



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN**



EL SERVICIO PÚBLICO DE RADIO Y TELEVISIÓN

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

DOCTOR EN DERECHO

P R E S E N T A :

LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO

ASESOR: DR. JORGE FERNÁNDEZ RUIZ

ACATLÁN, EDO. DE MÉXICO.

OCTUBRE, 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Por haberme permitido llegar hasta el final, a Dios por sobre todas las cosas.

A mi familia: Gerardo Rodríguez Cárdenas, Rubí de la Luz Lozano González, Rubí Rodríguez Lozano, Leonardo Gabriel Rodríguez Lozano y Jorge Fernández Ruiz, con todo mi amor por su invaluable y necesario apoyo a lo largo de esta bonita aventura intelectual.

Con sincera gratitud para mis queridos maestros: Socorro Apreza Salgado, Ana Gloria Robles Osillo, Salomón Augusto Sánchez Sandoval, Gabino Eduardo Castrejon García, Miguel Alejandro López Olvera y José Francisco Pedro Pérez Hernández.

Con todo respeto y cariño In memoriam de: Cruz Lozano, Leonor González, Eusebio Rodríguez, María Cárdenas, Javier Santiago Sánchez y Jorge Luis Salomoni.

Con gratitud Al Opus Dei y a Don Jaime Rodríguez Arana.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	4
LAS LIBERTADES INFORMATIVAS Y DE EXPRESIÓN EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA	4
1. La Libertad de Expresión y de Información en los Instrumentos Internacionales.	4
2. El Carácter Universal de las Libertades de Expresión y de Información	5
3. La Libertad de Información y de Expresión en la Legislación y Jurisprudencia Mexicana	8
A) La jurisprudencia y las libertades de expresión y de información en México	8
B) La libertad de expresión y de información en la Constitución Mexicana	18
4. Libertad de Expresión e Información. Su Distinción a Través de la Doctrina	18
5. Relación de la Libertad de Expresión e Información con los Medios de Comunicación y los Requisitos de estas Libertades	24
A) El pluralismo como instrumento necesario para asegurar el derecho a recibir información	26
B) La veracidad como criterio de distinción entre la libertad de expresión y el derecho de la información.	29
6. Medios de Comunicación y Democracia	31
7. La Falta de Aseguramiento de las Libertades Informativas: Mediocracia y Desinformación	37
8. Las Obligaciones de Servicio Público	40
CAPÍTULO II	46
EL SERVICIO PÚBLICO Y LAS LIBERTADES INFORMATIVAS	46
1. La Radio y la Televisión como Servicios Públicos en el Ordenamiento Jurídico	46
2. Concepto de Radiodifusión	46
3. Historia de la Radiodifusión	46
4. Funcionamiento de la Radio y la Televisión	49
5. El Controvertido Carácter de Servicio Público de la Radio y la Televisión	50
A) El argumento técnico y económico	50
B) La situación de la radiodifusión como instrumento de transmisión de la cultura	51
6. Clasificación	55
A) Características esenciales	55
B) Régimen económico de la radiodifusión	55
C) Requisitos	56
D) Régimen jurídico	56
E) La tarifa en el servicio público de la radiodifusión	56

F) La internacionalización de la radiodifusión	56
7. Antecedentes Previos a la Aparición del Servicio Público	57
A) El Estado Liberal	58
B) El Estado Interventor	60
C) El Estado <i>neoliberal</i>	63
8. Origen del Servicio Público	64
9. El Servicio Público en la Doctrina	69
A) La corriente de León Duguit	70
B) La teoría de Gastón Jéze	74
C) La escuela del servicio público encabezada por Maurice Hauriou	75
10. Las Funciones Públicas	76
11. Servicio Público y Función Pública: su Distinción	78
12. El Concepto Actual de Servicio Público	79
13. El Servicio Público y la Constitución	85
14. Caracteres Necesarios del Servicio Público	88
15. Elementos del Servicio Público	92
A) La necesidad a cuya satisfacción se destina el servicio	92
B) La técnica como instrumento necesario para satisfacer la referida necesidad	93
C) Los usuarios del servicio público	93
D) La intervención estatal	94
E) El sujeto encargado de desarrollar la actividad satisfactora	95
F) Los recursos que requiere el servicio público para su prestación	96
G) Régimen jurídico exorbitante del derecho privado	96
H) El poder de policía	97
I) El dominio público	98
16. El Concepto Servicios Públicos Impropios	100
CAPÍTULO III	102
LAS ONDAS RADIO-ELÉCTRICAS	102
1. Las Ondas Radio-Eléctricas. Su Naturaleza Jurídica y Titularidad	102
2. El Funcionamiento de la Radio y la Televisión	105
A) La radio	105
B) La televisión	106
C) Las ondas hertzianas	107
3. La Naturaleza Jurídica del Espectro Radioeléctrico	108
4. La Escasez de las Ondas Hertzianas	112
5. Las Ondas Hertzianas y su Controvertido Carácter Demanial	114
6. De la Tecnología Analógica a la Digital	117
7. La Teoría de la Demanialidad	121

A) Concepto _____	121
B) Elementos _____	122
C) Caracteres jurídicos _____	123
8. Clases de Dominio Público _____	124
A) Dominio público terrestre _____	124
B. Domino público marítimo _____	125
C. El dominio público aéreo _____	125
CAPITULO IV _____	130
LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIO PÚBLICO _____	130
1. Causas y Vicisitudes de la Concesión de Servicio Público _____	131
2. Concepto de Concesión de Servicio Público _____	134
3. Naturaleza Jurídica de la Concesión de Servicio Público _____	138
A) Acto unilateral de la administración pública _____	138
B) Contrato de derecho privado _____	140
C) Teoría de la concesión como un acto mixto _____	141
D) La concesión como contrato administrativo _____	144
4. Otras Clases de Concesión Administrativa _____	145
A) Concesión de obra pública _____	145
B) Concesión de dominio público _____	146
5. Régimen Jurídico de la Concesión de Dominio Público en México _____	147
A) Preceptos constitucionales _____	147
B) Ley General de Bienes Nacionales _____	150
6. Elementos de la Concesión de Servicio Público _____	151
A) Sujetos _____	151
B) Las facultades del concedente _____	153
C) Las facultades del concesionario _____	153
D) El servicio público concedido _____	155
E) Los derechos del usuario del servicio público _____	155
E) Objeto _____	156
G) Forma _____	156
7. Extinción de la Concesión de Servicio Público _____	157
A) Plazo _____	158
B) Caducidad _____	159
C) Fuerza mayor _____	160
D) Rescate _____	160
E) Otras formas de extinción de la concesión _____	162
8. La Reversión de los Bienes a La Administración _____	162
A) Situación que guardan los bienes objeto de la reversión _____	163
B) Indemnización en la reversión _____	163
9. La Concesión de Radiotelevisión en México _____	164
10. La Concesión de Dominio Público _____	164
11. Plazo _____	166

CAPÍTULO V	169
LA CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO DE RADIO Y TELEVISIÓN	169
1. La Crisis del Servicio Público	169
A) La opinión de Manuel María Díez	169
B) La opinión de José Luis Villar Palasi	171
C) La opinión de Agustín Gordillo	172
D) La opinión de Enrique Silva Cimma	174
E) La opinión de Héctor A. Mairal	175
F) La opinión de Jean-Louis De Corail	176
G) La opinión de Luciano Parejo Alfonso	178
2. La Evolución del Concepto Servicio Público	179
A) El servicio público y las resoluciones del Consejo de Estado Francés	179
B) El servicio público en León Duguit	180
C) La propuesta de Gastón Jéze	180
D) La postura de Hauriou	181
E) El papel de Arnaldo de Valles en la reconstrucción del concepto de servicio público	181
F) El servicio público industrial y comercial	181
3. El Servicio Público en el Actual Entorno Jurídico	184
4. La Televisión debe estar Regida por las Obligaciones de Servicio Público	186
5. La Competencia y el Mercado	187
6. La Competencia y la Televisión	188
7. La Televisión Pública y el Servicio Público	189
CAPÍTULO VI	190
LA RADIO TELEVISIÓN Y EL CONTROL SOCIAL	190
1. El Control Social	190
2. El Control Social y la Economía	196
3. El Control Social y la Cultura	201
4. Los Medios de Comunicación y el Poder	204
5. La Influencia de los Medios de Comunicación en la Sociedad	210
6. Los Medios de Comunicación y la Democracia	214
7. La Función Democrática de los Medios de Comunicación	218
CONCLUSIONES	220
BIBLIOGRAFÍA	223

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación es el resultado de un proceso de reflexión y análisis gestado en el seno del Departamento de Derecho Administrativo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. El tema objeto de esta investigación se inscribe, por una parte, en el ámbito del derecho administrativo – en lo que hace al servicio público de radio y televisión-, y del derecho constitucional, respecto a la protección de los derechos fundamentales.

El interés por estos temas, algunos de ellos poco abordados en la doctrina científica mexicana, animó mi propósito de investigarlos, dada su inserción en las disciplinas jurídicas de mi predilección: derecho administrativo, derecho constitucional y el novedoso derecho de la radiodifusión.

Respecto del planteamiento del problema, considero que el marco jurídico de los medios de comunicación electrónicos en México, se encuentra en abierta contradicción con los valores del pluralismo informativo, además advertí el desfase del orden jurídico respecto de los avances tecnológicos, lo que trae como consecuencia el rezago en la regulación de las actividades de la radiodifusión, y resalta la trascendencia de conformar una nueva disciplina que revitalice nuestro sistema jurídico en el área de los medios de comunicación electrónicos.

Esto no es nuevo, tradicionalmente los sistemas jurídicos innovan su corpus normativo a partir de las transformaciones sociales y tecnológicas, y, en escasas ocasiones, el cambio se da a partir del proceso de creación normativa. De ahí que se diga que el derecho siempre va a la zaga de la realidad. En el caso de la radio y la televisión, los procesos técnicos y tecnológicos, han dado un nuevo perfil a las actividades de la radiodifusión.

La temática jurídica que se analiza, alude en primer lugar al derecho administrativo, y de ella derivan las nociones centrales del concepto servicio público, y en este trabajo lo que hicimos fue relacionarlo con la actividad de radiodifusión.

La hipótesis inicial de este trabajo, es señalar que la radio y la televisión tienen carácter de servicio público (pese a no estar dispuesto en la legislación), por que constituyen una actividad técnica que permite satisfacer necesidades de carácter general de los radioescuchas y televidentes, en materia de información, esparcimiento y educación, con sujeción a un régimen jurídico exorbitante del derecho ordinario.

En cuanto a la metodología, se puso especial énfasis en los aspectos históricos, de legislación, y de derecho comparado. El aspecto histórico, nos permite una mejor comprensión de la evolución del tema objeto de esta investigación. Especial atención se ha prestado a la doctrina científica y jurisprudencial, ideas y criterios que dan sustento a este trabajo, se abordó doctrina nacional y extranjera, entre las que destacan la española, argentina, uruguaya y chilena. Con relación a la legislación se procuró seleccionar la más representativa, en razón de su importancia y vigencia, ya que es una herramienta que permite comprender el tema en estudio desde una perspectiva teórico-práctica, y por tanto, contextualizada en sociedades que enfrentan problemas similares a los de la mexicana.

Los resultados de esta investigación doctoral están contenidos en seis capítulos, el primero de los cuales se ocupa de exponer un panorama amplio de las libertades informativas: de expresión y de información, así como su origen, clasificación, características y elementos.

El capítulo segundo se destina a estudiar la teoría del servicio público, las diversas corrientes doctrinales que lo proponen como elemento central del derecho administrativo contemporáneo, su concepto actual y su relación con la radiodifusión, el controvertido carácter del servicio público de la radio y la televisión, el régimen jurídico de la radiodifusión, así como también los elementos y características que definen a éste.

En los capítulos tres y cuatro se estudian otras cuestiones igualmente interesantes: la demanialidad del espacio aéreo y su relación con las ondas hertzianas, las concesiones de servicio público, y especialmente la de radio y televisión, las diversas formas de gestionar este servicio y las condiciones impuestas a los concesionarios de emisoras de radio y canales de televisión.

El capítulo quinto se ocupa de destacar la crisis que enfrenta el concepto servicio público dentro de la doctrina administrativa, siguiendo las opiniones de destacados autores nacionales y extranjeros.

El restante capítulo sexto, se ciñe al análisis de la influencia de los medios de comunicación en la sociedad actual, partiendo de las opiniones vertidas por parte de diversos sectores de la intelectualidad contemporánea, tales como: derecho, sociología, filosofía y literatura.

La parte final de esta tesis doctoral incluye, las conclusiones derivadas de los capítulos precedentes, las fuentes de consulta utilizadas y el índice general de esta investigación.

Por lo demás, este trabajo de investigación doctoral ve la luz en un momento en que el debate sobre la radio y la televisión ha cobrado nuevos bríos como consecuencia de las posturas encontradas en diversos puntos de dichas actividades, especialmente, ante la posibilidad de cambios en las políticas públicas del Estado mexicano.

Esta investigación doctoral sirvió para confirmar al autor la vocación académica que he desarrollado en estos años al impartir diversas asignaturas en la Facultad de Derecho de la UNAM, y para generar una especial empatía por el tema de la radiodifusión.

El presente trabajo doctoral debe mucho de su éxito a la guía de quienes fungieron como integrantes del comité tutorial, los doctores: Jorge Fernández Ruiz, Augusto Sánchez Sandoval, Gabino Catrejon García y Eduardo Torres Espinosa. Los numerosos aspectos o aciertos que pueda haber en esta tesis fueron motivados por las opiniones, orientaciones y reflexiones de dicho comité. No obstante, soy el único responsable de las omisiones y fallos que pudiere tener este trabajo doctoral.

Por último, no puedo dejar de mencionar que la presente investigación se benefició del apoyo otorgado por el CONACYT a través de una beca económica para cursar el programa de doctorado en derecho.

CAPITULO I

LAS LIBERTADES INFORMATIVAS Y DE EXPRESIÓN EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

1. La Libertad de Expresión y de Información en los Instrumentos Internacionales.

La libertad de expresión y de información nace y evoluciona como consecuencia del intercambio de ideas, opiniones e informaciones entre los hombres, lo que hace posible que el ser humano se desarrolle y progrese.¹ En el devenir del tiempo esta necesidad que tienen las personas de comunicarse entre sí, es lo que ha permitido que cada sujeto pueda aprovechar para sí mismo lo que aporta la inteligencia, la experiencia y el conocimiento de las personas. Por tanto, la comunicación es crucial para el progreso y desarrollo de la sociedad en su conjunto y de cada persona en lo particular. Este proceso comunicativo que han sostenido los seres humanos en el devenir del tiempo es lo que ha permitido el desarrollo integral de las personas y de las sociedades, así como también el enriquecimiento cultural, artístico, social y político en todos los aspectos de la sociedad. En consecuencia, la información es la base de la educación, la ciencia, el arte y la cultura. Sin ella no sería posible la cooperación entre individuos, grupos o naciones. Sin el permanente dialogo entre los hombres no existe progreso alguno.

Además de los libros, revistas y periódicos, que representan una primera fase en el desarrollo de la sociedad de la información que surgen y se desarrollan gracias a la imprenta, también podemos ubicar una segunda etapa que aparece con los medios de comunicación audiovisuales entre los que se encuentran: la radio, el cine, y la televisión que permiten difundir información a gran escala; Por último, una tercera etapa hace su aparición con la tecnología satelital de alcance universal.

En este aspecto, las libertades informativas tienen una estrecha relación con los valores sociales y culturales de la sociedad, y en la medida que se reconoce y fomenta una pluralidad de valores es inevitable que aparezcan diversos puntos de vista, así como

¹ De una manera más precisa, señalo lo siguiente: Las libertades de expresión y de información tienen un importante lugar en la organización de los estados democráticos que si no disponemos de una adecuada regulación jurídica para estas libertades podemos pensar que no entendemos realmente la sociedad en la que vivimos.

nuevos conceptos y teorías que la expliquen científicamente.² Será la información, en su sentido de comunicar hechos y opiniones de actualidad lo que ocupará nuestra atención más adelante.

2. EL CARÁCTER UNIVERSAL DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN

Está claro que la libertad de expresión³ y de información actualmente gozan de un reconocimiento universal, que se acredita desde tres aspectos: los mensajes atraviesan las fronteras gracias a la difusión de los medios de comunicación; son derechos que poseen enorme importancia para el desarrollo social, cultural, económico y político de toda sociedad; Y se considera universal el sujeto de estos derechos por ser correlativo al derecho a formar parte de la comunidad, es decir, el derecho a ser hombre en su aspecto personal y social. Es universal el medio, pues el derecho a la información culmina una progresiva evolución que parte de la libre expresión y comprende todo el progreso técnico que ha multiplicado soportes y métodos de incorporación de mensajes a soportes.

El derecho de la información arriba de forma poco precisa a las declaraciones internacionales de derechos, siendo en 1948, con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 19, que señala que: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión." Como se observa en este texto normativo la diferenciación entre ambas libertades, de expresión y de información es poco precisa, dado que el derecho a la información parece formar parte de la libertad de expresión.

² Y aquí tocamos un rasgo importante de las libertades informativas de lo que en realidad debe suceder con este tipo de derechos: "Hay que empezar por el grupo de derechos fundamentales que (como el de la libertad de opinión y expresión, el de asociación y de reunión, el de libertad de prensa, etc.) garantizan una publicidad políticamente activa; hay que comenzar por ellos, decíamos, para demostrar que los derechos fundamentales no son ya meramente negativos en la configuración fáctica de la publicidad estructuralmente transformada, sino que hay que interpretarlos positivamente como garantías de participación si se quiere que cumplan, que puedan cumplir, con sentido su función originaria". Habermas, J., *Historia crítica de la opinión pública*, trad: Antonio Doménech, 9ª ed, Barcelona, 2006, p. 252.

³ Así pues, creo que la libertad de expresión es el antecedente de otras libertades: de reunión, de petición y de información. Sin estas no habría sufragio universal, ni partidos políticos, mucho menos estados democráticos. La libertad de expresión hizo posible la transición de gobiernos de corte autoritario, que tienen su apoyo en reducidos sectores de la población, a los gobiernos de democracia constitucional que tienen el apoyo de enormes capas de la población. Yo creo, que a partir de ahí se puede comprender de mejor manera a la libertad de expresión, en efecto, la libertad de expresión nace formando parte del credo liberal individualista, enfrentado al poder público que castigaba todo tipo de juicio crítico.

Pues bien, la libertad de expresión se encuentra basada en una cierta desconfianza por el poder público. Esta circunstancia, es decisiva para considerar que la libertad de expresión goza de un rango preferente.

En sentido similar, la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, en su artículo 19 dispone: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”⁴

Por otra parte, el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ofrece una formulación más detallada sin llegar a plantear la distinción entre la libertad de expresión y de información, al incluir las características del derecho de la información dentro de la libertad de expresión: 19.2.- “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, este derecho comprende la libertad de buscar, recibir, y difundir informaciones 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.”

En tanto que el artículo 19.3, párrafo segundo, del referido Pacto contempla el ejercicio del derecho de información, al entrañar 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 pública.

En el ámbito regional, se encuentra el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales de 1950, que pese a tener un desarrollo más detallado, no hace distinción alguna entre estos derechos. En efecto el artículo 10 de este instrumento señala que: “1) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir y de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las

⁴ Como se observa la consagración del derecho de la información no es muy clara, al observarse una confusión entre la libertad de expresión y el derecho de la información, sin embargo, lo importante es que dicho derecho se encuentra consagrado en un texto normativo internacional, propiciando “...su protección internacional con la transformación de los ordenamientos internos de los países que han procedido a su ratificación. Así en Francia e Italia, por ejemplo, estos preceptos son la norma directamente aplicable que consagra el derecho de información como un derecho autónomo, colmando por tanto la laguna existente en sus respectivas Constituciones que no mencionan explícitamente el citado derecho”. Chinchilla Marín, Carmen, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 22.

empresas de radiodifusión, de cinematografía, o de televisión a un régimen de autorización previa.” “2) El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenas. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.”

Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, señala en su artículo 13.1 que: “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.”

Es importante destacar que la Convención Americana de Derechos Humanos tiene un elemento distintivo respecto de los textos señalados con anterioridad al disponer en su artículo 13.3 una condena expresa a las violaciones a la libertad de expresión por medios indirectos al señalar que: “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.”

Lo expuesto lleva a señalar que los preceptos normativos no realizan la distinción entre la libertad de expresión y de información, pues considero que se le otorga una mayor importancia a la libertad de expresión ya que la libertad de información va implícita en la primera. Por ejemplo, el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, contempla de manera implícita ambas libertades de (expresión y de información). A este respecto, se puede señalar que en los textos aludidos no se observa una conceptualización independiente entre ambas libertades.

3. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DE EXPRESIÓN EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA MEXICANA

A) La jurisprudencia y las libertades de expresión y de información en México

Pese a la relevancia de estas libertades para el Estado democrático, la doctrina jurisprudencial no muestra una unidad conceptual a lo largo de la historia, pues se observa mayor enriquecimiento en la 5ª y 7ª época principalmente, sin embargo, la 9ª época no ha sido omisa al respecto, prueba de ello son las variadas interpretaciones que ha emitido.

A continuación se apuntan 4 tesis que delimitan los límites a la libertad de expresión: una tesis del Tribunal Colegiado de Circuito, se ha encargado de precisar que: “Conforme al artículo 6º constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público. Y es evidente que ese derecho constitucionalmente garantizado incluye toda manifestación artística o cultural, ya que el arte y la cultura son una manera de expresar también ideas y dado que, por lo mismo, todo el acervo cultural del ciudadano está protegido por la garantía constitucional. En consecuencia, sería contrario a la libertad constitucional que las autoridades pudieran, por cualquier título, imponer patrones artísticos o culturales a los ciudadanos, como si tuviesen facultades más altas que la Constitución Federal, para decidir por los gobernados adultos qué clase de arte o de cultura les resulta conveniente asimilar, y garantizado por la Constitución de elegir ellos mismos qué clase de elementos artísticos o culturales deben asimilar. Y sería absurdo un proteccionismo pseudo nacionalista en estas materias, que impusiera a todo un pueblo la obligación de asimilar determinadas manifestaciones culturales, mediocres o no, sacrificando la garantía constitucional. Por otra parte, la protección a los ingresos pecuniarios de los músicos y ejecutantes nacionales no puede ser un valor tan alto que justifique el sacrificio de la libertad artística y cultural del pueblo mexicano, y la única manera aceptable de que se imponga el arte nacional será el superar su calidad, y el aprovechar las raíces culturales y la idiosincrasia del pueblo, las que pueden ser fomentadas, pero no impuestas, por la autoridad. Una imposición de la autoridad al respecto, a más de violar el derecho constitucional, vendría más bien a propiciar la mediocridad y la adulteración de los valores

nacionales, a limitar el espíritu creativo y a reducir las capacidades de los mexicanos de estar al tanto y al nivel de las corrientes artísticas extranjeras.”⁵

Otro de los temas que han sido abordados en su oportunidad por el Poder Judicial Federal es el referente al carácter no absoluto de la libertad de expresión, al señalar que: “De acuerdo con el artículo 6º constitucional es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, y ninguna ley ni autoridad puede coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, y, según el artículo 1º de la Ley de Imprenta, constituye ataques a la vida privada, toda manifestación o expresión maliciosa hecha por medio de la imprenta, que exponga a una persona al odio, al desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses. Pero el artículo 5º aclara que no se considerará maliciosa una expresión, aunque sean ofensivos sus términos por su propia significación, cuando se hayan tenido motivos para considerar verdaderos los hechos imputados y se hayan publicado con fines honestos. De lo expresado por la publicación motivo de este asunto, resulta que ella tuvo por objeto protestar por hechos de que fue víctima un grupo de estudiantes y de injuriar, difamar o calumniar expresamente al demandante quien (ciertamente con términos ofensivos por su propio significado), fue señalado como responsable de ellos. Y si es manifiesta la oposición existente entre las tendencias representadas por ambos, desde el punto de vista político, y el quejoso tuvo motivo fundado para considerar verdaderos los hechos imputados al denunciante, con fundamento en el artículo 5º de la Ley de Imprenta no pueden considerarse maliciosas sus expresiones.”⁶

Para el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “El precepto constitucional citado garantiza a todo individuo que se encuentre en territorio nacional la facultad de expresar libremente su pensamiento, ya sea en forma escrita o verbal. Con las únicas limitaciones de que no ataque a la moral o los derechos de terceros, que no provoque algún delito o perturbe el orden público. En congruencia con lo anterior, se concluye que el numeral 2º, párrafo primero, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada no viola la mencionada garantía constitucional, pues no coarta el derecho de los gobernados de expresar libremente sus ideas, en virtud de que lo que sanciona no es

⁵ Semanario Judicial de la Federación, Volumen, 97-102 sexta parte, Séptima Época.

⁶ Semanario Judicial de la Federación, Volumen, Segunda Parte, XXVIII, Sexta Época.

la expresión del pensamiento en si mismo, sino el acuerdo de constitución de una organización criminal, cuya finalidad principal es cometer cierto tipo de delitos, lo que indudablemente va en perjuicio de la sociedad y del interés público, razón por la cual la represión de esa manifestación se ubica entre las limitaciones que el referido artículo 6º constitucional impone a la libertad de expresión. Esto es, el mencionado artículo 2º, párrafo primero, es acorde con los principios que derivan de la garantía constitucional señalada, pues no sanciona el hecho o acto de pensar, sino el acto a través del cual se materializa ese pensamiento que se traduce en el acuerdo de tres o más personas para organizarse o la organización en sí para cometer los delitos a que el propio artículo 2º se refiere, en forma permanente o reiterada.”⁷

Sobre el mismo tema el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló lo siguiente: “El artículo 8º de la Ley Federal de Cinematografía que establece que las películas serán exhibidas en su versión original y, en su caso, subtituladas en español, en los términos que establezca el reglamento respectivo, mientras que las clasificadas para público infantil y los documentales educativos podrán exigirse dobladas al español, no transgrede la libertad de expresión que como garantía individual consagra el artículo 6º de la Constitución Federal, consistente en el derecho de todo individuo de exteriorizar sus ideas por cualquier medio, no sólo verbal o escrito, sino por todo aquel que la ciencia y la tecnología proporcionan, con la única limitante de quien emita su opinión no provoque situaciones antijurídicas como el ataque a la moral, a los derechos de terceros, cometa un delito o perturbe el orden público. Ello es así, en virtud de que el artículo impugnado permite la exteriorización de las ideas que transmite el autor de la obra a través de diferentes medios, como es la traducción en forma escrita, tratándose de las películas subtituladas filmadas en idioma extranjero o la sustitución del idioma en que originalmente se filmó la película por el idioma español, cuando se trata de películas infantiles y documentales, por lo que el hecho de que tal precepto no contemple como medio de difusión de las ideas, para todo tipo de película, su traducción verbal al idioma español, no constituye una violación a la garantía constitucional referida.”⁸

⁷ Semanario Judicial de la Federación, Tomo XVI, Julio de 2002, Pleno, Novena Época.

⁸ Semanario Judicial de la Federación, Tomo XI, Junio de 2000, Pleno, Novena Época.

Respecto del derecho de la información, la doctrina jurisprudencial lo ha abordado de la siguiente manera: “En cuanto a que la Secretaría de Comunicaciones es la única autoridad que cuenta con conocimientos suficientes para determinar si es o no de interés social que funcione determinado número de radiodifusoras, debe decirse que es una pretensión insostenible de las responsables, pues en primer lugar las dejaría al margen del análisis de la constitucionalidad de sus decisiones en ese aspecto, lo que sería violatorio del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal; y, en segundo lugar, dejaría al arbitrio de los gobernantes el uso de uno de los medios más importantes para la difusión de ideas, lo que sería dejar a su arbitrio o aun a su capricho o interés la libertad de expresión, lo que sería claramente violatorio del artículo 6º constitucional, pues si el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la información, implícito ya en todo sistema democrático en que el voto de los ciudadanos debe ser informado y no un voto a ciegas, ese derecho implica la obligación de no entorpecer el uso de los medios de difusión masiva de ideas, y prohíbe que el Estado se erija en guardián tutelar de la cantidad o calidad de medios de comunicación que en su propio criterio estima que deben existir en el país, como si paternalmente pudiese controlar la cantidad y calidad de la difusión de ideas.”⁹

Tiempo después, una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró al derecho a la información como una garantía social, señalando que: “La adición al artículo 6º constitucional en el sentido de que el derecho a la información será garantizado por el Estado, se produjo con motivo de la iniciativa presidencial de cinco de octubre de mil novecientos setenta y siete, así como del dictamen de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos y Primera de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de las que se desprende que: a) Que el derecho a la información es una garantía social, correlativa a la libertad de expresión, que se instituyó con motivo de la llamada “Reforma Política”, y que consiste en que el Estado permita el que, a través de los diversos medios de comunicación, se manifieste de manera regular la diversidad de opiniones de los partidos políticos; b) Que la definición precisa del derecho a la información queda a la legislación secundaria; y c) Que no se pretendió establecer una garantía individual consistente en que cualquier gobernado, en el momento en que lo estime oportuno, solicite y obtenga de

⁹ Semanario Judicial de la Federación, Volumen, 145 – 150 sexta parte, Séptima Época. Todo parece indicar que el

órganos del Estado determinada información. Ahora bien, respecto del último inciso no significa que las autoridades queden eximidas de su obligación constitucional de informar en la forma y términos que establezca la legislación secundaria; Pero tampoco supone que los gobernados tengan un derecho frente al Estado para obtener información en los casos y a través de sistemas no previstos en las normas relativas, es decir, el derecho a la información no crea a favor del particular la facultad de elegir arbitrariamente la vía mediante la cual pide conocer ciertos datos de la actividad realizada por las autoridades, sino que esa facultad debe ejercerse por el medio que al respecto se señale legalmente.”¹⁰

Cabe destacar que la tesis precedente, es muy limitativa, en tanto solo declara a los partidos políticos como grupo social al que se le debe garantizar el acceso a los medios de comunicación.¹¹

Tiempo después este criterio fue mejorado por el Pleno de la Suprema Corte como consecuencia de la matanza de Aguas Blancas Guerrero al señalar, “que las autoridades se abstengan de dar a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en una violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional.”¹² Dicho criterio interpretativo es importante, porque establece la obligación de informar y no subinformar.

Por otro lado, es de llamar la atención la siguiente tesis vinculada con diversos aspectos democráticos al momento de otorgar las concesiones: “Conforme al artículo 6º constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa. Ello se deriva de que, conforme a la filosofía que inspira nuestra Constitución, el individuo tiene una esfera de derechos que la autoridad no puede tocar, y esa esfera incluye la libertad de expresión, de comunicarse ideas. La libre expresión es

derecho a recibir información, con las consecuencias que entraña éste se encuentra implícito en dicha jurisprudencia.

¹⁰ Semanario Judicial de la Federación, Segunda Sala, Tomo X, Agosto de 1992, Octava Época.

¹¹ Para Juan Antonio Cruz Parceró: “...los derechos sociales son considerados como directrices que buscan satisfacer ciertas finalidades sociales pero sin tomar en consideración los medios para dicha misión. “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, Carbonell, Miguel y Cruz Parceró, Juan Antonio, *Derechos sociales y derechos de las minorías* México, UNAM, 2000, p. 36. En tanto que para Víctor Abramovich y Christian Courtis, esta clase de derechos forman parte de: “La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos”. En cuanto al tipo de ayudas por parte del Estado, estas consisten en proveer servicios de salud, de educación y culturales, entre otros. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed, Madrid, Trotta, 2004, p. 37. A este respecto, queda claro que los partidos políticos hoy en día se encuentran muy distantes de ser estructuras empobrecidas, todo lo contrario, ya que quienes dirigen el destino de los partidos la mayoría de las veces son sujetos que por lo menos tienen un modo de vida bastante digno.

básica para que pueda pensarse siquiera en la existencia de un sistema democrático, en el que la soberanía radica en el pueblo, y en el que las autoridades sólo pueden hacer aquello que el pueblo les ha facultado para hacer, en la propia Constitución. Y la inclusión de un derecho en ésta no implica que el Estado lo haya concedido a los ciudadanos, sino que estos se lo reservaron y decidieron garantizar su ejercicio mediante la inclusión expresa de ese derecho en la propia Ley Fundamental, pues la Constitución otorga la garantía, no el derecho (artículos 1º y 39). Y esa libertad de expresar las ideas y de comunicarlas, incluye lógicamente también las ideas filosóficas, científicas, artísticas, religiosas, etcétera, y todas las formas y maneras como esas ideas y expresiones artísticas pueden difundirse, lo que incluye la poesía, la música, etcétera. Ahora bien, la libertad constitucional de expresar ideas debe incluir necesariamente la libertad constitucional de utilizar libremente todos los medios de expresión, sean palabras o conductas, en cuanto puedan difundir ideas. Y esto incluye necesariamente también los medios masivos de difusión. Pues sería absurdo, en la sociedad contemporánea, que sólo la palabra hablada o escrita en forma individual estuviera constitucionalmente protegida, dejando al arbitrio o monopolio de las autoridades el uso, a su antojo, de los medios masivos de comunicación modernos, como son la prensa, el radio y la televisión. Y así como sería tiránico pensar que la autoridad legislativa secundaria que la autoridad administrativa pudiesen limitar el número de publicaciones en el país, o en una región del país, a título de proteger económicamente a los empresarios de las publicaciones limitativamente permitidas, con lo que se favorecería un monopolio de la información, así también resulta contrario a la libertad constitucional, en principio, que se limite el uso de los canales de radio y televisión con vista a proteger el interés mercantil de las emisoras limitativamente permitidas. Sin embargo, como por las características de estos medios de comunicación, el número de canales utilizables tiene un límite técnico, es claro que el Congreso puede reglamentar el uso de esos canales y concesionarlo, ya que se trata, además, del uso del espacio territorial y del medio en que se propagan las ondas electromagnéticas, como lo afirma el artículo 1º de la Ley de Radio y Televisión. Y como esos medios masivos de comunicación constituyen una actividad de interés público, el Congreso y las autoridades administrativas deben vigilar y protegerla, para el debido cumplimiento de su función social, lo cual redundara en beneficio de los fines que se

¹² Semanario Judicial de la Federación, tomo IX, Novena Época.

persiguen garantizando la libertad de expresión: una vida democrática más plena, y también una vida más plena en los terrenos artísticos, filosófico de simple diversión, etcétera. Y sólo cuando esos altos fines puedan resultar afectados, es cuando se podrían limitar, razonando esto cuidadosamente, los canales utilizables. Lo que las autoridades deben combatir es el monopolio monocromático de esos medios masivos de comunicación. Y la única razón para prohibir el uso de nuevos canales, o para cancelar las concesiones o permisos de canales en uso, será el evitar que se forme un monopolio que coarte la libertad de expresión, o impedir que los canales utilizables queden en manos de personas poco serías, que pudieran atacar indebidamente la moral o atacar indebidamente la vida privada de las personas, cuando esas personas no sean públicas y cuando los ataques no tengan justificación constitucional. Entender de otra forma la intención de la ley en el otorgamiento de concesiones y permisos, sería darle un contenido contrario a las disposiciones del artículo 6º constitucional. Por otra parte, cuando se va a otorgar una concesión, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes debe hacer los estudios pertinentes, que deben referirse a los requisitos legales a satisfacer, a la seriedad de la instalación y de su programación y funcionamiento, y sobre todo, a que no se constituyan monopolios monocromáticos de tan importantes medios masivos de difusión, pues aun las estaciones comerciales difunden una ideología ciertamente, de manera directa o indirecta, al través del contenido de sus programas y anuncios, y ese estudio que formulen las autoridades debe darse a conocer íntegramente a las personas e instituciones que pudieran resultar afectadas, para que estén en oportunidad real de presentar sus objeciones, en términos del artículo 19 de la Ley Federal de Radio y Televisión, en relación con el artículo 14 constitucional; se violará la garantía de audiencia de esos posibles afectados si tuviesen que formular sus objeciones a ciegas, sin conocer en su plenitud todos los elementos del estudio hecho por las autoridades. Por último, sobre esas objeciones las autoridades deben resolver en forma fundada y motivada, pues el artículo 16 constitucional exige que se funden y motiven las resoluciones que puedan causar alguna molestia a los gobernados, en sus derechos. O sea que aunque las autoridades deban resolver a su libre juicio, esto no quiere decir que puedan resolver caprichosamente y derogando la garantía constitucional de fundamentación y motivación, ni que a su juicio quede exento del control constitucional del Juez de amparo, en términos del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal. Y si las autoridades no formulan los

estudios pertinentes, o no los dan a conocer a los interesados, habrá que mandar reponer el procedimiento administrativo. Y si no fundan y motivan su resolución, incluyendo el rechazo de las objeciones, de manera que se trate de una violación formal (omisión absoluta de motivación o de fundamentación en ese aspecto) se deberá mandar reponer la resolución reclamada.”¹³

A su vez, otra sentencia vinculada con la anterior, pero agregando nuevos datos que la hacen ser novedosa, entre otras cosas porque: “El artículo 6º constitucional vino a garantizar explícitamente el derecho a la información, que ya esta implícito en todo sistema democrático, puesto que el voto de los ciudadanos tiene derecho a ser un voto informado y no un voto a ciegas. Y habiendo derecho a la información, es de verse que en los tiempos actuales las radiodifusoras y las estaciones de televisión son uno de los medios más poderosos de expresar ideas y de transmitir información, por lo que también es manifiesto que las autoridades no pueden limitar el uso de los canales o frecuencias disponibles, para establecer un floreciente negocio comercial (con el pretexto de evitar competencia ruinosa en esta materia), ni para establecer un monopolio monocromático o tendencioso de la información y de la difusión de ideas y cultura en general, protegidas por el artículo 6º constitucional también. Ni podría la ley ordinaria darles tales facultades, contra el espíritu y contenido de las garantías constitucionales. Por las mismas razones, cuando las autoridades se ven obligadas, solo por la saturación física de las frecuencias disponibles, a limitar el uso de radiodifusoras o estaciones de televisión, es claro que se deben ceñir a los dictados del Interés común, que esta en la difusión de la máxima diversidad de ideas informativas y culturales. Y es claro también que en ese aspecto de control y limitación, deben actuar con facultades arbitrales reguladas por la ley, y no con facultades discrecionales no sujetas a control constitucional, que les otorgarían un poder despótico antidemocrático, y también es claro que las resoluciones que dicten escogiendo a un concesionario entre varios, deberán estar cuidadosamente facultadas y motivadas, y que deben exponerse en ellas claramente, al alcance de todos y sin términos esotéricos, las razones que, al establecer las comparaciones necesarias entre las características de las diversas solicitudes, hacen que una de ellas sea mejor para el interés común, así como

¹³ Semanario Judicial de la Federación, Volumen, 109 – 114 sexta parte, Séptima Época. Creo, sin lugar a dudas que el problema que obstaculiza la certeza de tan bello texto jurídico es la desmedida ambición por el poder político y

también deben dar a conocer a todos los solicitantes las características de las demás solicitudes y estudios técnicos formulados por ellas o por los interesados, a fin de que no sólo no haya una selección despótica, sino que también haya oportunidad de defensa para los afectados, ya que estos malamente podrán objetar adecuadamente una elección cuyas razones no se les han dado a conocer. Es de verse que si uno de los concesionarios ofrece más material informativo o de contenido formativo, cultural o político, y otro ofrece más material ligero o intrascendente al interés común, en principio y salvo prueba en contrario, favorece al primero frente al solicitante de espíritu más comercial. Y también es de verse que la diversidad de concesionarios favorece, en principio y salvo prueba en contrario, una mejor difusión de información, una más amplia gama de ideas y, por lo mismo, los monopolios de estos medios de información resultan en un adocenamiento contrario al interés público. Luego, en principio y salvo prueba en contrario, se debe siempre favorecer al solicitante nuevo frente al ya establecido, con miras al interés común en que haya diversidad ideológica en el uso de los medios de información y difusión de cultura que utilizan las ondas electromagnéticas.”¹⁴

Así pues, consideramos que el pluralismo es indispensable para el afianzamiento de la opinión pública u opiniones públicas, lo que resulta trascendente para una sociedad democrática. En este sentido Socorro Apreza Salgado ha señalado que “el pluralismo informativo es la condición radical para la efectividad del derecho de la información, y el derecho a recibir información veraz y plural es la savia que nutre a la formación libre de la opinión pública.”¹⁵ Pues bien, el pluralismo informativo debe fomentar una diversidad en la información con la idea de permitir al ciudadano el acceso a diversas corrientes de opinión, de modo que tome una postura responsable ante los diversos hechos que nos plantea la información.¹⁶

económico que han mostrado a lo largo de la historia los seres humanos, variando dicho comportamiento en función de la sociedad de que se trate.

