidencial en 1996, el decreto de reformas que incorporó artículos a la Ley Federal de Telecomunicaciones, publicado el 11 de abril de 2006, concedió a este órgano mayores atribuciones y las facultades que en materia de radio y televisión le conferían a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, es decir, aplicar la ley en materia, los tratados internacionales, los reglamentos y cualesquiera otras disposiciones administrativas aplicables.

Sin embargo, de acuerdo con lo prescrito en declaraciones, documentos de cuerpos internacionales y tribunales, esta configuración no garantiza que haya autonomía del órgano regulador, atributo que constituye una exigencia constitucional de los derechos de expresión, información y prensa.

El sentido de dicha autonomía es la de sustraer la dirección y el manejo de la radiodifusión del control de las mayorías políticas y de los grupos económicos dominantes. La libertad de acceso y el pluralismo que deben caracterizar a la radio y la televisión pueden resquebrajarse cuando los medios de comunicación se convierten en canales propagandísticos de la mayoría política o de los grupos económicos dominantes, de modo que la autonomía del órgano regulador en materia de radiodifusión se erige en una garantía funcional e institucional del derecho de acceso a los medios

²⁵ Votos que formula... (pp. 7 y 8)

²⁶ Cfr. Votos que formula... (p. 9)

de comunicación a fin de que aquél no sea un ejecutor de la política discrecional del Estado, sino únicamente de las directrices de la política de radiodifusión adoptadas por el legislador.²⁷

Las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas a los informes de Líbano, Kyrgyztán, Sudán y Mauricio, la Carta Africana sobre Radiodifusión de 2001, la recomendación del Consejo de Europa sobre el pluralismo en los medios de comunicación con fecha de 20 de noviembre de 2000, la cuestión 8/1 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y el documento de referencia de la Organización Mundial de Comercio sobre Telecomunicaciones Básicas, son algunos de los documentos que recogen esta necesidad.

La cuestión 8/1 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, a la que pertenece el Estado mexicano, instituye: “Si existe un ente regulador, es importante que tenga i) claridad sobre su jurisdicción y mecanismos de resolución definidos, ii) competencia organizativa adecuada, iii) financiación adecuada, y iv) aislamiento político. La independencia dimana en mayor medida de este último factor que de cualquier definición formal [...]”²⁸

Por su parte, el documento de la Organización Mundial de Comercio sobre Telecomunicaciones Básicas establece que: “El órgano de reglamentación será independiente de todo proveedor de servicios de telecomunicaciones básicas y no responderá a él. Las decisiones del órgano de reglamentación y los procedimientos aplicados serán imparciales con respecto a todos los participantes en el mercado.”²⁹

En este sentido, transferidas a la Comisión Federal de Telecomunicaciones las facultades en materia de radio y televisión, los legisladores estaban obligados a asegurar la autonomía del órgano regulador frente a los poderes políticos y económicos, empezando con su constitución fuera de la Administración Pública Federal y no jerárquicamente subordinada a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes como ocurrió.

Del proyecto de reformas a la Ley Federal de Radio y Televisión el ministro de la Corte desmenuza con pinzas garantistas también el artículo 16, que a la letra dice: “El término de una concesión será de 20 años y podrá ser refrendada al mismo concesionario que tendrá preferencia sobre terceros. El refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley.”³⁰

Para ubicar en contexto, el artículo 17 indica: “Las concesiones previstas en la presente ley se otorgarán mediante licitación pública. El Gobierno Federal tendrá derecho a recibir una contraprestación económica por el otorgamiento de la concesión correspondiente.”³¹

Por lo que toca a este artículo, seis ministros se manifestaron a favor de su total invalidez. No obstante, al no alcanzar la mayoría calificada, de ocho ministros, la inconstitucionalidad detectada no fue plasmada en la sentencia del máximo tribunal del país.

El voto particular del ministro Góngora Pimentel en torno al artículo 16 es revelador de la advertencia planteada al inicio de su reflexión. Como se señaló, seis ministros se pronunciaron por su inconstitucionalidad, aunque cabe acentuar que lo que privilegiaron estos jueces en su determinación fueron razones de tipo económico como la violación del principio de libre competencia del artículo 28 constitucional, y no la perspectiva de los derechos fundamentales.

²⁷ Votos que formula... (p. 20)

²⁸ Votos que formula... (p. 21)

²⁹ Votos que formula... (p. 22)

³⁰ Artículo reformado DOF 11-04-2006. Declarado inválido por sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a acción de inconstitucionalidad 26/2006.

³¹ Artículo reformado DOF 27-01-1970, 11-04-2006.

