

Libertad y Monopolio en la Economía y los Medios de Comunicación*

Ernst J. Mestmäcker**

***Profesor Distinguido, Profesor de Derecho Privado y Comercial, Universidad de Bielefeld. Director del Instituto Max Planck (Alemania).*

*Exposición en el Ciclo de Conferencias sobre Fundamentos de un Sistema Social Libre, organizado por el Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, abril de 1981.

Sobre la libertad y el monopolio en la economía y los medios de comunicación

Ernst J. Mestmäcker

Señoras y señores:

Estoy muy complacido de estar aquí y poder compartir ideas y experiencias en un área de interés común, como es la de los Fundamentos de la Libertad.

Estos fundamentos pueden ser analizados en términos de todas las ciencias sociales. La economía nos dice cómo reconciliar la escasez con la libertad y la división del trabajo. El Derecho debe decirnos cómo reconciliar las libertades individuales con las reglas del Gobierno. La ciencia política observa la relación entre las libertades políticas y el poder político; y la sociología, por supuesto, nos habla de todas estas cosas al mismo tiempo.

En estrecha relación con la especialización de las ciencias sociales, han habido muchos intentos por distinguir los distintos tipos de libertad, según su importancia. El intento de más importancia política ha sido el de demostrar que las libertades económicas son menos importantes que las políticas, lo que implicaría que los poderes del Estado para interferir las libertades económicas se distinguirían de los que interfieren con las libertades políticas. Ese es el problema.

Otros argumentarían, por el contrario, que las libertades económicas son más importantes que las políticas y que no debemos preocuparnos mucho sobre las libertades políticas si es que existe libertad económica. Aquí todo depende, obviamente, de cómo se definen las libertades económicas.

La razón por la cual propongo discutir la libertad y el monopolio, con referencia especial a los medios de comunicación, es que

en ese campo se hace más evidente la interdependencia entre las libertades económicas y las políticas. Una prensa libre siempre ha sido considerada como uno de los fundamentos de una sociedad libre y como un instrumento real para controlar el poder gubernamental y de los grupos privados, tan importante como el Estado de Derecho.*

Pero la producción de periódicos es, al mismo tiempo, una actividad económica, tal como lo puede confirmar nuestro moderador. La aparición de los medios electrónicos, la radio y la televisión, ha logrado que la imagen de la relación entre la economía y la política se haga aún más difícil. En la mayoría de los países de Europa Occidental existe la prensa privada; pero, al mismo tiempo, hay distintos grados de control público sobre la televisión, generalmente organizado bajo la forma de corporaciones públicas controladas ya sea por el Gobierno directamente o por los llamados grupos de relevancia social, tales como: la Iglesia, partidos políticos, sindicatos, etc. La justificación tradicional a esta clase de monopolio público en la televisión ha sido la escasez de frecuencias: sería técnicamente imposible tener más de uno o dos canales simultáneamente. Sin embargo, el desarrollo de la microelectrónica y las comunicaciones han convertido esta escasez en abundancia. Estos cambios tecnológicos hacen posible el cambio institucional en los medios de comunicación, pero no los inducen automáticamente.

Si ustedes observan los países de Europa Occidental hoy en día, encontrarán que las respuestas a las nuevas oportunidades tecnológicas y económicas en el área de los medios de comunicaciones electrónicas están determinadas exclusivamente por consideraciones políticas; y este tipo de consideraciones tienden generalmente a conservar el *statu quo* en la organización de la televisión, desarrollado en un contexto de escasez de frecuencias.

En base a esta experiencia me gustaría discutir algunos de los temas relacionados con el monopolio y la libertad en el área de la economía y los medios de comunicación.

En una sociedad libre, el objetivo del Derecho es el de limitar y controlar el poder del Estado y de los grupos sociales, para así proteger y conservar la libertad individual. Para los liberales, el monopolio más peligroso es el monopolio estatal de la coerción. Bajo el Estado de Derecho, cualquier acción de la autoridad pública que interfiera con la libertad individual debe ser autori-

*Traduciremos "rule of law" por "Estado de Derecho". N. del T.

zada por reglas que especifiquen los medios y el propósito de tal acción.