¹⁴ Semanario Judicial de la Federación, Tomo 115 – 120 sexta parte, Séptima Época.

¹⁵ Apreza Salgado, Socorro, *Veracidad y pluralismo informativo en el medio televisivo: una tarea pendiente*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 26.

¹⁶ No obstante, el pluralismo informativo se ha visto frenado por los grandes conglomerados de la comunicación capaces la mayoría de las veces de doblegar la voluntad soberana del Estado y de la ley, como señala Francisco J. Batida Freijedo “La revolución tecnológica esta tendiendo efectos contradictorios. De un lado, ha permitido la globalización de la información y el incremento del pluralismo, pues el efecto parabólica ha hecho posible una mayor variedad de fuentes de información y, en muchos casos, la ruptura del aislamiento cultural, político, etcétera. De otro, ha desencadenado gigantescos procesos de concentración empresarial horizontal (sobre un mismo medio de comunicación), vertical (acaparando medios de comunicación de diferente naturaleza, prensa, radio, cadenas de televisión por cable, satélite, ondas hertzianas, etcétera) y, últimamente transversal (mezcla de la propiedad de aquellos medios con la propiedad de

Queda por añadir, que el tratamiento que le ha otorgado la doctrina jurisprudencial a tópicos referentes con los medios de comunicación ha tenido desde sus inicios ciertas complicaciones como consecuencia del particular entorno político-social de cada país. Para Ernesto Villanueva dichas dificultades se expresan en los siguientes aspectos: “a) presencia significativa de gobernadores de extracción militar o de tendencias autoritarias que buscan minar el espíritu de las libertades informativas por la vía jurisdiccional; b) jueces y tribunales de primera instancia con una gran cercanía con el Poder Ejecutivo local, lo que se expresa en sus relaciones que en casi todos los casos son motivos de apelación hasta llegar, por una vía u otra vía, a la Suprema Corte de Justicia, c) ausencia de parámetros de referencia bibliográficos sobre el papel de las libertades informativas en sociedades democráticas.”¹⁷ Sin embargo, pese a ese entorno como ya se pudo ver el Poder Judicial Federal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre diversos aspectos torales de las libertades informativas y de los medios de comunicación, lamentablemente, en la última época no ha sido tan contundente, actuando con mucha timidez en lo que al contenido de las libertades informativas se refiere.

telecomunicaciones, empresas publicitarias, agencias de información, de producción de medios audiovisuales, de holdings de entretenimiento, de promoción musical, entre otras)” Bastida Freijedo, J. Francisco, en coordinadores Carbonell Miguel y Jorge Carpizo, *Derecho a la información y derechos humanos*, “Pluralismo y Mercado”, México, Porrúa, p. 280. Me gustaría ahora decir que lo anterior ha traído como consecuencia una concentración de tal magnitud que sólo los grandes grupos empresariales pueden lograr subsistir. En suma la ideología neo – liberal aplicada al sector de los medios de comunicación no ha sido del todo positiva, trajo las ideas de la privatización, pero no un mercado favorable donde pudieran competir las ideas. Lo que acontece actualmente es la creación de grandes oligopolios nacionales e internacionales. Ante dicho fenómeno no han faltado voces como la de Socorro Apreza Salgado que señalen que es urgente que la aprobación de medidas tendentes a favorecer el pluralismo, sin una medida de este tipo se antoja difícil lograr una real y verdadera democracia, es tal la concentración de medios que la legislación se vuelve ineficaz y por tanto inexistente para dar solución a estos problemas, toda vez, que sus disposiciones se emplean de forma esporádica y atendiendo a los condicionamientos económicos y políticos del momento lo que no tiene que ver absolutamente nada con las disposiciones legales. En ese sentido Socorro Apreza tiene mucha razón al señalar que el pluralismo en medios es aun una asignatura pendiente. Con referencia a la anterior, Mario Puzo, considera que: “Todo el mundo conoce o ha oído hablar de la majestad de la ley. Está dentro del poder del Estado el controlar a la organización política que permite la existencia de la civilización. Esto es cierto. Sin el imperio de la ley, todos estaríamos perdidos. Pero recuerden siempre que la ley también está llena de mierda. –se quedó mirando a los estudiantes, sonrió y añadió–: yo puedo esquivar cualquier ley que ustedes promulguen. Se puede retorcer la ley, deformarla para servir a una civilización corrompida. El rico puede escapar a la ley y, a veces, hasta el pobre tiene suerte en ello. Algunos abogados tratan la ley como los chulos tratan a sus mujeres. Los jueces venden la ley, y los tribunales los traicionan. Todo eso puede ser cierto. Pero recuerden también que no disponemos de nada que funcione mejor. No existe otra forma de establecer un contrato social con nuestros semejantes”. Puzo, Mario, *La cuarta k*, México, Grijalbo, pp. 76 – 77, tomado de: Góngora Pimentel, Genaro, *La suspensión en materia administrativa*, 8ª ed, México, Porrúa, 2004.

¹⁷ Villanueva, Ernesto, “Aproximaciones al nuevo derecho de los medios de comunicación electrónicos. Hacia un régimen democrático de la radio y la televisión”, Carbonell, Miguel y Carpizo, Jorge, México, *op. cit*, p. 235.

B) La libertad de expresión y de información en la Constitución Mexicana

Ambas libertades se encuentran consagradas en el artículo 6º constitucional, concediéndole al sujeto la facultad de poder expresar libremente sus ideas y opiniones, ya sea de forma escrita o verbal, así mismo la libertad de expresión no tiene carácter absoluto, por lo que su límite lo marca la moral, los derechos de terceros, la seguridad nacional y la perturbación del orden público, en suma la libertad de expresión no debe ser injuriosa. Por otra parte, debe quedar claro que a las opiniones e ideas no se les puede aplicar el requisito de la veracidad, por ser sólo eso ideas u opiniones a título personal de quien las expresa. En cambio la libertad de información, se encuentra prevista en el artículo 6º de la Constitución a partir de la reforma de 1977, que añadió a dicho artículo la siguiente frase: “El derecho a la información será garantizado por el Estado.” No obstante, dicha frase por si sola no dice gran cosa acerca de aspectos tales como: qué es el derecho a la información, cómo se garantiza por parte del Estado, qué es lo que la hace diferente de la libertad de expresión, etc, pero sí debe quedar claro y esto es lo que la hace diferente de la libertad de expresión, es que para la doctrina dicho derecho se compone de tres libertades: buscar, recibir y difundir informaciones, además del requisito de la veracidad.¹⁸

4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU DISTINCIÓN A TRAVÉS DE LA DOCTRINA

Es importante hacer una distinción entre estas libertades, dado que hoy en día son mucho más las personas que informan y son informadas por hechos u opiniones; no solo ese intercambio se lleva a cabo de manera más rápida que en el pasado; sino que hoy en día son más los hechos que acaecen y las opiniones que se emiten. También es más lo que se trata de ocultar. Los medios de comunicación, su perfeccionamiento, desarrollo, multiplicación y la propiedad y control de los mismos han alterado considerablemente el entorno de las comunicaciones. Por tanto, los conflictos sobre lo que significa expresar,

¹⁸ Como refiere atinadamente Juan Beneyto lo que primero se buscó fue “...el derecho a expresar libremente (es decir, sin censura) los pensamientos y los sentimientos. Tratábase de una lógica reacción ante los mecanismos represivos”. Lo que se demuestra con las declaraciones norteamericanas: el Bill of Rights de Virginia de 1776 y la Declaración de Pensilvania. Beneyto, Juan, “Los orígenes del derecho a ser informado”, en *Revista Persona y Derecho*, 1978, Vol. V, P. 14. La preocupación de hoy consiste en buscar los medios adecuados para allegarle la información a los grandes conglomerados que requieren de ella como requisito para comprender el entorno social, político y cultural en el que se desenvuelve el ser humano. Queda claro que principia a tomar forma la configuración del derecho a ser informado.

informar y comunicar han cobrado mayor trascendencia; De esta forma, los Estados se han visto en la necesidad de recurrir al derecho para encauzar por esta vía una solución a dicho conflicto, en aras de propiciar una mayor claridad conceptual, dado que finalmente ambas libertades muestran implicaciones diversas, especialmente en lo que hace a su dimensión institucional.¹⁹ En tal sentido, y ante la diversidad de interpretaciones sobre dichas libertades, es necesario adaptarse a ciertos criterios de distinción. A este respecto Joaquín Urías, proporciona tres teorías consistentes en: “1º Ambas integran un mismo y único derecho, del que se estiman manifestaciones diferentes; 2º Ambas parten de una misma base pero al mismo tiempo se han ido diferenciando en cuanto a su régimen jurídico;²⁰ y, 3º²¹ Se sostiene que son dos derechos totalmente diferentes.”²²

Para Manuel Aragón, no hay duda de que las libertades de expresión y de información son autónomas, por ello establece que: “desde el punto de vista jurídico – dogmático es perfectamente claro que no se trata de una sola libertad o de un solo derecho, sino de dos libertades, esto es de dos derechos igualmente distintos.”²³ Sin embargo, la postura de Manuel Aragón se encuentra muy lejana de lograr la unanimidad entre quienes se han ocupado de esta cuestión, veamos pues cual es el tratamiento que le ha otorgado a estas libertades la doctrina.

¹⁹ Juan José Solazabal Echavarría se refiere al carácter institucional de las libertades informativas de la siguiente manera: “Por ello se ha de señalar que de la caracterización individual o institucional que se confiere a los mismos depende la solución a los principales problemas que estos derechos plantean; así, en relación con la atribución de su titularidad; el tipo de comunicación que cubren los mismos; la posición de los poderes públicos respecto a su ejercicio; su vigencia en las relaciones internas de los medios de comunicación-libertad interna de prensa; exigencia de veracidad en la información para su protección constitucional y alcance de los límites de la libertad de expresión y resolución de sus conflictos con respecto de otros derechos o bienes constitucionales reconocidos”. Solazabal Echevarría, Juan José, en “*Revista Española de Derecho Constitucional*”, La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales, número 52, mayo – agosto, 1991, p. 76.

Conviene señalar que las libertades de expresión y de información son trascendentales para la formación de la opinión pública libre, y en consecuencia imprescindibles en el funcionamiento y accionar de toda democracia. De ahí que se puede afirmar que las libertades de expresión y de información se consideren no solo como derechos de libertad, sino que además poseen una dimensión institucional.

²⁰ La diferencia entre libertad de expresión y de información es la misma que existe entre noticia y opinión o entre hecho y juicio de valor. Empero, estos dos supuestos no se dan siempre en un estado puro, sino que tienden a entrelazarse, tan es así que en la práctica no es común la difusión de noticias con carácter neutral o sin una carga de valoración. La razón es lo complicado de difundir opiniones desvinculándolos de plano de algún hecho.

²¹ Pese a las diferencias observadas en estos derechos, se debe considerar que las afinidades entre estos muestra rasgos de cada etapa histórica. Así, la libertad de expresión y el derecho a comunicar o recibir información tienen un aspecto de “derecho de libertad” es decir un ámbito en el que ciudadanos y poderes públicos habrán de abstenerse y dejar hacer, otro de “derecho de prestación”, que le permite a los poderes públicos intervenir activamente en aras de hacer más eficiente dicho derecho. En ciertas ocasiones la libertad de expresión podrá consistir en una actuación positiva del Estado, proporcionando medios para permitir que los ciudadanos puedan ejercerla. Otras veces el derecho a transmitir información consiste en que los poderes públicos no interfieran en la libre acción del periodista.

²² Urías, Joaquín, *Lecciones de derecho de la información*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 56.

²³ Aragón, Manuel, *Libro en homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Tomo I, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, Valencia, 2000, p. 98.

Diferenciando estos conceptos, Socorro Apreza, vierte importantes ideas al respecto: "...determinar la importancia de la existencia del pluralismo informativo y del cumplimiento del mandato constitucional de veracidad como condición del derecho a recibir información veraz y plural, y su relación con la formación libre de la opinión pública, junto con la trascendencia de ésta en un sistema democrático representativo."²⁴ Resulta claro para la autora que entre la libertad de información y de expresión existe una clara distinción, lo que se desprende del criterio de veracidad que debe tener la libertad de información, no así la otra libertad que se limita a la expresión de opiniones y juicios de valor.²⁵ En consecuencia, sus efectos, límites y contenidos no son los mismos. La llamada prueba de la verdad, la relevancia pública de determinadas informaciones o la existencia de una necesaria labor probatoria de la información son elementos exclusivos de la libertad de información lo que exige buscar aquellos parámetros que permitan diferenciar entre uno y otro derecho.²⁶

En una línea análoga, se encuentra la exposición de Ernesto Villanueva quien señala que: "...la frase libertad de información puede entenderse como el derecho de todo individuo a recibir, investigar, y transmitir hechos dotados de trascendencia pública a través de los medios de comunicación social."²⁷

En este contexto, la distinción de estas libertades no es una cuestión vana, sino de la mayor trascendencia para el tema que nos ocupa, "...de ello depende que tengan el

²⁴ Apreza Salgado, Socorro, *op. cit.*, p. 24. Además la autora señala que una de las causas de no contar con información veraz y plural es la no eficacia de la ley en dicho sentido, de modo que es necesario: "...un equilibrio entre el crecimiento del sector y las medidas para asegurar eficazmente el mandato constitucional de veracidad y el pluralismo informativo", p. 17.

²⁵ Otra diferencia importante entre ambos derechos, es que en el derecho a la información se protegen ciertas actividades que no se salvaguardan en la libertad de expresión como es el caso: preparación, elaboración y difusión de noticias, lo que explica Solazabal Echevarria, de la siguiente forma: "...un carácter más marcadamente institucional. Este plus institucional explica que en determinadas ocasiones el derecho a la información puede prevalecer sobre la libertad de expresión. Ello acontece en los supuestos de replica y rectificación, cuando el derecho a recibir información del aludido y del público a conocer una versión plural respecto de los hechos que fueron objeto de la crónica se impone sobre la libertad de expresión (en este caso negativa) del medio a no contar lo que no quiere: el contenido de la rectificación". Solozabal Echevarria, J.J, "Libertad de expresión y derecho a la información", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, V. II, Editorial Civitas, 1994, p. 98.

Villaverde Menéndez, Ignacio, *Los derechos del pueblo. El derecho a recibir información del artículo 20.1. d) de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 71. "En la libertad de expresión lo que priva es su dimensión subjetiva y por tanto un derecho de reacción frente a la postura objetiva que pretende garantizar la formación de la opinión pública libre, en tanto, que la libertad de información trastoca la relación acentuando el aspecto constitucional de la garantía".

²⁶ Bustos Gisbert, Rafael, "*Revista de Estudios Políticos*", El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión, número 85, julio septiembre, Madrid, 1994, p. 262.

mismo régimen o no. Es decir, que si son un mismo derecho compartirán unos mismos límites, estarán sometidos a idénticos requisitos y serán idénticos en su finalidad constitucional y, en consecuencia su eficacia jurídica frente a otros derechos.”²⁸

Por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas que se deriven de una u otra postura (libertad de información o libertad de expresión) se puede señalar que por medio del derecho de la información se comunican hechos. Lo que no ocurre con la libertad de expresión, puesto que aquí lo que se considera son las opiniones o los juicios de valor,²⁹ por tanto no existe un criterio de veracidad o falsedad, sin embargo, pese a la postura que afirma una distinción entre ambas libertades, esta se encuentra lejos de lograr un consenso, pero si se puede afirmar que la corriente doctrinal que destaca la distinción entre ambas libertades cobra cada día mas fuerza, y yo me adhiero a ella, habida cuenta de las consideraciones vertidas aquí mismo.

Para Sergio López Ayllón, la libertad de expresión y de información se entiende de la siguiente manera: “La libertad de expresión comprende, en derecho mexicano, tres libertades interrelacionadas: las de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Estas tres libertades constituyen derechos subjetivos de los particulares frente al Estado, es decir, suponen que cualquier individuo puede, en relación con aquél, buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio; y que ese individuo tiene frente al Estado un derecho a que éste no le impida buscar, difundir o recibir informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio.”³⁰

²⁷ Villanueva, Ernesto, *Derecho de la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2006, p. 37. El autor propone una definición que engloba ambas libertades, sin embargo, le concede al Estado una función prestacional con el ánimo de salvaguardar de mejor forma derechos de tipo social.

²⁸ Urías, Joaquín, *op. cit.*, p. 51.

²⁹ Esta afirmación cobra mayor sustento partiendo del criterio de Francisco J. Bastida Freijedo que sostiene: “...que a diferencia de lo que ocurre con el derecho a la información, el de la libertad de expresión no esta constreñido por la “veracidad”, el ámbito de este derecho a de ser “delimitado” muy cuidadosamente. Primero por exclusión: todo lo que sean hechos (noticias), de los que sí cabe predicar la veracidad, está fuera del contenido de la libertad de expresión. Segundo por inclusión: este derecho sólo ampara las opiniones en el sentido más riguroso, esto es, los juicios morales y no las afirmaciones sobre datos de la realidad comprobables objetivamente. Es cierto que, a veces, en una misma expresión (o, más fácilmente, en un mismo discurso) pueden mezclarse la información de “hechos” y la exposición de “ideas”, pero entonces, como ha dicho el Tribunal Constitucional, ha de calificarse la comunicación en razón de aquella faceta, de entre las dos, que aparece en el mensaje de modo preponderante”. Bastida Freijedo, J. Francisco, *La libertad de información en la doctrina del tribunal de justicia de las comunidades europeas*, en “Democracia Constitucional. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente”, en CEPC, Madrid, 2002. p. 102.

³⁰ López Ayllón, Sergio, en *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, tomo I, 17ª, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 125.

Como puede inferirse de lo hasta ahora expuesto, la libertad de información versa sobre hechos, que deben ser sometidos a todo tipo de diligencias que permitan llegar a la verdad. En tanto que la libertad de expresión, se refiere a (pensamientos, ideas u opiniones) no sujetas a la veracidad. Por tanto, mientras los hechos son susceptibles de prueba por su materialidad, las ideas, opiniones o pensamientos no se prestan para tal fin.