Desde esta mirilla, este artículo es violatorio de la Constitución debido a que la posibilidad de refrendar una concesión por tiempo indefinido, atenta contra la garantía de igualdad expresada en el artículo 1º constitucional, contra la libertad de expresión, el derecho a la información, la libertad de prensa y el acceso equitativo a los medios de comunicación, contenidos en los artículos 6º y 7º, así como contra la utilización social de los bienes de la Nación regulada por el artículo 28 de la Carta Magna.

Estudiar este asunto en su dimensión económica, acota el ministro, soslayaría que los derechos fundamentales poseen un valor superior en el orden constitucional. En este sentido, a decir de Góngora Pimentel, lo que el artículo consagra en su contenido es “la concesión a perpetuidad del espectro radioeléctrico para el servicio de radiodifusión”³², toda vez que aunque la sentencia invalidó la porción normativa del plazo fijo de los 20 años, prevalece la ausencia de requisitos para que opere el refrendo y se solicite un número ilimitado de veces, lo que está prohibido por la Constitución en virtud de los derechos incluidos en los artículos 6º y 7º de la norma federal, a saber, las libertades de expresión, información y prensa que, a su vez, amparan el derecho de acceso equitativo a los medios de comunicación.

En lenguaje garantista, estos derechos implican un deber de promoción de parte del Estado, hoy en día más relevante por la existencia de fuerzas económicas que obligan al legislador a regularlos con la finalidad de garantizar igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro y, en consecuencia, pluralidad en los medios; que constituyen las dimensiones individual y social del derecho de acceso a los medios.

La citada opinión consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculante a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, refiere:

Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.³³

Dado que el derecho de acceso a los medios de comunicación es un presupuesto para la realización del principio democrático, éste debe tener una posición preferente en el orden constitucional frente a otras garantías como podría ser el principio de libre competencia.

En esta línea, pese a que la subasta pública fue declarada inconstitucional como criterio prioritario para el otorgamiento de las concesiones, en esta votación tuvo que haber predominado el tamiz de los derechos fundamentales y no sólo la garantía de la libre competencia que tutela el artículo 28 constitucional.

Si el artículo 17-G de la Ley Federal de Radio y Televisión, el cual señala que la Comisión Federal de Telecomunicaciones tomará en cuenta el resultado de una licitación a través de subasta pública para entregar una concesión, propicia la concentración de los medios de comunicación, interroga Góngora Pimentel: “¿No tiene esto mayor trascendencia en relación con el derecho de la información, directamente afectado ante el menoscabo del pluralismo en los medios de comunicación, que con la eficiencia del mercado?”³⁴

En efecto, amén de fomentar el acaparamiento de los medios de comunicación en los grupos económicos con mayor poder adquisitivo, la subasta pública como criterio para la

³² Votos que formula... (p. 35)

³³ Votos que formula... (pp. 39-40)

³⁴ Votos que formula... (p. 51)

asignación de frecuencias podría derivar en la conversión de los medios en instrumentos de dominio que con un solo punto de vista amenazarían la cohesión social y las bases de un Estado democrático que supone, entre otros carices, una visión pluralista que refleje la compleja realidad del país y la composición pluricultural de la Nación.

Por último, los votos particulares que se adosan a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con la acción de inconstitucionalidad 26/2006, arguyen en el mismo tenor garantista la supremacía de la Constitución en lo que fue considerado el quid de la cuestión de la Ley Televisa, el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión, y en la obligación que tenía el Legislativo de establecer las disposiciones normativas para que las comunidades indígenas pudieran tener acceso a los medios de comunicación en congruencia con el artículo 2º constitucional, lectura que junto con las anteriores integran un cimiento para garantizar el derecho a la información.

Frente al proceso de digitalización y de convergencia tecnológica que viven hoy en día las telecomunicaciones, el legislador tuvo en sus manos la decisión de permitir la expansión del ámbito de acción de los concesionarios de la radio y la televisión al sector de las telecomunicaciones con la utilización del espectro liberado que este proceso conlleva, o la posibilidad de aprovechar la liberación del espectro y diversificar el mercado desde una administración basada en la rectoría del Estado sobre un bien de dominio público que constituye el medio para la concreción de los derechos fundamentales de expresión e información.

Con las reformas a la Ley Federal de Radio y Televisión y a la Ley Federal de Telecomunicaciones de 2006, el legislador optó por la primera soslayando así principios constitucionales como los expresados en el artículo 25 de la Carta Magna referente a la rectoría del Estado y en el artículo 28, que dice:

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos, o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.³⁵

Con base en ello, el espectro liberado por los concesionarios de la radiodifusión, en particular por los concesionarios de la televisión al haber adoptado el esquema A/53 ATSC que dispone la política para la transición a la televisión digital terrestre en México, debería disponerse para impulsar una asignación pluralista de bandas de frecuencias que faciliten la participación de otros sectores de la sociedad en beneficio de la democracia y por encima de los intereses mercantiles.