Sin embargo, el Profesor *Hayek* nos ha enseñado que, aun en una democracia, no es suficiente el exigir autoridad mediante leyes para la acción gubernamental. El poder de todas las autoridades públicas, incluyendo las asambleas representativas democráticas, "debe estar limitado por reglas de largo plazo que nadie tiene el poder de cambiar o anular en servicio de fines particulares: principios que constituyen las relaciones de asociación de la comunidad, que reconoce una autoridad, ya que esa autoridad está sujeta a tales reglas de largo plazo". La garantía constitucional de los derechos humanos, incluyendo las garantías a la propiedad privada, la libertad de contrato y la libertad de prensa, sirven a este propósito. Ellas quitan al Estado todo el poder que implica interferencia con las acciones y propiedad individuales que, de esta manera, quedan protegidas. Se deben observar estos principios sin importar las conveniencias o propósitos últimos de la ejecución de políticas públicas.

El área donde estos principios son de extrema importancia es la economía. Es una tendencia peligrosa el distinguir las libertades políticas de las libertades económicas para así subordinar las últimas a las exigencias de corto plazo de un interés público mal definido. Si se reconoce el hecho que el ejercicio de las libertades económicas influye sobre la economía en su conjunto, como una razón para olvidarse de ellas, éstas se debilitarán y, gradualmente, se eliminarán. La técnica legislativa de las constituciones socialistas presta un flaco servicio a la garantía de los derechos humanos, en la medida que éstos sean "derechos privados" y su ejercicio no se haga social o económicamente pertinente.

Esta es la perspectiva con la que se debe leer la declaración de derechos de cualquier constitución comunista de Europa del Este. La protección de las libertades individuales contra la interferencia por parte de las autoridades públicas, a través del Estado de Derecho, es una condición necesaria, pero no suficiente, para una sociedad libre. La razón y la experiencia nos dicen que las libertades individuales no se pueden conservar, incluso en una democracia, si el Estado, además de su poder político, tiene el poder de controlar la economía. Si el monopolio estatal de la coerción se combina con el monopolio de los recursos económicos y productivos, este poder se hace tan fuerte y opresivo que, de hecho, es absoluto.

Bajo estas circunstancias, cada individuo se hace dependiente del Estado para su subsistencia. El derecho a seguir la profesión

elegida, el derecho a elegir residencia, el derecho a la privacidad, la libertad de asociación y de prensa quedan a disposición de un Estado que controla la economía mediante la planificación central. La sustancia de las libertades civiles no se puede conservar sin garantizar al individuo el libre acceso a los medios económicos necesarios para su ejercicio. Si el Estado controla los medios de producción de los periódicos, pierde todo sentido la garantía constitucional de libertad de prensa. Estas lecciones se pueden aprender tanto de las economías socialistas de Europa Oriental como de la economía nazi desde 1933 a 1945.

Verán, entonces, cuán importantes son, en este sentido, los desarrollos tecnológicos en el área de los medios de comunicación electrónica, ya que las frecuencias de radio y televisión son, en cierto modo, el papel en que estas comunicaciones "son impresas". Por lo tanto, el control económico de las facilidades de producción electrónica es tan importante para la comunicación libre como lo es el control del papel para el diario bajo las circunstancias tradicionales.

Hablaré ahora de un importante tema secundario en el esquema de las garantías a las libertades individuales. El asunto se refiere a cómo es posible controlar y limitar el ejercicio de los poderes estatales cuando este poder se usa en el campo económico. Todos conocemos las numerosas actividades estatales, tipos de planificación central, que influyen en muchos aspectos sobre las actividades económicas; es en este sentido que nos debemos preguntar sobre los problemas particulares que surgen al aplicar el Estado de Derecho a estas actividades.