Desde luego hay que admitir que las dificultades que entraña en ocasiones elaborar la distinción a partir de su objeto (juicios de valor y hechos), es un tanto imprecisa y vaga. En tanto, que desde la perspectiva de la libertad de información, dicha distinción no resulta en ocasiones sencilla por lo complicado que puede ser dar una definición que genere consensos, ya que cuando se informa a menudo también se está valorando el hecho, provocando que se vuelva complicado elaborar una distinción acerca de los juicios de valor y los hechos noticiables. Como lo señala Rafael Bustos Gisbert: “En la información los hechos no aparecen asociados sino que se encuentran mezclados con las ideas y los juicios de valor; por ello, deberá ser el juez el que, en cada caso concreto, determine si se encuentra ante imputación de hechos o ante meras opiniones o juicios de valor.”³¹

A mi juicio, no existe uniformidad de criterios en torno a la distinción de las libertades informativas en la doctrina científica, de ahí que va cobrando fuerza la postura en favor de elaborar la distinción entre ambas libertades: de expresión y de información, y por ende de otorgarles autonomía en base a criterios tales como: la veracidad (libertad de información) y los juicios de valor o de opinión (libertad de expresión). En tanto que la otra corriente que considera a la libertad de información como parte de la libertad de expresión se reduce a un cambio del clásico paradigma de la libertad de expresión, y en consecuencia a una reestructuración de los moldes tradicionales de la libertad de expresión. El reto es cómo entender y proteger estas libertades en el actual entorno socio político y cultural en que se ven involucrados los procesos informativos. De este modo, es necesario encontrar un consenso en aspectos tales como: definición conceptual y

³¹ Bustos Gisbert, Rafael, *op. cit.*, p. 267.

Los conceptos hechos y juicios de valor se pueden comprender de diferente forma en función de que éstos son considerados de forma indeterminada, por lo que es difícil poder hacer una clara diferencia. Otro cosa es que se entienda por veracidad y cuando dicha verdad da certidumbre. En primer lugar se debe eliminar el concepto de verdad absoluta para señalar que se podrá hablar de verdad cuando el informador está sumamente convencido de su verdad, apoyándose en todo tipo de diligencias probatorias que sirvan para afirmar dicha verdad, sin importar ya en este momento que existan impugnadores a dicha verdad. El problema es que pese a lo anterior no es posible asegurar la

requisitos, porque mientras no se alcance dicho cometido un sin número de conductas, no menos importantes se verán afectadas por el velo de la inseguridad jurídica.

En México ambos derechos se encuentran consagrados en la Constitución, siendo una de sus principales características el que se les considere parte integrante de los derechos fundamentales, por el papel que desempeñan en la formación y consolidación de la democracia, por lo que únicamente se considerarán derechos fundamentales aquellos que disponen de una garantía constitucional. Para Joaquín Urías: “Los derechos fundamentales son decisiones constitutivas de una sociedad, que se decide sobreponer, como norma jurídica, a todas las decisiones posteriores del Estado, incluso del legislador. Esta supremacía de los derechos sobre el legislador conlleva lo que se denomina doble carácter de los derechos fundamentales.”³²

En cuanto al origen de estas dos libertades: de expresión y de información, solo destacaría que la primera data de la primera generación de derechos,³³ y su importancia es tal que se ha llegado a afirmar que jugó un papel relevante en el nacimiento del Estado Moderno, lo que se acredita con el rol que jugó esa libertad para liquidar el viejo³⁴

veracidad, por tanto, no existen fundamentos para asegurar que dicho derecho a la verdad termine constituyendo una verdad, lo cual es grave si se considera que la difusión de información no veraz vicia todo el proceso comunicativo.

³² Urías, Joaquín, *Lecciones de derecho de la información*, op. cit., p. 25.

³³ La libertad de expresión se codifica como consecuencia de las luchas de la sociedad, en efecto, esta libertad nace con la finalidad de limitar o cuando menos moderar la ambición de los poderosos, forzándolos un diálogo con la sociedad. Dicho lo anterior, se puede señalar que la libertad de expresión nace en “...1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre, en Francia, que se observa un primer resultado de la lucha del hombre por la conquista de este importante derecho de libertad al ser codificado en un texto de derecho positivo al señalar: “Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aun religiosas, con tal que su manifestación no trastorne el orden público establecido por la ley”. Villanueva, Ernesto, *Derecho de la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2006, p. 24.

³⁴ Sergio Pitó destaca el papel que jugó la literatura rusa en el derrocamiento de la época de los zares, mostrando como la libertad de expresión de los autores soviéticos se desarrolló en situación dramática, ya la “...gran época de la novela rusa se inicia y concluye con sendos intentos de derrocar a la autocracia zarista; ambos terminaron en el fracaso pero prepararon el terreno para la profunda transformación social que ocurriría unos cuantos años más tarde. Entre ambas fechas se extiende una áspera y continua discordia entre los intelectuales y el gobierno. Los escritores conocieron a menudo la cárcel, los trabajos forzados, las humillaciones impuestas por una censura insensata, el destierro, la muerte. Todos, la perpetua vigilancia de sus movimientos y la revisión de su correspondencia. En tan inhóspitas circunstancias afloró uno de los movimientos más sorprendentes de la literatura universal. Pitó, Sergio, *La casa de la tribu* 2ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 14. Las palabras del autor encuentran conexión con el argumento de Ernesto Villanueva, ya que para este las libertades de expresión y de información son dos importantes derechos fundamentales que son de gran utilidad en el desarrollo socio – político de los países, en efecto para este autor representan: “La lucha por la libertad de expresión constituye una larga batalla contra el dogma, el autoritarismo y las inercias contra el cambio y la innovación. Más aun puede afirmarse que la conquista revolucionaria de la libertad de expresión se enmarca en los procesos de transición entre el tradicionalismo y el asenso de la modernidad que tiene lugar en Europa entre los siglos XVII y XIX”. Villanueva, Ernesto, *Derecho de la información*, op. cit., p. 23. Algo similar parecería la posición de Santiago Sánchez González, cuando argumenta a favor de la libertad de expresión como una libertad de enorme utilidad en la consolidación y preservación del Estado democrático. Así Santiago Sánchez Blanco sostiene: “La atención especial prestada hasta ahora a la libertad de expresión deriva de su naturaleza de complemento del mecanismo de la división de poderes, en cuanto sirve de instrumento de control de los gobernantes, de prevención de abusos de poder, de dique de contención”. Sánchez González, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial

régimen político, permitiendo la formación de la opinión pública u opiniones públicas, sin omitir la prestación que realiza el Estado a favor de la ciudadanía, en aras de salvaguardar los hechos noticiables y la pluralidad, entre otras cuestiones.

5. RELACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN CON LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LOS REQUISITOS DE ESTAS LIBERTADES

Los medios de comunicación son un importante instrumento para el fortalecimiento y ejercicio de las libertades de expresión y de información, al ser estos los encargados de transmitir la información, permitiéndole al ciudadano ensanchar su visión, integrándose a un mundo moderno, con el consecuente desarrollo que puede experimentar en campos como: la cultura, política y educación. Razón por la que Socorro Apreza considera que la correcta realización de las libertades informativas pasa por los medios de comunicación: “para la formación de la opinión pública, aunque puede ser discutible que, en la práctica, realicen verdaderamente tal función.”³⁵

Hoy en día los medios de comunicación (tanto escritos como visuales) se han convertido en el escenario principal del debate político, sin la participación de estos la posibilidad de obtener y mantener el poder se vuelve prácticamente imposible. Así los actores políticos terminan por formar parte del mismo esquema, aunque no todos acepten

Pons, 1992, p. 84. De manera que la libertad de expresión guarda una clara vinculación con la democracia, en la medida en que se genera el ambiente adecuado para el ejercicio de estos derechos. Es evidente, que a lo largo de la historia el ejercicio de este tipo de libertades le resulta molesto al poder, tan es así que la consagración de este tipo de libertades representan triunfos de la sociedad frente al poder, ya que Para Remedio Sánchez Ferriz: “Las libertades públicas son espacios de libertad que se oponen pública y activamente frente al poder político, y frente al Estado, lo que permite distinguirlas de las libertades a ejercer en relación con particulares o frente al poder público pero sin adoptar posición activa alguna, sino, simplemente, como resistencia pasiva; con tal criterio es evidente, por ejemplo, que cualquiera de las facultades del propietario sobre la cosa, ejercitables frente a cualquier tercero, no se entendió como libertad pública ni siquiera en el caso de las posibles intromisiones del poder público”. Sánchez Ferriz, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, 2ª ed, Valencia, Tirant lo blanch, 1995, p. 224. En este sentido lo que se pretende es afirmar que la libertad del individuo, ya sea en su faceta individual o social, solo se desarrollan en una sociedad democrática. Es aquí donde las libertades encuentran su mayor plenitud, desafortunadamente este tipo de libertades no se desarrollan de igual forma en todas partes. Pero si las libertades públicas entran a formar parte del discurso político del poder, es porque hay un real o cuando menos aparente propósito de transitar por los caminos de la democracia. Es por ello que estas libertades se ejercen dentro del marco estatal y con la protección del poder público pero, como también lo demuestra la experiencia la convivencia nunca ha llegado a ser del todo pacífica, variando en función de la sociedad de que se trate. Por tanto, la consolidación y afianzamiento de dichas libertades es resultado de todo un proceso de luchas contra el autoritarismo, así como de factores tales como: desarrollo social, educación y Estado de derecho, lo que posibilita sin duda el desarrollo del ser humano, ya sea: político, social, cultural, etc.

³⁵ Estamos de acuerdo con la postura de Socorro Apreza Salgado, de relacionar las libertades informativas con los medios de comunicación por las siguientes razones: “Primero, la implicación entre medios de comunicación y derechos fundamentales, así como la importancia de estos para la formación y fortalecimiento de la opinión pública. Segundo, es muy importante buscar corregir la tensión que existe entre los medios de comunicación y las libertades informativas como consecuencia de ver a la información como simple mercancía, de ahí que resulte cuestionable esa supuesta contribución de los medios a favor de la opinión pública”. Apreza Salgado, Socorro, *op. cit.*, p. 65.

jugar el mismo rol en el proceso informativo. Tal afirmación puede ser sustentada si se considera que “la televisión se ha erigido en las dos últimas décadas en la fuente principal, sino en la única, de información para la mayoría de las naciones.”³⁶

Sin una presencia activa o por lo menos regular de las propuestas o candidatos en los medios de comunicación electrónicos, estos no tendrían posibilidad alguna de lograr una mayoría que les permitiera estar en posibilidades de lograr la victoria en la contienda electoral, por tanto las propuestas de los candidatos o gobernantes deben necesariamente pasar por los medios de comunicación si lo que se busca es influir en la toma de decisiones del ciudadano, y de esta forma ser favorecidos con su voto el día de la contienda electoral. Esto se busca hoy en día de manera preferente a través de la televisión, por ser este el espacio comunicativo donde se pueden conquistar las grandes audiencias que permitan fijar o invertir una tendencia ciudadana, me parece, pues que en este sentido no cabe discusión alguna, ya que los medios de comunicación se han convertido en el principal escenario de la contienda política.

Por otra parte, se debe separar la libertad de expresión como libertad sustancial y la libertad de información como libertad instrumental para crear medios de comunicación, además de ser figuras jurídicas autónomas, al no considerarse que puede existir una relación entre una y otra libertad, lo que se protege es el mensaje que se difunde y no la disponibilidad material del medio de comunicación, toda vez, que estos sirven para ejercer las libertades de expresión e información. Se trata de una relación indirecta que hace que no siempre sea el titular de la empresa informativa quien ejerza el derecho de libre expresión e información. El elemento a destacar es que la libertad de expresión no depende de la creación de empresas informativas. Su subsistencia se encuentra asegurada con independencia de la creación o no de estos, lo que no ocurre con el derecho a informar que sí requiere en ocasiones de los medios de comunicación para ser ejercido, principalmente por los profesionales de la información.

³⁶ Sánchez González, Santiago, *Los medios de comunicación y los sistemas democráticos*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 107. Además hoy en día estos son la principal fuente de conocimiento para la mayor parte de la sociedad. Razón por lo que preocupa la influencia que tienen los medios de comunicación en el proceso educativo de las personas, principalmente en el de la niñez. Es por ello que se torna urgente darle un giro democrático a los medios de comunicación. Pooper Karl y Condry, John, *La televisión es mala maestra*, trad. Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica. En dicho libro el pensador austriaco expresa su preocupación por las enormes consecuencias que pueden tener los medios de comunicación si no se manejan estos con una visión democrática.

Corresponde ahora referirnos a los requisitos del derecho de la información como son la veracidad y el pluralismo informativo, para de esta forma poder establecer de forma clara la distinción entre las libertades informativas: de expresión y de información.

A) El pluralismo como instrumento necesario para asegurar el derecho a recibir información

Es evidente que la importancia del pluralismo informativo radica en que existan diferentes fuentes de información y corrientes de opinión que le permitan al ciudadano el acceso a distintas corrientes ideológicas, para de esta forma asumir un juicio equilibrado y razonado sobre la cosa pública. Precisamente el pluralismo se nutre de, "...contenidos y procedimientos irrenunciables que son a su vez condiciones y requisitos previamente consensuados, como los de libertad humana, información y opinión, libertad, libertad de investigación científica, de creación de partidos políticos o de oposición, de democracia, de poderes públicos, de opinión pública, de Estado social y cultural, de división de poderes en todos sus sentidos, y también de independencia de la judicatura."³⁷ De modo que, dichos requisitos deben permitir que la sociedad pueda disponer de una integración social y estatal autónoma y una representación igualmente similar. Ante dichas circunstancias sostenemos que la Constitución de la libertad debe ser en todo momento la constitución del pluralismo, más si se considera que la norma fundamental es un tema pactado y positivizado entre los diversos actores políticos.

Lamentablemente el derecho a recibir información plural corre el riesgo de seguir siendo puro idealismo, una realidad que no se termina por concretar, que es utópica, máxime si las disposiciones jurídicas que se han establecido lo único que hacen es dar

³⁷ Haberle, Peter, *Pluralismo y constitución*, traducción: Emilio Mikunda, México, Tecnos, 2002, p. 107. A propósito del establecimiento del pluralismo en la sociedad Peter Haberle lo vincula con diversos factores como la tolerancia y la educación. Precisamente, por que tales principios, "...comienzan en la educación preescolar infantil y concluyen en el pluralismo científico – epistemológico de las facultades universitarias, desde donde vuelve a proyectarse hacia atrás sobre las aulas y sobre la propia sociedad de que partió en su conjunto. De ahí que no resulte algo extraño a los propios políticos, y de ahí también que el pluralismo constituya uno de los objetivos de la educación y la enseñanza, así como un objeto de aprendizaje imprescindible a toda Constitución plural tanto para docentes y disidentes como para padres e hijos, estudiantes universitarios y sus profesores, representantes de las asociaciones civiles, y la prensa". *Ibidem*, p. 113. Lo verdaderamente cierto es que en todo tipo de ordenamiento jurídico abierto, plural y libertario se le presentan a la persona todo un abanico de posibilidades que buscan institucionalizarse como alternativas jurídicas para estar en posibilidades de ofrecer un espacio amplio para la toma de decisiones, estableciendo causas a las libertades individuales, libertad significa en sentido plural una diversidad de opciones siempre que así se muestren en el texto constitucional, sin posibilidad de establecer diferencias, de igual forma que como se debe hacer en los derechos fundamentales. Queda bastante claro que libertad no es otra cosa que un sin número de posibilidades.

respuestas sesgadas, y por tanto no garantizan de manera alguna el aseguramiento del pluralismo en la información ya que como señala Socorro Apreza, “es inaudito que el derecho a recibir información veraz y plural sea utópico, no es propio de nuestro tiempo.”³⁸ La sociedad pluralista de la información confluye en este punto con la sociedad abierta de corte poperiano,³⁹ que no busca sino simplemente el establecimiento de una comunidad abierta y receptiva a todo tipo de ideas.

Así pues, creo que el pluralismo de corte democrático en materia de información no ha podido llegar a establecerse totalmente, mucho menos perfeccionarse debido a lo complicado que resulta⁴⁰ moderar al mercado, en este sentido de forma acertada Socorro Apreza establece que si no se consigue dicho fin, los efectos serán muy negativos, dado que la falta de pluralismo en la información tiene como consecuencia que “...se restringe o anula la libre elección de los individuos o del público. Asimismo los medios existentes no tendrán estímulos para mejorar su calidad, en tanto el abanico de competidores es reducido e incluso nulo. De ahí la gravedad de la concentración de medios que conduce a la reducción de fuentes de información contrapuestas entre sí.”⁴¹

³⁸ Apreza Salgado, Socorro, *op. cit.*, p. 17. Respecto de este tema es muy evidente que en México no existe un verdadero pluralismo en los medios de comunicación, y como podría existir ese escenario plural si la reformas que se buscan concretar se efectúan en un panorama, “...en el cuál dos grupos mediáticos (Televisa y TV Azteca) controlan el mercado audiovisual, y, en segundo lugar, que no existen medidas específicas anticoncentración. La cuestión es fundamental, porque el legislador no debió estar ajeno a esta realidad. Sobre todo si con su intervención pretendían garantizarse las libertades de expresión e información. Hay aspectos apuntando a que el legislador no se tomó en serio las libertades de expresión e información, como cuando obvia que las inversiones en el sector audiovisual son demasiado elevadas; o que los mercados nacionales están controlados básicamente por dos grupos; o cuando pasa por alto que los nuevos operadores tienen que competir con empresas privadas con experiencia. Con ello se constituye una barrera casi infranqueable para los nuevos operadores”.

³⁹ Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad: Eduardo Loedel, Barcelona, Paidós, 2006. Lo que Popper intenta demostrar en dicho libro es que las sociedades abiertas ponen en libertad las facultades críticas del hombre, y por ende potencian el desenvolvimiento de las libertades, haciendo posibles mejores cosas, como la creatividad artística, el amor o el pensamiento libre.

⁴⁰ Tan no es nada fácil moderar al mercado en aras de la pluralidad que Bastida con cierta decepción apunta lo siguiente: “Traducido a la libertad de información esto significa que el TJCE considera que, en principio el pluralismo informativo surge de la libertad comercial de las empresas de medios de comunicación y no está en peligro por el hecho de que haya gigantes de la comunicación y difusión. Únicamente cuando éstos, agrupados en su posición de dominio, ahogan la posibilidad de competencia de los demás medios de comunicación (abuso), puede afirmarse que el pluralismo informativo (mercado) está en grave riesgo de desaparecer. Con los criterios liberales del mercado utilizados por el TJCE no se protege, desde luego un óptimo pluralismo informativo, pero si, y aunque sea de manera implícita, un mínimo intervencionismo público en las libertades de información (que puede redundar en un máximo pluralismo) y un mínimo pluralismo informativo”. Bastida Freijedo, J. Francisco, en *Democracia constitucional, Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, “La Libertad de Información en la Doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Madrid, CEPC, 2002, p. 581.