Por otra parte y de forma expresa, la Constitución impone al legislador en su artículo 2º la necesidad de establecer las condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación; sin embargo, las reformas a la Ley Federal de Radio y Televisión no atendieron este mandato, actualizándose una omisión legislativa.

La Constitución, delinea Góngora Pimentel, es un texto jurídico -no sólo de buenas intenciones- que señala las obligaciones para los diferentes poderes del Estado, “por lo que me parece que no puede afirmarse que los derechos sociales son normas programáticas que pueden o no ser desarrolladas por el Legislativo, de manera voluntaria.”³⁶

³⁵ Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁶ Votos que formula... (p. 76)

Al ser incluidos en la Constitución, los derechos sociales fundan obligaciones efectivas para el Estado, en sus diferentes poderes y desde sus respectivas atribuciones, para emitir las normatividades necesarias que garanticen dichas prerrogativas. En este caso, el derecho de acceso a los medios de comunicación tutelado por la fracción VI del apartado B del artículo 2º constitucional, con el fin de promover la igualdad de oportunidades, eliminar cualquier práctica discriminatoria, y abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas.

5. Conclusiones. Hacia la revitalización de los derechos fundamentales

Por la tendencia global en el sector de las telecomunicaciones, las maniobras del poder mediático, enmarcando éste como uno de los poderes salvajes de naturaleza privada que acechan la vida democrática, son una realidad que no eclipsará. La oferta de servicios de un concesionario de radio o televisión puede expandirse en la prestación de servicios auxiliares o adicionales para sus consumidores en tanto haya una irrestricta vigilancia del órgano correspondiente en materia de competencia.

El quehacer de este tipo de instancias, en el caso mexicano de la Comisión Federal de Competencia, resulta cada vez más oportuno por el ritmo vertiginoso en el que se desarrolla la tecnología y en el que se amplía la oferta de servicios que son susceptibles de brindarse bajo una misma plataforma, lo que da pie a la formación de monopolios de carácter público o privado en el uso, aprovechamiento y explotación del espacio situado sobre la superficie territorial.

Aunque algunas voces, en su mayoría provenientes de la industria de la radio y la televisión o de las telecomunicaciones intentan distorsionar la rectoría del Estado en este espacio como un obstáculo para el crecimiento y en detrimento del desarrollo del país, este discurso pareciera ser más un sofisma que una argumentación preocupada por el interés colectivo.

La defensa del derecho a la información no va en sentido contrario con el desarrollo de la industria de la radiodifusión o con la incorporación de nuevas tecnologías en ésta para ofrecer servicios de mejor calidad e incluso a mejor costo. De hecho, para su cabal garantía este derecho precisa del aprovechamiento de los avances tecnológicos y de la utilización de recursos que derivan de procesos como la convergencia digital. Sin embargo, este desarrollo no puede pasar por alto derechos fundamentales como son la libertad de expresión y de prensa, y los derechos de información y acceso a los medios de comunicación tutelados en los mentados artículos 6º y 7º de la Constitución mexicana.

Precisamente, ante este panorama es que cobra relevancia la corriente garantista en la ciencia jurídica, que parte del reconocimiento y respeto a los derechos fundamentales como *conditio sine qua non* para el diseño de un Estado constitucional democrático, ya no sólo frente al abuso del Estado o de los poderes públicos que lo constituyen, sino en mayor medida, frente a las fuerzas privadas que amenazan con el menoscabo de estos derechos. Incluso, abrevia el jurista Miguel Carbonell³⁷, el Estado pasa de ser un enemigo de los derechos fundamentales a un promotor de los mismos como actor de satisfacción.

No obstante, con esta conversión el Estado no queda exento de observancia ni de obligaciones, tal es el caso de las omisiones del Legislativo en materia de cumplimiento y

³⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi. (2006) *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Editorial Trotta.

creación de garantías a los derechos fundamentales expresados en la Carta Magna, factor que ha contribuido a que éstas prerrogativas sean vulneradas.

A pesar de la lección de garantismo que colige el ministro Genaro David Góngora Pimentel y de otras alusiones que se hacen a esta perspectiva en los tribunales del país, la lectura de casos con base en esta óptica sujeta al amparo de principios y bases constitucionales con prioridad en los derechos fundamentales, continúa siendo escasa o, en todo caso, incompleta. A tal grado que como lo remarca este ministro, en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la acción de inconstitucionalidad que interpusieron 47 senadores de la LIX Legislatura en contra de la Ley Televisa, prevaleció en buena parte de la discusión la tutela del principio de libre competencia en el ámbito económico por encima de derechos como la libertad de expresión y de información.