La experiencia universal en los intentos de controlar los monopolios gubernamentales demuestra que todos los instrumentos para controlar el poder político, desarrollados bajo el Estado de Derecho y en contextos de constituciones democráticas, son absolutamente inefectivos si se aplican a las actividades empresariales del Estado. En Canadá y Gran Bretaña, donde se hicieron intentos de aplicar el control parlamentario a las empresas públicas, no sólo se obtuvieron resultados poco efectivos, sino que fue casi imposible manejar estas empresas en forma racional.

Es por esta razón que el control del poder económico estatal es un problema especial y distinto al control del poder político del Gobierno.

Por ello me gustaría hablar de la necesidad de una constitución económica.

La constitución económica a la que me refiero no es un instrumento de derecho positivo, sino que es algo así como la "Consti-

tución de la Libertad" del Profesor *Hayek*: un intento de organizar las ideas pertinentes a los problemas especiales de control del poder económico.

Estos temas han llegado a ser aún más importantes, ya que los gobiernos occidentales que se adhieren, en principio, a la economía de mercado, han aprendido a usar instrumentos de política económica que evitan el control del Estado de Derecho e incluso evitan la necesidad de legislación. En realidad, estos instrumentos se han desarrollado para este propósito; entre ellos, el de uso más frecuente, de importancia no sólo nacional, sino que también internacional, es la cooperación de la industria y el Gobierno en orden a implementar políticas gubernamentales que incorporan los intereses de la industria, la que, a su vez, respalda otras políticas de Gobierno.

Uno de los efectos más importantes de la competencia y el libre acceso a todos los mercados es que hacen imposible, tanto para el Gobierno como para la industria, implementar políticas o alcanzar resultados que escapan al propósito económico. Sin duda, no hay otro instrumento que sea tan efectivo como el mercado competitivo para lograr que el Gobierno y las empresas respondan a los deseos del consumidor individual. La competencia dificulta la adquisición de poder económico que luego se puede convertir en poder político. Es, por lo tanto, parte de la tarea de una constitución económica el preservar la competencia y el libre acceso a todos los mercados.

La desviación más real y más peligrosa de este principio son los monopolios generados o apoyados por el Gobierno. En su dominio, estos monopolios públicos tienen efectos que son incompatibles con una economía de mercado y un orden libre. En mi propio país, un ejemplo a señalar lo constituye el monopolio público de los teléfonos. Este nació a fines de siglo; en esa época, el monopolio de teléfonos tenía todas las características de un monopolio "natural". En nuestros días, las cortes alemanas y la Corte Constitucional Alemana han reglamentado que este monopolio telefónico tradicional, si me lo permiten, algo dañino, se extienda a todos los medios electrónicos de comunicación de mensajes. El efecto de ello fue que ese viejo monopolio telefónico se extiende a hora a todos los nuevos sistemas de transmisión electrónica de mensajes, incluso a los instrumentos utilizados por los usuarios para recibir o usar los medios de comunicación. De este modo, el monopolio se extiende ahora a una gran área de equipo de oficina que nunca antes había tenido relación con el monopolio telefónico. Sin embargo, esto tiene un "feliz" efecto

lateral, ya que, por primera vez, las industrias que se encuentran bajo la regulación de un monopolio público reaccionan violentamente en contra de este tipo de intrusión en sus decisiones de inversión. Actualmente existe un fuerte movimiento en Alemania Occidental, resultado de lo anterior, para limitar o, en el mejor de los casos, abolir el monopolio.

La razón por la que elegí este ejemplo es que las transmisiones de la radio y la televisión son, por supuesto, transmisión de mensajes electrónicos; así, en realidad, el monopolio telefónico se extiende también a este tipo de emisiones.