⁴¹ Huber, Rudolf y Villanueva, Ernesto, en “Reforma de medios electrónicos ¿Avances y retrocesos?”, Apreza Salgado, Socorro, *Concentración de medios de comunicación*, UNAM, México, 2007, p. 67. Así las cosas, paso a señalar lo siguiente: entiendo por concentración informativa cuando una empresa ejerce una influencia desmedida, a grado tal de frenar la competencia e independencia de los prestadores de este servicio. Esto como consecuencia del acaparamiento que realizan estas empresas sobre la actividad aludida Aquí la paradoja de poper de la libertad es al mismo tiempo la paradoja del pluralismo. El desarrollo económico se encuentra marcado por el desarrollo del capitalismo y la industria,

Por tanto, el pluralismo para que sea más efectivo requiere una actitud prestacional por parte del Estado. Dicho supuesto es el principio básico fundamental de la actividad interventora del Estado en el campo de las comunicaciones. Sin embargo, dicho razonamiento para que cobre claridad requiere de mayor abundamiento. Así, es clara la necesidad de que el Estado intervenga por las siguientes razones: primero, por la necesidad de corregir el monopolio informativo, lo que se logra a través del fomento a la diversidad informativa y la eliminación de la concentración informativa. Por lo que hace a la pluralidad esta habrá de lograrse mediante incentivos orientados a promover la apertura en los medios de comunicación, así como también a que el Estado asuma la titularidad de diversos medios.⁴² Lo anterior, nos da una idea de la importancia de la televisión en la formación de la opinión pública,⁴³ pues su influencia es tan grande que no hay quien dude en señalar que la televisión es la principal fuente de influencia en la sociedad. De ahí que para Socorro Apreza, "...la competitividad por las cuotas del mercado entre los distintos canales televisivos les ha llevado a determinar su programación según el criterio adoptado por los otros informadores. Ello ha traído consigo una uniformidad de la programación unida a una identidad de la agenda porque se nutren de las mismas fuentes de información –Agencias informativas- cada una de las cadenas transmite normalmente las mismas noticias, variando quizás un poco su tratamiento. La lucha devastadora por la

que posteriormente a su vez generaron la concentración de capital en pocas manos, suponiendo que las libertades, que surgen como garantías para todos, posteriormente se convierten en instrumentos de opresión o de dominación de clase. Muy significativa resulta el hecho de que la libertad creó a la prensa y la prensa terminó convirtiéndose en la dueña de la libertad. De esta forma, es claro que los medios de comunicación condicionan en gran medida el ejercicio de las libertades informativas.

⁴² El camino hacia el aseguramiento del pluralismo, no es sencillo por las siguientes razones: La dificultad de imponer a los medios de comunicación a cargo del Estado una apertura contraria a los intereses del propietario como consecuencia de las ideas liberales que le impiden al Estado influir en el contenido de las informaciones. Menos aun el frenar la difusión de ciertos contenidos informativos. En conclusión el mercado y el pluralismo sin más no son la mejor garantía de lograr los fines de la información, por lo tanto, hoy más que nunca es necesaria la intervención del Estado en el campo de la información.

⁴³ Es bastante atinado el concepto de opinión pública apuntado por Socorro Apreza Salgado, ya que refleja un conocimiento profundo sobre el tema. Así, para esta autora opinión pública viene a ser: "La manifestación de las opiniones de crítica o conformación del público o públicos sobre las actividades de los órganos del Estado, dirigidas al poder y a la sociedad para controlar y legitimar el ejercicio del poder", así pues estamos de acuerdo con Socorro Apreza Salgado en que, "...la idea de que la generación de la opinión pública supone la garantía previa de la libertad de expresión y del derecho a recibir información plural y veraz, y la publicidad de los actos del Estado, que como veremos son la fuente que da origen y mantiene a lo que Habermas describe como "espacio de la opinión pública". Salgado Apreza, Socorro, *op. cit.*, p. 60. Igualmente hemos de añadir que para Habermas opinión pública, "...significa cosas distintas según se contemple con una instancia crítica en relación a la notoriedad pública normativamente lícitada del ejercicio del poder político y social, o como una instancia receptiva en relación a la notoriedad pública, "representativa" o manipulativamente divulgada, de personas e instituciones, de bienes de consumo y de programas". Habermas, J, *op. cit.*, p. 261. La opinión pública es una categoría burguesa según se desprende de lo señalado por el autor invocado.

Ante estas circunstancias lo relevante es que la opinión pública "hace referencia a la existencia de un público informado, interesado por la política, y por tanto capacitado para participar, pero que por diversos motivos no se activa casi nunca, ni de manera continua". Jáuregui, Gurutz, *La democracia en la encrucijada*, Barcelona, Anagrama, p. 113.

audiencia puede pues poner en peligro y dejar en último plano el derecho a recibir información plural.”⁴⁴

En consecuencia, si no se cuenta con una diversidad de fuentes informativas, por medio de las cuales el ciudadano pueda ponderar la opción informativa que mejor le convenga, se anulará la posibilidad de una verdadera elección por parte del público.

B) La veracidad como criterio de distinción entre la libertad de expresión y el derecho de la información.

Si se considera que el derecho a la información se encuentra en la naturaleza del hombre, y que este derecho demanda la posibilidad de comunicarse y de ser informado como sujeto integrante de la polis; esta perspectiva cobra importancia el concepto de veracidad como parte integrante del derecho a la información, así como también el sometimiento de dicha información a todas las diligencias que fueren necesarias para poder verificar dicha verdad.

Si bien es cierto que al informar es posible ver que paralelamente se pueden expresar ideas y juicios de valor, también lo es que pese a ese ejercicio conjunto existen visiones diferentes “...ya que sus efectos, límites y contenidos no son los mismos. La llamada prueba de la verdad, la relevancia pública de determinadas informaciones o la existencia de una necesaria labor probatoria de la información son elementos exclusivos de la libertad de información que exigen buscar aquellos criterios que nos permiten distinguir cuando nos encontramos ante el ejercicio de uno u otro derecho.”⁴⁵

Ahora bien, si el derecho a la información se encuentra condicionado por la veracidad,⁴⁶ es conveniente delimitar a qué tipo de información se le puede exigir la

⁴⁴ Apreza Salgado, Socorro, *op. cit.*, p.68.

⁴⁵ Bustos Gisbert, Rafael, “El Concepto de libertad de información”, *Revista de estudios políticos*, número, 85, 1994, p. 262. Por tanto, considero en concordancia con autores como Socorro Apreza y Bustos Gisbert que la veracidad es un requisito indispensable de la libertad de información para la consagración y aseguramiento de la opinión pública por parte de los profesionales de los medios de comunicación, ya que la difusión de noticias contribuye a deformar a la opinión pública.

⁴⁶ La veracidad de la información es una obligación a la que se deben someter los medios de comunicación, con la finalidad de que estos difundan hechos y noticias veraces, lo que es posible conseguir si la información se somete a diversas diligencias, lo anterior con el objetivo de constatar si dicha información es veraz o no. Por tanto información veraz es aquella que es cierta auténtica y debidamente comprobada. Así el criterio de veracidad debe ser atendido por todos los actores implicados en el proceso comunicativo, entre los que destacan: medios escritos, audiovisuales, poder público y los receptores de la información.

veracidad, más aun considerando que la información reviste de gran importancia para el Estado democrático, es claro que dicha información debe tener ciertas peculiaridades entre las que destacan, "...el equilibrio entre las diversas opciones políticas, ideológicas, culturales, etc., propio del Estado democrático, exige además que los que reciben lo que aquellos transmiten sean tomados en consideración por el orden jurídico, habida cuenta que ellos también son participes en esa discusión. Es claro que el ámbito del derecho a ser informado se sitúa en lo público."⁴⁷. De este modo, es posible hacer una reducción de la información a la que hace referencia la libertad de información en los siguientes términos: "...sobre la reducción de la información en el medio televisivo se refiere a aquella información sobre problemas políticos y sobre problemas de interés general creadora de una opinión pública u opiniones públicas, a través de la cual participan los ciudadanos en todo momento en la vida política y social de un Estado democrático."⁴⁸

Derivado de los valores que implica el ejercicio del derecho a la información (social, político e ideológico) se requiere que asuma diversas prerrogativas y obligaciones el emisor de la información. Por lo que es necesario delimitar los tipos de información y caracteres que debe reunir ésta para que sea digna de la protección de la Constitución. Sobre este asunto, Socorro Apreza Salgado, retomando ciertos criterios del Tribunal Constitucional Español expresa que: "El Tribunal Constitucional desde hace 19 años sólo ha otorgado la protección constitucional de las libertades de información y expresión, siempre y cuando, cumplan con el requisito de la veracidad en lo que se refiere a la primera libertad mencionada, y en el caso de la segunda libertad que la opinión no sea injuriosa; y la relevancia pública en ambas libertades para poder contribuir así, a la formación de la opinión pública libre."⁴⁹

A este respecto consideramos que el requisito de veracidad requiere que a todo hecho noticiable se le apliquen todas las diligencias que sean necesarias así como también que los procedimientos comprobatorios se lleven a cabo con total profesionalismo, dado que solo así se puede considerar que la información difundida

⁴⁷ El mandato de la veracidad considera que el derecho a ser informado se encuentra dentro de lo público y es definido por diversas normas que hacen posible el acceso a la información veraz, entre las que destacan principalmente: los derechos fundamentales relacionados con la libre manifestación de las ideas en un proceso de comunicación pública libre. Es de tal importancia la veracidad que sin este requisito en la difusión de la información no podemos imaginar un Estado de corte democrático.

⁴⁸ Apreza Salgado, Socorro, *op. cit.*, p. 26.

reviste el carácter de veraz. Ello, significa que lo que se pondera es la buena fe en la obtención de la información. De forma contraria supondría esto para Javier Cremades: "...una información que se elabore con frivolidad o superficialidad, fácilmente será sensacionalista, que no es sinónimo de falsa. Su tratamiento podrá dar lugar a una actuación imprudente (con riesgo de quebrar el principio de equilibrio entre los derechos fundamentales, si hay varios en juego) siempre relevante en el ámbito del derecho privado. El comunicar como hechos simples rumores o, lo que es peor, meras invenciones o insinuaciones realizadas con insidia, no goza de protección jurídica, pues, al actuar con menosprecio de la veracidad de lo comunicado, defrauda el derecho de todos a la información."⁵⁰

Es claro pues, que del aseguramiento y cumplimiento del mandato constitucional de la veracidad por parte de los profesionales de la información, de las diversas corrientes de opinión y del aseguramiento del pluralismo en las fuentes de información, dependerá la calidad de la información que se alleguen los individuos, lo que a su vez permitirá una opinión pública crítica que este habida de participar en los diversos asuntos que demanda la cosa pública. Es más, "...el pluralismo informativo es un requisito sine qua non del derecho a recibir información veraz. Entre ambos existe una interdependencia, la vulneración de uno repercute en la existencia del otro, lo que, a su vez, pone en peligro la formación libre de la opinión pública, funcionan pues, como un sistema en el que la falta de uno rompe el equilibrio del todo."⁵¹

Por consiguiente, el recibir información veraz y plural que haga posible la correcta formación de la opinión pública requiere de garantizar lo mismo el pluralismo informativo que la veracidad informativa, por ser ambos requisitos esencialísimos para el ejercicio de la verdadera democracia.

6. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y DEMOCRACIA

Los factores que contribuyen a la edificación de un Estado democrático son múltiples, sin embargo, nosotros aquí solo nos ocuparemos de la relación que guardan los medios de

⁴⁹ *Ibidem.*, p. 27.

⁵⁰ Cremades, Javier, "La exigencia de veracidad como límite del derecho a la información".

⁵¹ Apreza Salgado, Socorro, *op. cit.*, p. 25

comunicación con un sistema democrático, así como las consecuencias y repercusiones en el ámbito electoral y en la toma de decisiones del gobernante y del ciudadano. Sin omitir las repercusiones que se puedan observar en las libertades de expresión y de información. La democracia, presupone entre otras cosas de diversos factores para ser considerada como tal: libertad de información y de expresión.

La libertad de información señala que el individuo puede consultar información en todas las fuentes que éste disponga, y también que dicha información sea veraz; así las cosas, la información reviste de gran valor para un verdadero sistema democrático. De esta forma la facultad que posee el ser humano de expresar sus pensamientos le otorga a éste una atmósfera de seguridad. Así la estructura de los medios de comunicación que presuponen los sistemas democráticos es una estructura plural, con diversos centros de donde emana la información.⁵²

Como ya se señaló hoy en día los procesos electorales se encuentran fuertemente condicionados por los medios de comunicación, especialmente por la televisión, al difundir éstos información sobre temas: políticos, culturales, económicos y sociales. Esto es muy apreciable en el caso de países como México y Estados Unidos, donde una buena parte de la población decide su voto en función de los mensajes televisivos, y no de lo que lee en los periódicos, que sin tener el mismo alcance de los medios electrónicos suelen mostrar un poco mejor la realidad nacional, simplemente por el mayor pluralismo que se observa en ese sector.

El desmedido poder de los medios de comunicación ha traído como consecuencia el que no se aseguren en lo más mínimo las libertades informativas. Lo que no se observa del todo en los países europeos, donde existe la tendencia a asegurar un poco más el pluralismo informativo.⁵³ En este entorno la prensa y los partidos gozan de una moderada

⁵² Sartori, Geovani, *¿Qué es la democracia?*, trad: Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón, Madrid, Taurus, p. 101. Resulta muy conveniente señalar al respecto como apunta Sartori que la estructura de los medios de comunicación varía de un país a otro. Es en este sentido que dicho autor ha señalado que, "...quien niegue su existencia real lo debe hacer (y todos aquellos que lo nieguen se sustraen siempre a esta prueba) frente al monopolio de las estructuras monocéntricas que caracterizan a los totalitarismos y a las dictaduras. A este efecto, la defensa se deja a los sistemas pluralistas en medios de comunicación en donde un mensaje contrarresta otros mensaje, haciendo más difícil la desinformación y la manipulación".

⁵³ Sartori considera que la influencia de los medios de comunicación en los países europeos se encuentra un poco más asegurada. En Estados Unidos en cambio la influencia de los medios se desarrolla de forma más simple, al ser la televisión enteramente privada, y sometida por ende a los intereses comerciales de corte mercantilista y en consecuencia poco regulada. En este sentido el autor ha señalado que el mercado aplicado a los medios de

legitimidad que permite aminorar considerablemente la influencia negativa de estos en el ciudadano.⁵⁴ No obstante, un ejemplo de la influencia de los medios de comunicación en la determinación de las preferencias electorales en la población europea, es el caso de Italia, donde el expresidente Berlusconi, fincó su éxito electoral de forma prioritaria en los medios de comunicación, particularmente en su corporativo televisivo, que en época electoral se convirtió en su comité de campaña desde donde emanó tal influencia que permitió afirmar una intención del voto favorable a su candidatura. En conexión con lo anterior Sartori señala que: “...en las elecciones italianas de 1994 la televisión había desplazado hacia la derecha más de seis millones de votos.”⁵⁵

Pese a lo complicado que resulta establecer un nexo causal entre intención del voto y la influencia televisiva, es obvio que los medios de comunicación contribuyen a afianzar fuertemente las posturas del votante, habida cuenta del poder de persuasión que tienen los medios de comunicación.

Queda claro que los medios de comunicación (principalmente la televisión) hoy en día son la fuente principal, si no es que la única fuente de información para buena cantidad de personas a nivel mundial. La enorme cantidad de tiempo que le dedica hoy en día el ser humano a los medios de comunicación lo pone de manifiesto.

Los medios de comunicación constituyen una figura central en la sociedad, lo que se puede ver en el nacimiento del concepto mediocracia que viene a ser el indicador del cambio que ha experimentado la relación con ciertos valores, como son la política y los

comunicación no funciona correctamente sin importar aspectos de competencia comercial, lo que resulta evidente en países como Estados Unidos donde, “...la competitividad es curiosa, porque es evidente que las tres cadenas se limitan a ultranza. De diez noticias, ocho son las mismas. A menos que se pasen la voz, en términos probabilísticos ello no debería suceder. En suma los supuestos competidores juegan sobre seguro: en vez de diferenciarse, se superponen. Sea como fuere, la pregunta sigue siendo: ¿cómo se explica una competencia que no produce beneficios competitivos?”. Sartori, Geovani, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 351. una probable respuesta a la interrogante que se plantea Sartori es que los medios de comunicación, especialmente la televisión gozan hoy en día de un fuerte poder opresivo al grado de moderar a su conveniencia la conducta del receptor de la información, sin que exista ningún cierto tipo de represalia, salvo la que proviene de pequeños sectores de la población que se caracterizan por tener una conciencia más crítica. Desafortunadamente hoy por hoy existen muchas personas altamente desinformadas y lo que es peor despolitizada respecto de la cosa pública. En tal sentido considero que las palabras de Bertrand Russel son muy atinadas, ya que desde su punto de vista “la inmensa mayoría de los hombres y mujeres de hoy en día pasan por la vida sin criticar ni darse cuenta jamás de su propia situación o de la del mundo en general. No piensa más que en el futuro inmediato y aceptan sin oponer resistencia el lugar que les asigna la sociedad al igual que cuanto les va brindando cada día”. Russel, Bertrand, *Caminos de libertad*, trad: María Vázquez Guisán, Madrid, Tecnos, p. 25.

⁵⁴ La BBC de Londres, por ejemplo es reconocida por su enorme prestigio mundial en el campo de la comunicación audiovisual.

⁵⁵ Sartori, Geovani, *Homo videns la sociedad teledirigida*, trad. Ana Díaz Soler, 2ª ed, Madrid, Taurus, 2005, p.113.

medios de comunicación a lo largo de los últimos años. Los medios de comunicación se han convertido hoy sin lugar a dudas en un elemento central y principal de los sistemas democráticos, y como tal tienen una clara función social que cumplir, que se concreta en una serie de roles que deben satisfacer de cara a la sociedad, atendiendo sus necesidades de estar informada de forma veraz y plural. En este sentido Santiago Sánchez González señala: ⁵⁶

- a) Supervisan, vigilan o inspeccionan el entorno, para dar noticia tanto de hechos que se consideran pueden afectar o interesar al común de las personas –desde la amenaza de una tormenta hasta la quiebra de un banco, pasando por la muerte de un personaje público o la firma de un tratado sobre inmigración-, como de las ofertas u oportunidades laborales, comerciales y de entretenimiento que sirvan de orientación a los individuos en su vida cotidiana;
- b) Establecen relaciones entre las noticias, subrayando la dependencia existente entre los acontecimientos, los grupos sociales y los diferentes elementos que forman la estructura social; es decir, interpretan o dan un significado a las noticias;
- c) Son los transmisores, generación tras generación, de la herencia cultural de la sociedad, o sea, del conjunto de factores integrantes de la historia de esa sociedad, proporcionando así una valiosa información a efectos del aprendizaje.

Esto lleva a considerar que la forma más natural de garantizar dichas prestaciones es asegurando previamente los derechos fundamentales⁵⁷ como la libertad de expresión y de información, en razón de que la consolidación de la democracia hoy en día pasa de manera natural por la correcta realización de estos derechos en los medios de comunicación. El aseguramiento de tales derechos enriquece la libre discusión de las

⁵⁶ Sánchez González, Santiago, apunta que el tiempo que le dedica una persona a los medios de comunicación es en algunos casos hasta de 8 horas diarias. Además destaca que este tiempo es en detrimento del que le dedicamos a otras actividades como la lectura, que dicho sea de paso es considerablemente inferior. Sánchez González, Santiago, *op. cit.*, p. 107.

⁵⁷ Como afirma Pedro Salazar Ugarte “...los derechos fundamentales son vitales para la consolidación de la democracia, tan es así, que son derechos considerados como contramayoritarios, es decir que no pueden ser limitados por medio de las mayorías. Por consiguiente pueden considerarse una esfera vedada para el legislador”. Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 135. En tanto que Norberto Bobbio señala que: “Cualquiera que sea el fundamento filosófico de estos derechos, ellos son el supuesto necesario del correcto funcionamiento de los mismos mecanismos fundamentalmente procesales que caracterizan un régimen democrático”. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3ª ed, trad: José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 26.

ideas, y, por tanto, la participación de la ciudadanía en la esfera pública, así participación y discusión se vuelven vitales para la democracia.