Es por ello que la necesidad de revitalizar la noción de los derechos fundamentales en un Estado constitucional de derecho sobresale como un quehacer apremiante para dimensionar su importancia y, en consecuencia, su valor en el orden jurídico. Asimismo, para abonar en su protección a través de garantías secundarias y procedimientos en manos de instituciones con capacidad de sanción y control constitucional en caso de presentarse alguna violación.

A nivel global, el salto del constitucionalismo rígido a un constitucionalismo de escala internacional es un tránsito obligatorio dados los procesos de integración económica y política que han venido en aumento en los últimos años. Sin lugar a dudas estos procesos conllevan el debilitamiento de las constituciones nacionales, empero, éstos deben convertirse en la oportunidad de redimensionar las cartas y convenciones de derechos humanos como base incluso de un constitucionalismo sin Estado, no al margen de éste sino de carácter supraestatal.

Por tanto, para hacer frente a los poderes privados que hoy ponen en vilo el diseño de los países democráticos, un orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional se apetece como el modelo idóneo.

Es cierto que México y muchos otros países latinoamericanos no son protagonistas de un proceso de integración como el europeo, sin embargo, no pueden permanecer como espectadores de un giro normativo que apuntalaría como su principal engranaje la superioridad de los derechos fundamentales en la escena internacional como eje articulador. Aunque se ha insistido en que en la jerarquización de las leyes, los tratados y convenios internacionales firmados por el presidente de la República y aprobados por el Senado ocupan, como cualquier otra ley contenida en la Constitución, un rango superior al de las leyes reglamentarias, la gran mayoría de los derechos salvaguardados en estos documentos parecieran quedarse en el papel.

Huelga redundar en la importancia y, por ende, en la necesidad de dimensionar el derecho a la información con una lente garantista luego de esgrimir los argumentos del ministro Góngora Pimentel en los aspectos medulares de un paquete de reformas que ha representado una de las expresiones más acabadas del poder mediático en México. No obstante, resulta conveniente enfatizar que siendo un pendiente en la agenda democrática del país, el derecho a la información podría ser solventado de forma íntegra con este pavimento a la base, itinerario que forzosamente atraviesa el tema de los medios de comunicación y el de su estructura en un régimen democrático que debe responder a circunstancias de igualdad en las condiciones de acceso, pluralidad y respeto a los derechos.

Sin saldar esta deuda en tantos sectores de la población excluidos de los micrófonos y de las pantallas por la concentración que priva en la radio y la televisión, difícilmente se puede hablar de un régimen democrático garante de los derechos fundamentales. Por ello, no se puede perder de vista que la ausencia de garantías deteriora el diseño de un Estado constitucional democrático.

Fuentes bibliográficas

Bourdieu, Pierre. (2005) *Sobre la televisión*. Barcelona: Anagrama.

Butler Silva, Fernando. (2010) “Fallas regulatorias y de competencia de la “Ley Televisa” y efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. En Esteinou Madrid, Javier y Alva de la Selva, Alma Rosa (coords.) *La “Ley Televisa” y la lucha por el poder en México*. México, D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana.

Ferrajoli, Luigi. (2001) “Contra los poderes salvajes del mercado: Para un constitucionalismo de derecho privado”. En Carbonell, Miguel; Concha, Hugo; Córdova, Lorenzo y Valadés, Diego (coords.) *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Ferrajoli, Luigi (2005) “Pasado y futuro del Estado de derecho” En Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, Luigi. (2006) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, Luigi. (2006) *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Editorial Trotta.

Pisarello, Gerardo y Suriano, Ramón. (1998) “Entrevista a Luigi Ferrajoli” En *Isonomía*. No. 9. México, D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México.

Solís Leree, Beatriz. (2001) “De cómo llegamos hasta aquí... Los antecedentes de la Ley Televisa”. En Esteinou, Javier y Alva de la Selva, Alma Rosa (coords.) *La “Ley Televisa” y la lucha por el poder en México*. México, D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana.

Legislación mexicana

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Radio y Televisión. Diario Oficial de la Federación (DOF) 11-04-2006.

Ley Federal de Telecomunicaciones. Diario Oficial de la Federación (DOF) 11-04-2006.

Tratados internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978).

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976).

Otros documentos

Votos que formula el señor ministro Genaro David Góngora Pimentel, en relación con la sentencia del Tribunal Pleno de 7 de junio de 2007, que resolvió la acción de inconstitucionalidad 26/2006, promovida por los senadores integrantes de la LIX Legislatura del Congreso de la Unión.