Mientras fue técnicamente imposible tener más que unas pocas frecuencias para la televisión, esto no era muy importante. Sólo había que tratar de organizar una televisión tan independiente del Gobierno como fuera posible. Esto se hizo, como lo dije anteriormente, organizando una corporación pública controlada por grupos socialmente relevantes. La Corte Constitucional Alemana dictaminó que este tipo de organización era compatible con la garantía constitucional de libertad de expresión y de prensa, aplicable a la televisión en la medida que se tenga escasez de frecuencias.

Hoy ya no hay dudas que no tenemos escasez de frecuencias. Sin embargo, el actual Gobierno insiste en que se debe mantener ese tipo de organización en la televisión. Uno de los instrumentos usados para este propósito ha sido el del viejo monopolio del teléfono, ya que el Gobierno Federal le ha dicho al Correo Alemán, que administra este monopolio, que no instale cables que puedan ser usados para transmitir programas de televisión. Si eso sucediera, se terminaría con la base constitucional del sistema televisivo actual. Así pueden ver que, incluso en 1981, es posible usar un monopolio económico para restringir el desarrollo de las comunicaciones y, de hecho, interferir la libertad de expresión tal como está garantizada en la Constitución Alemana.

Yo creo que este ejemplo ilustra muy bien el tipo de interdependencia que tenía en mente al insistir que la constitución económica o los principios de una constitución económica son tan importantes para garantizar la libertad política como lo son las mismas libertades políticas.

La opinión pública siempre ha sido considerada como uno de los instrumentos más importantes para observar, escudriñar, controlar y, si es necesario, poner de manifiesto las acciones del Gobierno que sean consideradas abusivas. Sin embargo, la opinión pública tiene un rol aun mucho más importante, ya que influye en el proceso de legislación en una sociedad libre. El

proceso descentralizado de legislación para cada ley es un ejemplo muy importante y ha sido analizado exhaustivamente por el Profesor *Hayek*. El proceso es influido en términos de tradiciones culturales específicas de una sociedad a través de la opinión pública; y esta importancia de la opinión pública es hoy en día casi idéntica a la opinión producida por los medios de comunicación. Esta es la razón por la cual la opinión pública y los medios de comunicación tienen una relevancia política tal que es posible, aun en estos tiempos, en Europa Occidental, distinguir a los partidos políticos según el tipo de posición que tengan respecto a la organización de los medios de comunicación. Esto es más que cierto, dado que el efecto actual de la televisión sobre el pensamiento y las opiniones de las personas es probablemente mayor que el de la opinión impresa. Existe mucha evidencia empírica que demuestra que los programas de televisión son instrumentos que pueden ser usados para crear un rol artificial para el individuo, según el cual vive y cree que está siendo informado sobre la opinión de sus conciudadanos.

La importancia cultural de la televisión se demuestra en muchas de las actividades de las sociedades democráticas, que están encaminadas no sólo a controlar la televisión, sino que a prevenir la intrusión de ideas extranjeras en su propio país. Un ejemplo son las relaciones entre los Estados Unidos de América y Canadá. Este último país ha estado, tradicionalmente, muy consciente de los efectos que, ellos creen, pueda tener la televisión de los Estados Unidos de América en la sociedad canadiense.

Las funciones públicas de los periódicos son reconocidas en toda Europa Occidental y, por supuesto, en los Estados Unidos de América, como la base de la garantía constitucional referente a la prensa libre. Me gustaría citar un dictamen de la Corte Constitucional Federal de Alemania que, supongo, también podría ser un dictamen de la Suprema Corte Americana o de la Cámara de los Lores:

"No puede haber una comunidad libre sin una prensa libre que no esté controlada por la autoridad pública, ni sujeta a censura. En especial, la democracia moderna depende de una prensa política libre y publicada regularmente. El ciudadano, que va a ser parte en decisiones políticas, debe estar bien informado y debe estar en una posición que le permita conocer y juzgar las opiniones políticas de otros. La prensa hace posible esta discusión; entrega las noticias, las comenta y, así, canaliza y dirige las controversias públicas."