No obstante, para que dicho proceso de participación y discusión se vuelva verdaderamente efectivo se requiere una ciudadanía bien informada y, por tanto interesada en los asuntos públicos.⁵⁸ De esta forma, es importante que el proceso de comunicación tome en cuenta tanto al emisor como al receptor. Lo que se concreta para Villaverde en la búsqueda del “...equilibrio entre las diversas opciones políticas, ideológicas, culturales, etc., propio del Estado democrático, exige también que los que reciben lo que aquellos transmiten sean tenidos en cuenta por el ordenamiento jurídico, porque, en primer lugar, ellos también participan en esa discusión, bien es cierto que pasivamente, y que deben hacerlo con libertad, como los emisores; y, en segundo lugar, pero no menos importante, porque ellos también forman parte de la colectividad que ejerce la soberanía.”⁵⁹

⁵⁸ Desafortunadamente la desinformación deforma la estructura de las personas. Esto es muy grave, si consideramos que esto empuja a los partidos políticos. El espacio público hoy lo representan los medios de comunicación, de ahí que los candidatos dependan más de los acuerdos que logren con esos poderes. Es triste que personas como Berlusconi conquistaron la presidencia de un país sin una estructura partidaria, su estructura fueron sus medios de comunicación y su dinero. Son preocupantes las palabras de Sartori, cuando este señala la erosión de la consistencia ideológica de los políticos de hoy, si se considera que “...los progresistas del pasado nunca han fingido que no entendían que todo progreso de la democracia –de auténtico poder del pueblo- dependía de un *demos* “participativo” interesado e informado sobre política. Por eso, desde hace un siglo, nos estamos preguntando cual es la causa del alto grado de desinterés y de ignorancia del ciudadano medio. Es una pregunta crucial, porque si no hay diagnóstico no hay terapia”. Sartori, Geovani, *op. cit.*, p. 129. Antes de tratar de dar respuesta a la pregunta de Sartori, definamos la cualidad de la ideología progresista. Esto se puede definir como un corpus de ideas las cuales procuran impulsar políticas de bienestar a la ciudadanía, que contribuya en un mejoramiento del individuo y de la polis. Luego entonces, hoy en día se observa que los progresistas de hoy se parecen mucho a los políticos oligárquicos de antes. Esta actitud de los gobernantes se le conoce hoy en día con el nombre de pragmatismo. Este tipo de actitudes han repercutido gravemente, fomentando la apatía y el desinterés del ciudadano, y por ende desfondando la democracia al ya no interesarse el ciudadano en los asuntos públicos. Es irónico que en pleno siglo XXI, donde los estudiantes logran prepararse más, se encuentran más desinformados sobre los asuntos políticos. Y lo peor es cuando personas formadas sin nivel cultural se ponen a tomar decisiones informativas. Que la educación no ejerza ningún efecto positivo en la educación política de las personas es algo sobre lo que se requiere profundizar un poco más. Ya que como observa Schumpeter, “...apenas entra en el campo político el típico ciudadano se precipita a un nivel más bajo en el rendimiento mental. Razona y conduce sus análisis de un modo que él reconocería de inmediato como infantil si usara sus propias esferas de intereses. Se reconvierte en primitivo, su pensamiento regresa a ser asociativo y afectivo.” Schumpeter, J.A, *Capitalismo, socialismo y democracia*, p. 262. Puede resultar un poco exagerada la postura del autor, sin embargo no se encuentra muy alejado de la verdad, y es completamente aplicable a nuestra realidad, máxime si se contempla el panorama informativo de México.. Es muy común que al alejarnos de nuestra esfera de conocimiento ocurra una sensible caída en nuestro rendimiento. Esto es así dado que la persona por más capacitada que sea en ciertas artes no tiene la capacidad de opinión en las áreas que escapan a su saber.

⁵⁹ Villaverde Menéndez, Ignacio, *op. cit.*, p. 22. Así mismo, Villaverde apunta: “...una primera e importante delimitación del ámbito en el que se puede hablar propiamente de un derecho a ser informado, y en particular del derecho a recibir información. Ese ámbito es el de lo público tal y como el ordenamiento jurídico lo ha definido. Por tanto, ni se trata de la vidiosa esfera de lo social, carente de relevancia jurídica, ni, desde luego del ámbito privado del individuo, que en principio solo el puede hacer accesible a otros”.

No cabe duda, que desde una perspectiva democrática, las libertades informativas pueden y deben contribuir a lograr que el emisor asuma su papel plenamente, respetando el derecho a recibir información del ciudadano, y por tanto suministrando información veraz, plural y con un pleno sentido de atender el interés público, por tanto, el informador debe ser muy cuidadoso en este aspecto y saber distinguir cuando se presenten conflictos de información, y en tal caso asumir en todo momento una postura a favor de la información y no de la subinformación o desinformación, porque el buen informador bien sabe que la información veraz es un compromiso indeclinable en el ejercicio de su profesión. En efecto, una vez que los medios de comunicación toman conciencia de su vocación democrática asegurando los derechos informativos del público, estos se dedican a informar con visión incluyente respetando los derechos del receptor de la información. Bajo esta óptica democrática emisor y receptor vienen a ser como la misma cara de una misma moneda.

Así, la participación del individuo en el Estado democrático se vuelve vital para el desarrollo y progreso de la sociedad. En efecto, una sociedad que delibera y debate sobre los asuntos de la polis se vuelve indispensable, junto con los mecanismos que generan tal nivel de interés y participación. Solo aquel individuo bien informado podrá participar libremente en los asuntos de la polis.

En este contexto el individuo goza de una estimulante protección por parte del Estado no solo cuando este hace uso de su libertad de expresión, sino también cuando este se vuelve un receptor de la información. En efecto en el esquema democrático de la información el ideal es la inclusión,⁶⁰ en tanto que en el esquema liberal lo que acontece es la exclusión. En este sentido Ignacio Villaverde apunta que: “Desde la dogmática liberal es superfluo proteger la posición jurídica del receptor. El hipotético derecho a ser informado no gozaría de otra garantía que la que se desprende de la dispensada al derecho a informar. La garantía de la libertad de quien se manifiesta y divulga lo manifestado es la condición de la existencia del Estado democrático. Éste no añade nada

⁶⁰ En este contexto, el argumento democrático aplicado a los medios de comunicación trae como resultado funcionarizar la información dándole a esta un sentido positivo de tal forma que la información en este modelo asuma la función de servicio público y por tanto en favor de las mayorías. De esta forma, la información se considera un bien público propiedad de la colectividad. En el Estado democrático lo que se pretende es salvaguardar el interés público lo que justifica la actitud prestacional de este en aras de proteger y fortalecer a la opinión pública.

a la libertad de expresión o de información, y es la protección de esta libertad lo que satisface el interés colectivo de la información.”⁶¹

En efecto, proteger la recepción de la información desde la óptica liberal no tiene mucho sentido, por tanto, dar protección al receptor salvaguardando su derecho a una información veraz y plural implica entender a la libertad de expresión y de información desde una óptica diferente, lo que no resulta aceptable para el esquema liberal. En este esquema lo que se busca es potencializar económicamente los derechos informativos, de ahí el conflicto entre los esquemas liberal y democrático.

7. LA FALTA DE ASEGURAMIENTO DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS: MEDIOCRACIA Y DESINFORMACIÓN

Como ya se señaló, la información interactúa de diferente manera, mientras que un Estado democrático asume el firme compromiso de informar atendiendo el interés general, en uno de corte liberal los medios de comunicación se encuentran sometidos a fuertes intereses comerciales,⁶² y por tanto muy renuentes a satisfacer necesidades de interés general, en este esquema político lo que se observa es que a la información se le ve como simple mercancía.

Los cambios tan acelerados que están aconteciendo en la sociedad hoy en día, han contribuido a modificar ciertos esquemas ideológicos. Sin embargo, las diferencias existentes entre la izquierda y la derecha se deben aun a esquemas de igualdad social. Por lo que si del acceso al poder público se trata, todas las fuerzas políticas con

⁶¹ Villaverde Menéndez, Ignacio, *op. cit.*, p. 28. Me gustaría en relación con el tema en comento destacar lo señalado por Chesterton: “Al principio vagamente, y más tarde con mayor claridad, he visto que el mundo concibe la libertad como algo que sólo actúa hacia fuera, mientras yo la he concebido siempre como algo que actúa hacia adentro”. Seco, Ignacio Luis, *Chesterton, Un escritor para todos los tiempos*, 2ª. ed. Madrid, Ediciones Palabra, 2005 p.58. Sin embargo, asumir el ejercicio de las libertades informativas a cabalidad entraña sus riesgos, tal como como se puede ver a continuación: “Las cosas podrían haber sido muy distintas. Sus comienzos auguraban una carrera eclesiástica de primer orden: su formación ante los ojos del papa en la elitista institución romana del Collegium Germanicum, su ordenación sacerdotal en Roma, la sonada tesis doctoral en París, su precoz cátedra de teología fundamental a los treinta y dos años y, finalmente, su intervención como perito en el concilio vaticano II. Pero la elección fue otra. Opto por la libertad en lugar de acomodarse, prefirió el compromiso con la verdad al sometimiento” Kung, Hans, *Libertad conquistada*, Trad. Daniel Romero, 4ª ed., Madrid Trotta 2004, p. 1.

⁶² En tal sentido Santiago Sánchez González afirma: “No es sólo el hecho de que los medios colectivos de difusión, los que sobreviven, se estén transformando en empresas capitalistas cuyo único, o prioritario, objetivo sea obtener beneficios económicos a toda costa; obsérvese que nunca hasta hace unas décadas se había hablado de industrias culturales. Es que el capitalismo necesita para su expansión y hegemonía “pacíficas” que no se ponga seriamente en tela de juicio la ideología del libre mercado de mercancías e ideas.” Sánchez González, Santiago, *op. cit.*, p. 9. En el esquema político - económico, los medios de comunicación atienden principalmente la forma, desatendiendo el fondo y, en consecuencia el valor de la información se empobrece en perjuicio del interés general.

independencia de su ideología, deben procesar sus estrategias a través de los medios de comunicación.

En este sentido, llega el momento en que ya no se discuten aspectos de ideología partidaria, sino de posesionar un mensaje en los medios de comunicación que permita a las fuerzas políticas el acceso al poder.⁶³ Como se puede ver los medios de comunicación han orillado a los partidos políticos a jugar el mismo juego, aunque no necesariamente dentro del Estado de derecho, por tanto, no jugarlo es estar condenado al fracaso político electoral.⁶⁴

El problema de querer reducir el escenario de deliberación y debate político a los medios de comunicación ha traído como consecuencia el que estos informen menos, es decir, desinformen y subinformen, recordemos que hoy en día las campañas sirven de pretexto para llevar a cabo jugosos negocios, dejando de lado su función informativa. En este sentido Giovanni Sartori define subinformación como "...una información totalmente insuficiente que empobrece demasiado la noticia que da, o bien el hecho de no informar, la pura y simple eliminación de nueve de cada diez noticias existentes. Por tanto, subinformación significa reducir en exceso. En cambio por desinformación, entiende el

⁶³ Alejandro Muñoz Alonso Ledo, hace énfasis en el papel que han venido jugando los medios de comunicación en los últimos años, destacando el abuso que se ha cometido en ejercicio de las libertades informativas, lo que ha propiciado que incluso la democracia cobre una orientación negativa. En este sentido señala: "La televisión, ese medio que marca el ritmo de la actualidad, no sólo influye en los otros medios a los que, de alguna manera, somete a su imperio, sino que ha transformado a fondo el modo de hacer política imponiendo su dictado al proceso democrático. La política depende ahora más que nunca de los medios y sobre todo de la televisión". Alonso – Muñoz, Alejandro, "La democracia mediática, en *Democracia mediática y campañas electorales*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 16. Nada halagador es el panorama para la democracia como para los medios de comunicación y los derechos fundamentales. Y es que ante una realidad tan pobre lo que se alcanza a percibir en todas las sociedades democráticas, es que estas se están quedando sin el pueblo o dicho de otra forma sin el público informado de manera similar a la democracia sin el pueblo a la que hizo referencia ya hace tiempo Duverger, donde aludía a los efectos post – electorales que impedían la consumación de la voluntad popular expresada en las urnas. En definitiva lo que se observa es un sentimiento generalizado de escepticismo, hipocresía y falta de credibilidad en los políticos, lo que conduce a los ciudadanos a refugiarse en su vida privada atendiendo solo sus muy personales intereses. Hoy en día los políticos son de tal o cual ideología en razón de sus intereses. De esta forma lo único que importa es seguir vigente políticamente para seguir cobrando. Duverger, Maurice, *La democracia sin el pueblo*, Barcelona, Ariel, 1997.

⁶⁴ Bobbio, Norberto, *Izquierda y derecha*, Madrid, Tauros, 1996.

Lo cierto es que en esta lucha por lograr el acceso al poder por parte de los partidos políticos teniendo como instrumento principal a los medios de comunicación a sido de graves consecuencias para los individuos en busca de información. Ello ha generado que en opinión de Manuel Castells: "La opinión pública se considere a menudo un recipiente pasivo de mensajes, fácilmente abierto a la manipulación". Castells, Manuel, *La era de la información. El poder de la información*, tomo II, 5ª ed, trad. Carmen Martínez Gimeno, Madrid, Siglo veintiuno, 2004, p. 343. De igual manera sostiene también Socorro Apreza Salgado que: "...la libertad del público de elegir se ve oscurecida al no existir una pluralidad de mensajes garantizadora de la posibilidad real de elección, ya que como hemos expuesto la competitividad incentiva una uniformidad y una transmisión de información sin contenido, que implica una reducción y una omisión de la información, y no un aumento de la información y de la calidad de la misma". Apreza Salgado, Socorro, *op. cit.*, p. 71. Lo que se observa es la reducción de la información a los más bajos estándares de calidad, y por consiguiente a la fácil y cómoda manipulación de la mente humana.

mismo autor lo siguiente: dar noticias falseadas que inducen a engaño al que las escucha.”⁶⁵

El peligro de subinformar y desinformar no es ajeno a ningún medio de comunicación, sin embargo dicho problema se acentúa más en la televisión. Sartori destaca el potencial informativo de la televisión, pero al mismo tiempo afirma que al darle mayor importancia al aspecto visual, y por ende a lo comercial “...la labor informativa se pierde. Esto se comprende mejor si se considera que la televisión informa mostrando lo que la persona capta por medio del habla. Aquí es donde se encuentra el punto medular de la deformación de la noticia a través de la pantalla televisiva.”⁶⁶

En aras de la claridad, y previa consideración del panorama que nos ofrece la televisión parece ser que el comportamiento de este medio tiene una clara orientación hacia la subinformación,⁶⁷ y por ende, en busca de mayores índices de audiencia, aquí lo que interesa son los programas de tipo comercial, o dicho de otra forma la telebasura. En

⁶⁵ Sartori, Giovanni, *op. cit.* p. 84.

⁶⁶ Además Sartori considera que el empobrecimiento educativo y cultural son causantes en cierta medida de la desinformación, al afirmar que “El nivel al que ha descendió nuestra televisión se debe fundamentalmente a un personal que tiene un nivel intelectual y profesional muy bajo. La información televisiva se podría organizar mucho mejor. Aclarado esto, se observa que la fuerza de la imagen está en la propia imagen. Para hacernos una idea, basta comparar la información escrita del periódico con la información visual de la televisión”. Sartori, Giovanni, *op. cit.*, p. 88. En el mismo sentido Karl Popper afirma: “Para decirlo del modo más sencillo, no tenemos gente capaz de realizar, durante más o menos 20 horas al día, temas buenos, programas de valor. Es mucho más fácil encontrar gente que produzca durante esas mismas horas al día material regular y malo, que obtener una buena calidad durante una o dos horas al día. Es, simplemente, una tarea de extrema dificultad, y cuando más son las estaciones emisoras, tanto más difícil resulta encontrar profesionales que en verdad sean capaces de producir cosas tanto interesantes como de valor. Fácilmente se puede producir materialmente definible como “no malo o fastidioso”, más no así material que sea atrayente y de calidad durante 20 horas al día”. Popper, Karl y Condry, John, *op. cit.*, p. 42. De ahí que al ciudadano solo le reste usar la razón para seleccionar lo que este bien o mal. Desafortunadamente el fenómeno de la subinformación y desinformación atacan directamente a la razón. Por tanto, cada día son menos las personas que con pleno uso de razón pueden hacer dicha diferenciación.

⁶⁷ Un claro ejemplo de este fenómeno desinformativo lo tenemos en un incidente padecido por el crítico libanés Edward Said, que señala: “En aquella parada de unos diez minutos, me fotografiaron, sin permiso, en el acto de lanzar un guijarro jugando a competir con algunos muchachos jóvenes que estaban presentes, ninguno de los cuales, por cierto, tenía un objetivo particular. El área estaba desierta hasta donde alcanzaba la vista. A los dos días, mi foto apareció en los periódicos de Israel y todo Occidente, me describían como un terrorista que lanzaba piedras, un individuo violento, la cantidad habitual de difamación y falsedades que conoce cualquiera que haya incurrido en la ira de la propaganda sionista. Me gustaría señalar dos ironías. La primera es que, a pesar de haber escrito por lo menos ocho libros sobre Palestina en los que siempre he abogado por la resistencia a la ocupación sionista, jamás he defendido otra cosa que la coexistencia pacífica entre nosotros y los judíos de Israel, una vez acaben la represión militar israelí y la expropiación a los palestinos. Mis escritos han circulado por todo el mundo y se han traducido por lo menos a treinta y cinco lenguas, de manera que, dada la claridad de mi mensaje, resulta difícil desconocer mi postura. Sin embargo, el movimiento sionista, al considerar inútil refutar los hechos y los argumentos que he presentado y, lo que es más importante al ser incapaz de impedir que mi trabajo llegue a audiencias cada vez más amplias, ha recurrido a técnicas progresivamente ruines con el fin de detenerme”. Said W, Edward, *Freud y los no europeos*, trad. Olivia de Miguel, Barcelona, Global Rhythm, 2003, p. 11 – 12. Como se observa, la intención de algunos medios de comunicación es desinformar, dándole prioridad a supuestas conductas agresivas.

este sentido el verdadero periodismo informativo se vuelve una cuestión sin importancia, una utopía más de las sociedades contemporáneas.

El punto es que mientras la democracia se funde en la desinformación ejercida por los medios de comunicación que se han encargado de saturar al público con hechos distorsionados difícilmente el individuo estará en posibilidades de alcanzar una opinión pública valiosa para la democracia, mucho menos si no se regula adecuadamente esta actividad.⁶⁸

El verdadero problema radica en que el poder de los medios de comunicación no se encuentra acotado por un sistema de pesos y contrapesos, en este sentido quien desafortunadamente paga los costos es el ciudadano que se encuentra en una relación de sometimiento frente a los medios de comunicación. Todo el mundo sabe que la televisión goza de una influencia considerablemente mayor a los demás medios, por tanto, el potencial desinformativo que se ejerce por medio de la televisión es de mayor alcance y en consecuencia mayor poder.

La única respuesta que encuentro a semejante y desalentador panorama es fomentar el pluralismo informativo, impulsando la apertura de los medios a las más variadas corrientes de opinión pública, de igual manera se debe buscar evitar que las concesiones estén en manos de un reducido número de grupos mediáticos, razón suficiente para tener cuidado a quien otorgarlas, recordemos que la competencia por si misma no es la panacea, pero bien orientada y controlada puede corregir muchos aspectos.

8. LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO

Es innegable que la función social que le corresponde desempeñar a la radiotelevisión, se encuentra orientada hacia el servicio público, y por tanto hacia la satisfacción de necesidades de carácter general de los radioescuchas y televidentes, lo que se debe reflejar en información veraz y plural. Quiero decir esto: sin duda que la información es una

⁶⁸ El fenómeno de la desinformación para Sartori es particularmente grave en occidente, y como ejemplo señala: "El público que no se interesa en la caída del muro de Berlín es el público que ha sido formado por las grandes cadenas de televisión norteamericanas". Sartori, Giovanni, *op. cit.*, p. 90.

necesidad de carácter general para el ciudadano, dado que sin esta no existiría una verdadera opinión pública, mucho menos podríamos hablar de un Estado democrático.