Estas son las razones por las que estamos acostumbrados a

hablar del interés público en una prensa libre. Sin embargo, la habilidad de la prensa para cumplir con sus funciones públicas depende de su independencia del Estado. Por su naturaleza, las autoridades públicas son incapaces de organizar y administrar una prensa libre e independiente. Esta es tarea de editores privados. En consecuencia, la empresa privada en esta área es la garantía más importante de las funciones públicas de una prensa libre. Esta idea es, en mi opinión, extremadamente importante, puesto que se plantea, con mucha frecuencia, en mi propio país y en otros de Europa Occidental, que siempre que haya un propósito público debe existir una organización de interés público. Ciertamente, esto no tiene por qué ser así. Hay intereses públicos, y probablemente los más importantes, que sólo pueden ser alcanzados por organizaciones privadas. Es una tendencia fatal en mi país, particularmente en la teoría legal y en lo social, identificar con frecuencia, incluso hoy en día, al interés público con el Derecho público. El Derecho privado, por ser privado, es más importante en términos del interés público.

En lo que se refiere a la prensa libre, parece que la empresa privada es el único esquema institucional compatible con las funciones de una prensa libre, independiente del Gobierno. La razón de esto es muy simple. Los diarios tienen que ser producidos, y la producción de diarios es una actividad económica. Las actividades económicas que no son desarrolladas por el gobierno, lo son por la empresa privada. La Corte Suprema de Alemania Federal ha llegado a esta conclusión y extiende la garantía de una prensa libre a una prensa libre administrada por la empresa privada.

Las exigencias institucionales de una prensa libre no acaban con su organización como empresa privada. El libre acceso y la competencia en la publicación constituyen el "mercado de las ideas". El proceso que determina la viabilidad de la discusión pública y el debate, depende de la viabilidad y efectividad de la competencia económica. La eliminación de la competencia en la publicación, necesariamente interfiere con las funciones constitucionales de la prensa.

Así, las características del proceso competitivo son realmente importantes para el funcionamiento de una prensa libre. Por esta razón, creo que se debe mirar con ojos sumamente críticos las restricciones privadas a la competencia y a la concentración económica en el área de los medios de comunicación.

Existe una fuerte discusión, a veces incluso desagradable, aun dentro de la Sociedad Mont Pelerin, en torno a si las restric-

ciones privadas a la competencia son una amenaza seria a nuestras libertades, o si mejor nos olvidamos de ellas, ya que las interferencias del Gobierno son aún más peligrosas que las mismas restricciones. Debo confesar que aún creo en la necesidad de interferencia gubernamental cuando existen restricciones privadas a la competencia, pero no deseo discutir extensamente el tema en esta ocasión. Sólo deseo enfatizar que las restricciones a la competencia y la concentración económica en la industria de publicaciones son idénticas a una limitación de las distintas fuentes de opinión y que, en consecuencia, la diversidad de opiniones depende de la mayor diversificación y descentralización posibles de los agentes económicos dedicados al negocio de los medios de comunicación.

Todos estos aspectos son especialmente importantes y pertinentes si se los relaciona con los nuevos desarrollos en el área de los medios de comunicación electrónicos, a los que ya hice referencia. La novedad más importante en televisión se refiere a la posibilidad de suscripción, gracias al sistema de cable. Bajo un esquema así, ya no se pueden captar las emisiones de canales a los cuales no nos hayamos "suscrito"; pero, al mismo tiempo, estamos en posición de comprar exactamente la programación que deseamos y dejar de hacerlo si nos llega a desagradar.

Este es exactamente el tipo de diseño organizacional sobre el que descansa el mercado, y creo que constituye la llave para abrir la posibilidad de organizar los medios de comunicación electrónicos y, en particular, la televisión, en base a principios generales de libre mercado. Sin embargo, aún esta posibilidad no es considerada, en la mayoría de los países de Europa Occidental, como una razón suficiente para abandonar los monopolios públicos existentes.

La razón por la que refiero nuevamente a esta situación en Europa Occidental se debe a que ya no es sólo un problema nacional el decidir qué tipo de televisión se desea tener, ya que la televisión con satélite ha internacionalizado irrevocablemente la organización de la televisión. No se puede regular o, al menos en el largo plazo, creo que no se podrá regular la televisión sobre una base nacional una vez que sea posible recibir programas de televisión en todo el mundo. Al respecto, debo decir que estoy bastante afligido al ver que mi propio Gobierno y el de Francia están intentando, a través de tratados internacionales, limitar las emisiones de televisión de satélite en sus propios países, para así proteger el sistema tradicional de televisión pública.

Los periódicos alemanes han entrado en acuerdos con la

estación de radio privada de Luxemburgo, que es el único país de Europa que tiene una radio comercial, para participar en la televisión vía satélite. Luxemburgo comenzará a emitir al espacio dentro de dos años. Así, con mucha probabilidad, tendremos una televisión privada en Alemania, a pesar de la oposición de nuestro Gobierno.

Ahora, desearía terminar con algunos comentarios acerca de los arreglos institucionales que se realizan para controlar y organizar la televisión que, hasta la fecha, no se administra como empresa privada en el sentido de la independencia con respecto al Gobierno. Pienso que estos arreglos institucionales son importantes, porque son utilizados en argumentos políticos como un modelo para otro tipo de organizaciones que se supone hacen posible contar con medios de comunicación independientes, sin control gubernamental y, al mismo tiempo, sin ser empresas privadas.

Este es el modelo de una corporación pública controlada por grupos socialmente relevantes. El modelo es, por lo tanto, muy importante, puesto que ahora en mi propio país, en Francia y Holanda se usa para argumentar que las corporaciones controladas por grupos socialmente relevantes y no controladas por incentivos pecuniarios son los instrumentos más adecuados para organizar no sólo la televisión, sino que también la prensa escrita privada. Además, tengo la impresión que la discusión actual sobre los arreglos institucionales apropiados para la televisión no estará limitada a esta área, sino que estamos en el proceso de decidir qué arreglo institucional será protegido constitucionalmente en el futuro para todos los medios de comunicación.

Probablemente no se sorprenderán que los que proponen las organizaciones controladas por grupos socialmente relevantes son prácticamente todos los grupos que son lo suficientemente relevantes como para ser representados en los directorios de las corporaciones públicas.

En otras palabras, estos grupos sienten que es indispensable que ellos estén en posición de controlar en el futuro lo que hagan las corporaciones públicas. Ahora, yo no voy a discutir si ellos están en posición de realmente controlar la programación de las corporaciones; lo importante es que ellos sienten que deben estar en posición política para hacerlo. Consecuentemente, por ejemplo, las iglesias y los sindicatos —que usualmente no están al mismo lado de la cerca— plantean por igual que este modelo debe ser adoptado para todos los medios. Creo que hay una razón muy importante por la que este tipo de organización no es un sustituto adecuado para la independencia de la prensa privada respecto al

Gobierno. La razón es que los mismos grupos que se presentan como relevantes en los directorios de estas corporaciones son los grupos más poderosos en nuestras sociedades. Ahora bien, los grupos poderosos en nuestra sociedad, por muy buenas razones, no están controlados por los mismos instrumentos que controlan al Gobierno; es decir, a través de procesos de revisión judicial y el principio de autoridad estatutaria para cualquier acción del Gobierno. Dado que estos grupos gozan, y por supuesto deben gozar para estar seguros, de todos los privilegios del Derecho privado, el único arreglo institucional para controlarlos y criticarlos es la opinión pública. Yo no creo que los mismos grupos que más necesitan ser criticados por la opinión pública deban controlarla.

De esta manera, volvemos al sistema de empresa libre para la prensa; nuestra tarea será organizar y controlar, mediante reglas, la prensa privada, de tal manera que ésta sea capaz de entregar la mejor contribución para la conservación de una sociedad libre.

Muchas gracias.