Por esta razón sostenemos que en la medida en que el emisor de la información respete ciertos deberes y responsabilidades, entre los que destacan la veracidad, el que se haya obtenido con rectitud la información, que una parte de su programación tenga fines educativos, y consecuentemente contribuya a fortalecer la democracia. En ese momento y en atención al cumplimiento de esas responsabilidades y compromisos para con los usuarios, se podrá afirmar que la radio y televisión atienden necesidades de servicio público ya que se estaría actualizando lo que establece la legislación y la teoría.

Una vez señalado lo anterior es posible establecer que la radio y la televisión son actividades dignas de ser consideradas servicios públicos, pero su correcto desempeño varía en función del establecimiento de obligaciones de servicio público en la legislación. Desafortunadamente nuestra legislación es un tanto omisa en ese sentido. Sin embargo, la Ley Federal de Radio y Televisión introduce ciertas obligaciones de servicio público, por ejemplo en el artículo 5^o⁶⁹ que establece: “La radio y la televisión, tienen la función social de contribuir al fortalecimiento de la integración nacional y el mejoramiento de las formas de convivencia humana.” Así mismo, el artículo 6^o señala que se deberá promover: “...la transmisión de programas de divulgación con fines de orientación social, cultural y cívica.”

⁶⁹ Importantes consideraciones sobre la orientación que debe reunir la radio y la televisión para que deban ser consideradas servicio público se encuentran establecidas en las fracciones I, II, III y IV del artículo 5 de la ley en comento. Desafortunadamente dicha ley no contiene un capítulo donde se desarrolle lo que deben ser las obligaciones de servicio público aplicadas a la radiotelevisión, como si lo señala el estatuto de radio y la televisión español de 10 de enero de 1980. Por ejemplo, el artículo 4^o señala entre otras cosas: la objetividad, veracidad, e imparcialidad de las informaciones (fracción a), así como también, el respeto al pluralismo político, religioso social, cultural y lingüístico. Por otra parte el artículo 5^o señala entre otras cuestiones de interés lo siguiente: “la promoción y emisión de un conjunto equilibrado de programaciones y canales, generalistas y temáticos, de radio y televisión, que integren programas diversificados, de todo tipo de géneros, con el fin de atender las necesidades democráticas, sociales, y culturales del conjunto de los ciudadanos, garantizando el acceso a la ciudadanía a información, cultura, educación y entretenimiento de calidad”. Posteriormente dichas disposiciones fueron modificadas por la ley 24/2001, de 27 de diciembre, y que entre otras cosas destaca lo siguiente: “...impulsar el conocimiento de los valores constitucionales, promover activamente el pluralismo, impulsar la diversidad cultural y lingüística, fortalecer la educación, fomentar la producción española y europea y promover el respeto a la dignidad humana”.

Sin embargo, dichas disposiciones no se encuentran exentas de crítica, más si se considera que el Estatuto se reformó sin “...un consenso político, nos conducen a dudar que el objeto y el fin de esa reforma sea la garantía del pluralismo informativo y de la programación de calidad de los medios de comunicación de titularidad pública. De ahí, que la previsión de las obligaciones de servicio público puedan terminar siendo un adorno más de la legislación audiovisual, tal como ha sucedido con otros mecanismos —el derecho de acceso a los grupos sociales—. Apreza Salgado, Socorro, *op. cit.*, p. 139.

En tal sentido y considerando también las contradicciones que pueden advertirse en este tipo de legislaciones, se debe considerar de todas maneras como un avance en aras de lograr la efectiva prestación del servicio. Razón por la que considero necesario la introducción en nuestra legislación de los principios de objetividad, veracidad, pluralidad e imparcialidad, toda vez que le proporcionaría consistencia a nuestra legislación.

Por otra parte los artículos 59, 60 y 62 de la Ley Federal de Radio y Televisión, también establecen obligaciones de servicio público, siendo el artículo 59 el que lo hace de forma más contundente al permitir la entrada del pluralismo informativo a los medios de comunicación:

...las estaciones de radio y televisión deberán efectuar transmisiones gratuitas diarias, con duración hasta de 30 minutos continuos o discontinuos dedicados a difundir temas educativos, culturales y de orientación social. El Ejecutivo Federal señalará la dependencia que deba proporcionar el material para el uso de dicho tiempo y las emisiones serán coordinadas por el Consejo Nacional de Radio y Televisión.

No obstante lo anterior, es necesario que el legislador adopte medidas más concretas en aras de salvaguardar los derechos fundamentales y de incentivar con mayor énfasis las obligaciones de servicio público y su cumplimiento.

De forma similar Carmen Chinchilla Marín considera que es: “preciso que cumplan y atiendan las necesidades del servicio público, pero no las limitaciones que sean superfluas y gratuitas o que, dicho de otro modo, no vengan impuestas por las necesidades del público.”⁷⁰ En tal caso, dichos fines encaminados hacia las obligaciones de servicio público deben evitar por todos los medios el que se presenten intereses que impidan el correcto desenvolvimiento de dicha actividad.

Lamentablemente la Ley Federal de Radio y Televisión permite la introducción de intereses económicos que fomentan la concentración informativa, en abierta contradicción con los fines que persigue el servicio público. Al respecto el artículo 17 establece: “Las concesiones previstas en la presente ley se otorgarán mediante licitación pública.” Esta prescripción normativa lejos de incentivar las obligaciones de servicio público las frena, al no establecer obligaciones de servicio público y condiciones para la celebración de la licitación, por tanto se incentiva la simple lucha por la audiencia, dejando pues, en segundo plano el derecho a recibir información plural.⁷¹ Además del exagerado plazo de

⁷⁰ Chinchilla Marín, Carmen, “¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión, en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, tomo II, Madrid, Civitas, 1991, p. 971.

⁷¹ Como señala Bourdieu la televisión se encuentra sometida a fuertes presiones comerciales, lo que se refleja en la lucha por la audiencia que sostienen los concesionarios. Bourdieu, Pierre, *Sobre la televisión*, trad. Thomas Kauf, 5ª ed, Barcelona, Anagrama, 2003, p. 51.

20 años⁷² de duración para las concesiones, con la posibilidad de renovarla a perpetuidad que señala el artículo 16. Si a eso le agregamos que la regulación de la radiotelevisión, en términos del artículo 90 de la Ley Federal de Radio y Televisión se llevará a cabo por un organismo dependiente de la Secretaria de Gobernación, y por ende del poder ejecutivo sin representación de organismos de la sociedad civil, se evidencia un nulo sistema de contrapesos⁷³ que desemboca en una muy pobre regulación jurídica. En este sentido Carmen Chinchilla Marín, señala que sería deseable que en los medios electrónicos de comunicación se atienda: "...la obligación de emitir un número mínimo de informativos."⁷⁴

Razón por la que la imposición de obligaciones de servicio público al concesionario debe tener por finalidad la emisión de espacios informativos veraces y plurales que contribuyan a atender las diversas necesidades de la sociedad. El artículo 5 de la Ley Federal de Radio y Televisión hace referencia a ciertos contenidos que tienen que ver con el respeto de los derechos fundamentales, más no con el sostenimiento de una información veraz y plural. Esto en mi opinión es una contradicción, dado que no es posible garantizar los derechos fundamentales sin el previo aseguramiento de la veracidad y la pluralidad. Estos principios se refieren a los fines que deben inspirar la actividad de los medios de comunicación.

Ante dicha problemática, una opción es fortalecer nuestros medios públicos en aras de, armonizar el interés público y el privado. Dicha política de fortalecimiento de los medios públicos debe atenderse sin duda desde el poder legislativo, y por ende, establecerlos debidamente en la legislación. Sin embargo, esto no debe verse como un ataque a los concesionarios privados, sino tan solo se trata de procurar un poco de pluralismo en los medios, permitiendo que la sociedad civil tenga a su disposición mayor cantidad de información.

⁷² 20 años es un término excesivo, habida cuenta que en la mayoría de los países el tiempo de duración de las concesiones son 10 años. La reducción de dicho termino y la incentivación del pluralismo son fundamentales para desarrollar las obligaciones del servicio público. En caso contrario tendremos que aceptar la concentración informativa y sus consecuencias.

⁷³ Una de las causas por las que nuestra democracia aun no nace, es porque las diversas fuerzas políticas no han tenido la suficiente madurez política para implantar el último de los elementos necesarios en toda democracia, y sin duda el más clásico de todos, referido a una efectiva separación de poderes; que permita un efectivo sistema de rendición de cuentas, una correcta representación política; que incentive la participación real y efectiva del ciudadano, así como un gobierno con transparencia y responsabilidad, que de cómo resultado la supremacía del imperio de la legalidad. Sólo controlando el poder puede existir el pluralismo.

⁷⁴ Chinchilla Marín, Carmen, "Servicio público: ¿Crisis o renovación?", en E. Malaret García, *Regimen jurídico de los servicios públicos*, Madrid, 1997, p. 70.

Por lo que respecta a los contenidos informativos, considero que en aras de atender los fines que establece la teoría del servicio público, estos deben observar un mejor tratamiento en los medios públicos, puesto que estos al no estar animados por un espíritu de lucro, muestran una mayor proclividad a atender dichos fines. Evidentemente es muy claro que los medios públicos y privados no funcionan de igual manera. No aceptarlo así dificulta la consideración de servicio público para las cadenas privadas.

En razón de lo anterior considero que el legislador debe ocuparse en el futuro de propiciar el pluralismo informativo en contenidos y medios. Por tanto, debe darse prioridad a salvaguardar la veracidad y la pluralidad, así como también propiciar la inclusión de todas las corrientes de opinión pública de modo que se pueda lograr una correcta pluralidad en los medios, tanto en la información de estos como en los concesionarios. Todas estas medidas considero que permiten asegurar de cierta forma la obligación del servicio público en los medios audiovisuales.

Si como ya se señaló la democracia pasa por los medios de comunicación audiovisuales, es necesario y urgente que a la brevedad se incorporen tales propuestas en la legislación, máxime si lo que se busca es establecer las bases normativas que permitan asegurar la veracidad y la pluralidad en este sector.

Lamentablemente ciertos aspectos nos hacen suponer que el legislador no se ha tomado en serio su papel, razón por la que es difícil establecer de forma clara en la actual coyuntura política modalidades de servicio público en los medios audiovisuales, más aún si se considera que México no es un país democrático, sino un país en transición,⁷⁵ y por tanto aun en proceso de liberalización política, donde al parecer la función de servicio

⁷⁵ “Entiendo por transición democrática el intervalo que se extiende de un régimen político a otro (...) Las transiciones están delimitadas de un lado por el inicio del proceso de disolución del régimen autoritario y del otro por el establecimiento de alguna forma de democracia, el retorno de algún régimen autoritario o el surgimiento de una alternativa revolucionaria. Lo característico de la transición es que en su transcurso las reglas del juego político no están definidas. No solo se hallan en flujo permanente sino que, además, por lo general son objeto de una ardua contienda; los actores luchan no solo por satisfacer sus intereses inmediatos y/o los de aquellos que dicen representar, sino por también definir las reglas y procedimientos cuya configuración determinara probablemente quienes serán en el futuro los perdedores y los ganadores” O’ Donnell, Guillermo Schmitter, Phillippe, *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*, Buenos Aires, Paidós, 1988, Tomo IV, p.20.

público de los medios de comunicación es aun una asignatura pendiente en la agenda política de los partidos.⁷⁶

⁷⁶ Cárdenas Gracia, Jaime, *Transición política y reforma constitucional*, 2ª ed, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 31.

Asimismo, el déficit social y el debilitamiento del estado de derecho hacen difícil el establecimiento de un régimen democrático. De cara a lo anterior sería lo recomendable regular de forma equitativa el acceso a los medios, además de romper la comercialización del proceso electoral en los medios de comunicación, lo que hace necesario "que se dé un auténtico debate y discusión en lugar del millón de comerciales en radio y televisión", Zaid, Gabriel, "Después del susto", *Reforma*, México, 29 de abril, 2007.

CAPÍTULO II

EL SERVICIO PÚBLICO Y LAS LIBERTADES INFORMATIVAS

1. LA RADIO Y LA TELEVISIÓN COMO SERVICIOS PÚBLICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Formalmente la radio y la televisión no se consideran servicios públicos en el orden jurídico mexicano, sin embargo, doctrinalmente, se encuadran en la clasificación de servicios públicos impropios en el sentido propuesto por el profesor italiano Arnaldo de Valles,⁷⁷ por tratarse de sendas actividades técnicas destinadas a satisfacer necesidades de carácter general de recibir información y disfrutar de esparcimiento. En cambio en España y otros países, la radio y la televisión son servicios públicos propiamente dichos, por estar previstos en la ley, con el carácter, de esenciales y de interés general.

2. CONCEPTO DE RADIODIFUSIÓN

La radiodifusión se entiende como aquel sistema de carácter técnico que permite la transmisión a grandes distancias de señales sonoras, las cuales alcanzan una velocidad de 300 Km por segundo, mediante una estación radioemisora que tras captar y tratar las señales sonoras de tipo mecánico, las transforma en ondas electromagnéticas con capacidad de ser percibidas en aparatos radioreceptores, mismos que a su vez las reconvierten en sonido.

3. HISTORIA DE LA RADIODIFUSIÓN

Este importante sector de la comunicación y de la economía tiene su antecedente en el siglo XX, y es entre 1920 y 1930 cuando la radiodifusión principia su difusión primeramente en las sociedades más avanzadas, como Europa y parte del continente americano, al comenzar a desarrollarse los géneros radiofónicos, derivados del periodismo y la literatura, con la añadidura de los géneros musicales, trasformando radicalmente al

⁷⁷ El concepto servicio público impropio propuesto por el italiano Arnaldo de Valles se refiere a los servicios públicos que no son creación de la ley, por lo que su prestación se deriva de un permiso o autorización que otorga la autoridad competente, a diferencia del servicio público propio que si es creación de la ley y su prestación se encuentra atribuida al Estado. Para abundar sobre el particular ver Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995, pp. 89-93.

mundo de la información pública y la comunicación social.⁷⁸ Así el 27 de agosto de 1920, se da la transmisión directa de la ópera “Parsifal” desde el Teatro Coliseo de Buenos Aires:

Esta fue la primera transmisión de una serie regular, con horario preestablecido al público que poseía aparato de “galena” y con ella comenzó a funcionar la Sociedad Radio Argentina que obtuvo la primera licencia de radiotelefonía en el país.⁷⁹

Desde sus inicios la radiodifusión se vio acompañada de la intervención estatal.⁸⁰ Lo que se debió a diversas circunstancias: ordenación del espectro, escasez de frecuencias, interés general, conveniencia pública, seguridad nacional; pero el resultado siempre fue el mismo: injerencia estatal bajo la bandera de la regulación e incluso, en bastantes países por medio del establecimiento de un régimen de monopolio público⁸¹ o asimilable.

Resulta obvio que la intervención pública en la radiodifusión, con las matizaciones que se quieran señalar, es la regla general en la mayoría de los países dotados de una democracia representativa, solo que actualmente, estamos siendo testigos de los fuertes embates del mercado⁸² encaminados a eliminar totalmente, o reducir al mínimo, cualquier intervención de tipo estatal, pero la privatización de este sector, apenas comienza.

⁷⁸ Vid. *Salvat Universal, Diccionario Enciclopédico*, Tomo 17, p. 209.

Diversas cuestiones se presentaron casi paralelamente: la reglamentación jurídica de la empresa y el reparto internacional de la utilización de las ondas, dado que tenemos que tener muy presente que las ondas son un bien escaso. Durante los primeros años de experimentación, la evolución de la radiodifusión corresponde casi exclusivamente a la iniciativa privada. Posteriormente al estabilizarse los servicios, los Estados intervinieron con el objetivo de controlar los efectos del nuevo medio sobre la opinión pública.

⁷⁹ Pellet Lastra, Arturo, *Régimen Legal de Radio y Televisión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, p. 13. Tomado de Alfonso Jiménez, Armando (coordinador), Fernández Ruiz, Jorge, *Responsabilidad social, autorregulación y legislación en radio y televisión*, México, UNAM, p. 39.

⁸⁰ Dicha característica es común observarla en los ordenamientos jurídicos de corte democrático desde el inicio de las actividades de la radiodifusión en los años veinte.

⁸¹ El monopolio es una técnica administrativa encargada de suprimir la concurrencia respectiva en una actividad libre cuyo ejercicio recae en una sola persona ya sea: pública o privada, si bien en un principio el monopolio guardaba una vinculación con el servicio público, no forma parte de la esencia de esta figura. Es por eso que también se pueden encontrar servicios públicos sin monopolio. Por ejemplo, en el caso de los servicios públicos impropios, es común la falta de monopolio; en cambio en los servicios públicos propiamente dichos es más frecuente la existencia del monopolio. Por otra parte, la doctrina anglosajona recomienda deshacerse de este tipo de técnicas administrativas por la siguiente razón: “Los ingresos ganados por unos cuantos cantantes, atletas y abogados contienen rentas económicas generadas por la escasez inherente de los recursos que controlan: una excelente voz de cantante, la habilidad y la determinación atléticas, las habilidades analíticas y forenses del abogado exitoso. Sus ingresos pueden superar ampliamente a sus ganancias potenciales más altas en una ocupación alternativa, aun cuando vendan sus servicios en un mercado plenamente competitivo. El monopolista, que crea una escasez artificial de su producto, gana una diferente clase de renta económica”. Posner A, Richard, *El análisis económico del derecho*, trad: Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 17. para más información al respecto sobre este tema ver capítulo IX del libro citado.

⁸² La nueva fase del libre mercado de la globalización se le conoce con el nombre de regionalización. Ante ella, en Asia y América Latina se aundan los lazos de cooperación entre los países de este continente para poder responder con éxito a los nuevos desafíos que plantea la globalización. Todo esta se de bajo la atenta mirada de las grandes potencias políticas y económicas.

En México el desarrollo de este sector se remonta a 1921, cuando inician las transmisiones radiofónicas, y los responsables de esta evolución tecnológica fueron los ingenieros Constantino de Tárnava y José Ruiz de Herrán, quienes propiciaron la proliferación de los radio-receptores de galena; lo que permitió que el 8 de mayo de 1923, se inaugurara una estación de radio con una potencia de 50 watts, con un alcance no mayor de 5 kilómetros.⁸³

Posteriormente en el año de 1930 surge la XEW, propiedad de Emilio Azcárraga Vidaurreta, mismo que se encarga de consolidar al paso del tiempo el más grande coloso de los medios de comunicación de América Latina, dicho esfuerzo se ha extendido a dos generaciones más, para hacer de la XEW una de las principales industrias de la radiodifusión de América Latina.⁸⁴

Una vez consolidado este proceso evolutivo, la tecnología estaba lista para dar el gran salto en el sector de las comunicaciones, donde el objeto es mostrar con “la televisión policroma un viejo sueño que ya Baird había intentado en 1928: se trata de descomponer las imágenes en tres espectros, azul, verde y rojo y de superponerlos sobre una pantalla tricomatica, que tiene tres veces más de puntos que para el negro y el blanco.”⁸⁵

Finalmente quien inventa la televisión a color es el mexicano Guillermo González Camarena en el año de 1939, en base a “...su sistema tricómico secuencial de campos, cuya patente obtiene el 19 de agosto de 1940; Y el 31 de agosto de 1950 se inaugura la primera estación comercial de televisión de México: la XHDF-TV Canal 4 de Rómulo O’Farril, la que al día siguiente transmite la lectura del IV Informe de Gobierno del presidente Miguel Alemán.”⁸⁶

Uno de los efectos del desarrollo de la radiodifusión es el que esta actividad sea considerada hoy día, como una de las principales fuentes de empleo y de divisas para los países, lo que permite afirmar la importancia de este estratégico sector para el desarrollo de las Naciones.

⁸³ *Enciclopedia de México*, 2ª. ed., México, 1977, t. 11, p. 43.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ Albert, Pierre y Jean, *Historia de la Radio y la Televisión*, 2ª ed. en español, 2001, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 111

⁸⁶ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 40.

4. FUNCIONAMIENTO DE LA RADIO Y LA TELEVISIÓN

Este instrumento de carácter técnico funciona por medio de ondas hertzianas, que el escocés James Clerk Maxwell, descubrió en el año de 1864, al establecer su teoría referente al conjunto de las ondas electromagnéticas que guardan familiaridad con las ondas luminosas.⁸⁷

Posteriormente en "...1887, el alemán Heinrich Hertz, alumno de Helmholtz comprobó con éxito las teorías de Maxwell al lograr producir las ondas hertzianas, y fue de tal envergadura su descubrimiento que inmediatamente se abocaron los estudiosos en la materia a la investigación de este fenómeno."⁸⁸

Por esos años un joven italiano, de nombre Marconi, alentado por el físico Righi, inventa la telegrafía sin hilos,⁸⁹ que habría de servir de base para que el americano Reginald Aubrey Fessenden creara en 1906, el binomio de aparatos transmisor-receptor que denominó radio, y facilitó transmitir la voz humana y otros sonidos a grandes distancias.⁹⁰

Como se puede observar, el desarrollo de esta tecnología fue lo que permitió la invención de la radio y la televisión, pero, una vez que se encuentran en funcionamiento estos medios de comunicación, tuvo mayor importancia la televisión, dado que ésta contaba con una mayor cobertura informativa, permitiendo estimular la conversión de emisoras a frecuencia modulada, según recomendaciones y acuerdos adoptados en los congresos internacionales.

Pese a la primacía de la televisión sobre la radio, a ambos medios de comunicación le dedican hoy en día atención millones de personas en todo el planeta, de ahí que, se aprecie su importancia como instrumentos informativos y formativos de primer orden, con la peculiaridad de que su naturaleza emisora y, sobre todo, sus efectos son diferentes de los de la prensa escrita.

⁸⁷ Albert, Pierre y Jean – Tudesq, Andre, *op. cit.* p. 12.

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Gran Enciclopedia Larousse*, tomo 19, Planeta., p. 9120.

⁹⁰ *The New Encyclopedia Britanica*, 15ª. ed., Chicago, Encyclopedia Britannica Inc., Macromedia, t. 3, p. 309.

5. EL CONTROVERTIDO CARÁCTER DE SERVICIO PÚBLICO DE LA RADIO Y LA TELEVISIÓN

En México a diferencia de otros países la radiodifusión no ha sido declarada como servicio público por la ley, por tanto se consideran servicios públicos impropriamente dichos. La cuestión es si las prestaciones que ofrece la radiodifusión se conectan directamente con las libertades informativas de expresión y de información, y por tal motivo dicha actividad se considera servicio público o en caso contrario debe dejarse abiertamente a las fuerzas del mercado la actividad de la radiodifusión.

Si se considera que la radiodifusión es un vehículo esencial para la información y la participación política del ciudadano, de formación de la opinión pública, de educación, de cultura, así como un mecanismo esencial para lograr que la libertad e igualdad sean efectivas, se concluye que dichas actividades sí son servicios públicos.

La consideración como servicio público de la radio y la televisión encuentra su justificación en dos argumentos: primeramente, las pretendidas limitaciones técnicas y condicionantes económicas, que sitúan a la radiodifusión en una situación diversa respecto de la prensa escrita. En segundo lugar, la importancia de la radiodifusión, como instrumento fundamental para la transmisión de información, cultura y entretenimiento y como destacado vehículo de formación de la opinión pública.

A) El argumento técnico y económico

Las limitaciones técnicas y los condicionamientos económicos es lo que hace posible una estricta intervención pública para garantizar un óptimo aprovechamiento de las capacidades disponibles, evitando con esto abusos monopolísticos u oligopolísticos, y por lo tanto permitiendo que⁹¹ el espacio radioeléctrico sea utilizado en un número limitado, pero plural, de canales de televisión difundidos a través de ondas hertzianas terrestres, que se puede incrementar en un momento dado si el Estado lleva a cabo una más racional redistribución del espacio. En tanto que la potencialidad técnica de la televisión por cable

⁹¹ Véase Laguna de Paz, José Carlos, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 220.

hace posible la transmisión de docenas de canales de televisión.⁹² De esta forma el desplome del argumento de las limitaciones técnicas es más que evidente. Sin embargo, la escasez del número de frecuencias radioeléctricas -trae como consecuencia que el medio no sea accesible a todos-, aunado al elevado costo económico que esta actividad entraña, hacen que la radiodifusión tenga que desarrollarse en unas condiciones sustancialmente distintas a aquellas en las que se desarrolla la prensa escrita.

B) La situación de la radiodifusión como instrumento de transmisión de la cultura

No hay duda de que la televisión es el medio de mayor influencia hoy en día, dadas las especiales repercusiones que ha dejado sentir en el ámbito del derecho, la información, la política y la economía, por citar algunos espacios de influencia, además de ser un instrumento necesario para la transmisión de cultura y entretenimiento.

Pese a lo anterior, esta calificación de la televisión como servicio público no es unánime. José Luis Fernández destaca que la radiodifusión es una actividad de interés público, pero no está de acuerdo en que se le considere un servicio público por cuatro razones básicas: 1) porque no hay prestación concreta a favor de cada individuo, 2) porque no existe relación jurídica directa entre la empresa y el beneficiario, 3) porque no satisface una necesidad colectiva inaplazable; y 4) porque se realiza con espíritu de lucro,⁹³ no obstante, dicha postura es refutada por Jorge Fernández Ruiz, con base en los siguientes argumentos:

“1º Aun cuando para el grueso de sus usuarios se trata de un servicio público uti universi, y por tanto no tiene normalmente usuario identificado o concreto, sí hay prestación concreta a favor de cada usuario—oyente, o sea de toda persona que haga funcionar su aparato radio-receptor en la frecuencia asignada a un determinado prestador del servicio; tal prestación consiste en proporcionarle información, educación, capacitación, cultura y esparcimiento. Por otra parte, existe otro tipo de usuarios de la

⁹² Calvo Charro, María, *La televisión por cable*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 26. “La transmisión de teleseñal por cable se concreta mediante un sistema de distribución de señales por cable coaxial o fibra óptica, que es mucho más amplio que el que proporciona la televisión hertziana, dado que la televisión por cable no se enfrenta al problema de la escasez del espectro radioeléctrico, como si sucede en la televisión tradicional que solo ofrece limitadas posibilidades en las frecuencias de transmisión. Asimismo, este medio de información tiene características locales, y se desenvuelve mejor en medios urbanos, con buena densidad de población, ya que en poblaciones de baja densidad su instalación no es muy rentable”. Para J. Esteve Pardo un “...tendido relativamente corto en grandes núcleos urbanos y zonas de conurbación puede llegar a millones de personas”. “Viejos títulos para tiempos nuevos: demanio y servicio público en la televisión por cable”, *REDA* (abril-junio, 1992), p. 265.

radio difusión –que en este sentido es *uti singuli-* compuesto por los anunciantes, para quienes el servicio es oneroso por ser remunerada la transmisión de anuncios y mensajes comerciales. 2º Porque, contrariamente a lo que insinúa el abogado Fernández, no es elemento indispensable del servicio público la existencia de relación jurídica directa entre la empresa y el beneficiario –que si se da respecto de los usuarios anunciantes-, porque la situación jurídica del prestador y el usuario del servicio público es determinable conforme a su ley y a su reglamento. 3º Porque según vimos, es esencial en el servicio público satisfacer una necesidad de carácter general, más dicha necesidad no tiene que ser indispensablemente inaplazable. Independientemente de ello, en el servicio de radiodifusión tal necesidad puede ser inaplazable en millones de casos; así, no se debe aplazar la información y orientación del auditorio o tele auditorio en casos de desastre y hecatombe. En otro escenario, cualquier fanático de fútbol puede aplazar por un par de horas la satisfacción de la necesidad de comer más no aplazar la de escuchar con toda atención la transmisión televisiva o radiofónica del partido final del campeonato mundial de fútbol, por ejemplo. 4º Finalmente, el destacado jurista y radiodifusor niega al servicio de radiodifusión el carácter de público, porque lo anima el espíritu de lucro, con lo cual olvida dos cuestiones evidentes e importantísimas: la primera estriba en que todo servicio público concesionado está animado por ese espíritu; la segunda consiste en que el servicio de radiodifusión prestado por el Estado carece del propósito de lucro.”⁹⁴

Además para calificar a la radio y la televisión como servicios públicos, no nada más se debe atender el criterio legalista sino también al aspecto práctico del servicio, para darnos cuenta si cumple o no con la función de servicio público, porque como apunta Carmen Chinchilla Marín: “Siempre he pensado que el mejor argumento contra la consideración o calificación de la televisión como servicio público es ver la televisión para concluir, y ese es un problema real y no teórico, que la televisión no sirve al público, luego no es verdad que sea un servicio público.”⁹⁵

⁹³ Fernández, José Luis, *Derecho de la Radiodifusión*, México, Editorial Olimpo, 1960, p. 44.

⁹⁴ Fernández Ruiz, Jorge, “Régimen jurídico de concesiones de radio y televisión”, en Alfonso Jiménez, Armando, coord..., *Responsabilidad social autorregulación y legislación en radio y televisión*, México, UNAM, 2002, PP. 42-43. En apoyo a la tesis de Jorge Fernández Ruiz, se encuentra la postura de Félix Fernández Shaw, el cual le atribuye a la radiodifusión carácter de servicio público por las siguientes razones: “a) cumple una misión cultural, informativa y formativa de primer orden; b) se dirige no a un grupo determinado, sino al público en general; c) dispone de unos medios técnicos de importante valor, con lo que alcanza un poder difícilmente igualable” Fernández Shaw, Félix, *Organización internacional de las telecomunicaciones y de la radiodifusión*, Madrid, Marcial Pons, 1991, p. 189.

⁹⁵ Chinchilla Marín, Carmen, “El servicio público de televisión en la actualidad y sus problemas conceptuales y reales”, en *El régimen jurídico del audiovisual*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 115.

En este sentido hay quienes piensan que el mejor sistema para intentar salvaguardar los valores implicados en la radiodifusión, con todas las imperfecciones que se puedan observar, es la competencia y el mercado, tal como explica José Carlos Laguna de Paz:⁹⁶

- A) El mejor sistema para salvaguardar los valores implicados en la actividad de televisión, con todas sus imperfecciones, es la competencia y el mercado.
- B) El sometimiento de la televisión al mercado reduce el protagonismo público, y con ello afianza la independencia de la televisión.
- C) La mejor forma de garantizar la libertad de expresión es sustituir la regulación pública especialmente todo el sistema de licencias por un sistema basado en derechos de propiedad sobre la radiotelevisión, que, por tanto, fundamentalmente descansa en el mercado y en la libre negociación individual.

En mi opinión los puntos que aduce el autor para justificar su dicho son dignos de ser tomados en consideración, sin embargo no los comparto del todo por las siguientes razones: la radiodifusión y su sometimiento al mercado, no equivale, a la ausencia de intervención administrativa en este sector. Con mucha frecuencia, la libertad requiere de la actuación pública tanto para su promoción como también para su limitación en atención del interés general. La radiodifusión no puede sin más ser confiada al espontáneo desenvolvimiento de las fuerzas sociales y económicas. Existen una serie de valores culturales, educativos, informativos, de calidad de la información, que requieren ser garantizados y protegidos. De hecho la televisión se encuentra en casi todos los países sometida a regulación y control. No obstante la finalidad de servicio público si puede conseguirse en el marco de la competencia y del mercado, mediante una efectiva regulación de la actividad y eventualmente con una televisión pública orientada al cumplimiento de objetivos de interés general. De esta forma se debe pugnar por imponer una regulación más intensa a dicha actividad en aras de que las televisoras respeten a cabalidad las obligaciones de servicio público que les impone la legislación, esto por razones sociales o de interés general, para que de esta forma se asegure la calidad con

⁹⁶ Laguna de Paz, José Carlos, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Madrid, Marcial Pons, 1995, 226-230.

que debe ser prestado el servicio público, con independencia de su rentabilidad económica.

Como hemos podido observar las críticas para descalificar a la radiodifusión como servicio público se sustentan más en aspectos sociales que jurídicos, lo que quiere decir que lo que está fallando es su regulación jurídica por parte de los poderes públicos que no hacen valer la norma legal. Pero no debe quedar duda de que la radiodifusión se considera un servicio público, por las siguientes razones:

- A) La idea de que con la televisión se realiza una actividad de interés público no parece, en principio, que pueda negarse. Y si ello es así debemos considerar que la televisión es un servicio público que ha de prestarse a la sociedad.
- B) Los principios de igualdad, continuidad y adaptabilidad le son aplicables, porque ello es consustancial a la idea misma de prestación necesaria que otorgaría a la televisión la consideración de servicio público.

De lo hasta aquí vertido puede advertirse que en el caso concreto de la radiodifusión, se le debe considerar como una actividad de servicio público porque se le concibe a esta como un vehículo esencial para la transmisión de la información y participación del ciudadano en los asuntos de la polis, de instrumento de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura, así como un medio capital para el aseguramiento de los derechos fundamentales. Sin omitir que la gestión del servicio público de radiodifusión por parte de los particulares se encuentra sometido a fuertes presiones de carácter económico, máxime si consideramos el espíritu de lucro de esta actividad.⁹⁷

⁹⁷ Sobre los grandes intereses económicos que condicionan a la radiodifusión, Claude-Jean Bertrand, afirma: "...se le acusa de estar manipulada por un puñado de gente que no ha sido elegida, y que de ninguna manera son responsables ante los ciudadanos: propietarios reaccionarios según unos, y profesionales izquierdistas según otros. Culturalmente, se denuncia la prostitución de la televisión ante los poderes económicos, lo que se traduce en un predominio de programas estúpidos y/o violentos. En gran parte son estas constantes críticas las que explican las inmensas cualidades del medio". Claude-Jean, Bertrand, *La Televisión en los Estados Unidos*, Madrid, Rialp, p. 20.

Es tal la importancia de la radiodifusión, que la crítica hacia esta actividad proviene de muy diversos sectores, por ejemplo, para el gran literato austriaco Stefan Zweig: "Todos estos inventos no tienen por objeto más que una sola cosa: establecer la simultaneidad. Los habitantes de Londres, de París y de Viena, escuchan al mismo tiempo una cosa, y esta simultaneidad, esta uniformidad tiene, por lo supradimensional, un efecto embriagador. Todas esas maravillas técnicas implican una embriaguez, un estimulante para las masas, a la par que un terrible desencanto en lo moral, una peligrosa tentación para el individuo: la de abandonarse a la pasividad. Ocurre lo mismo con el baile, la moda y el cinematógrafo: el individuo se conforma con el gusto gregario, único; ya no elige desde la naturaleza intrínseca sino conforme a la

6. CLASIFICACIÓN

Como se ha venido señalando la radiodifusión se ubica en el ámbito del servicio público impropio o de interés público, razón por la que es necesario ubicar a esta actividad en las diferentes clasificaciones de servicio público. Al respecto Jorge Fernández Ruiz señala:

La radiodifusión creemos implica dos servicios distintos y tiene dos clases de usuarios: los anunciantes y los oyentes; Respecto de los primeros es un servicio *uti singuli*, que puede ser comercial y oneroso, o institucional y gratuito; referida a sus usuarios oyentes es un servicio público gratuito y *uti universi*, puesto que sus usuarios no pagan por el uso del servicio, ni se identifican necesariamente; Como en México su gestión no está reservada al Estado, en la práctica concurren a su prestación tanto los particulares como la administración pública.⁹⁸

A) Características esenciales

Respecto a los usuarios de este servicio público: los oyentes, se actualiza la generalidad e igualdad mismas que son características esenciales del servicio público. En el caso de la generalidad e igualdad se cumplen dado que cualquier persona puede gozar de este servicio público, sólo basta que el usuario encienda su radiorreceptor; y su continuidad es obligada respecto a su regulación; además este servicio es mutable toda vez, que cabe la posibilidad de modificar su regulación y sus tarifas; y su permanencia es por demás manifiesta y, seguramente así continuará por la necesidad de comunicar e informar que tiene el ser humano.

B) Régimen económico de la radiodifusión

En México este servicio público se presta en régimen de oligopolio, por lo que se requiere concesión para poder explotar esta actividad de tipo comercial, y en el caso de la radiodifusión cultural se necesita un permiso. La concesión no hace referencia a la prestación del servicio público, sino al uso de la frecuencia por medio de la cual opera la radiodifusora.

opinión de algún mundo". Zweig, Stefan, *El mundo insomne*, (trad. José Lleonart) Buenos Aires, Editorial Claridad, 1940, p. 11.

⁹⁸ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 225.

C) Requisitos

En cuanto al oyente el único requisito a cubrir es el de encender su aparato radorreceptor y sintonizar la frecuencia que sea de su agrado, y en lo que respecta al usuario anunciante, los requisitos a cubrir son no atentar contra la moral pública y las buenas costumbres.

D) Régimen jurídico

El servicio público de radiodifusión se encuentra sujeto a un régimen exorbitante del derecho privado, por estar regulado por normas de derecho público y social. Dicho régimen encuentra su punto de apoyo en la desigualdad de los intereses que involucran a la doctrina del servicio público, entre otros: los usuarios, los prestadores, la sociedad y los intereses del Estado. Por tanto es necesario lograr la armonía entre las partes.

E) La tarifa en el servicio público de la radiodifusión

La tarifa de este servicio público es reglamentaria, y se determina, revisa y modifica por medio de una decisión unilateral de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes; a propuesta del prestador de este servicio o del Estado.

F) La internacionalización de la radiodifusión

El 9 de diciembre de 1932 México suscribió en Madrid el convenio por medio del cual se crea la Unión Internacional de Telecomunicaciones, el cual se complementa con un Reglamento Telegráfico, Telefónico, y uno sobre Radiocomunicaciones. El objetivo primordial de dicho convenio, es la no interferencia en las frecuencias de otros países. Además dicho convenio tiene gran relevancia por el hecho de que incorpora casi a todas las naciones en una sola organización, con la finalidad de establecer estándares internacionales de calidad para la prestación del servicio público de la radiodifusión.

En este orden de ideas, la internacionalización de la radio y la televisión fue la responsable de la ruptura en las regulaciones monopolísticas que se llevaron a cabo en el último tercio del siglo pasado. La gestión pública de estas actividades perdió terreno en casi todos los países del orbe a favor de las corrientes del libre mercado. De esta forma

empiezan a cobrar importancia nuevas estructuras televisivas, un mercado a escala global, y por ende nuevas y renovadas regulaciones aguardaban.

Sin embargo, la apertura del mercado audiovisual a prestadores privados se ha acompañado de una fuerte presión de los corporativos comerciales, que ha arrancado, en el poder legislativo o por vía de renovadas interpretaciones del poder judicial, que tiene como finalidad derrumbar los esquemas monopólicos en este tipo de actividades.

Para Santiago Muñoz Machado, en estos casos se debe buscar “que las empresas privadas actúen como concesionarias de un servicio que sigue siendo público y de titularidad estatal, que la regulación de las empresas concesionarias sea muy estricta y tienda a evitar la constitución de grupos de comunicación poderosos, que los condicionamientos al contenido de la programación privada sean diferentes y más intensa que la que afecta a las televisiones públicas.”⁹⁹ Desafortunadamente en el caso de México, la presencia de las empresas privadas en este sector ha sido muy fuerte, al grado que a revolucionado de forma severa la legislación en su provecho.

7. ANTECEDENTES PREVIOS A LA APARICIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

El Estado y el derecho forman parte de la evolución social, y como tal de la convivencia humana que de manera irremediable tiende a cambiar las estructuras sociales del Estado, funciones e instituciones, sin las cuales es impensable el desarrollo de la sociedad de forma armónica y equilibrada.

El servicio público no se encuentra ajeno a este tipo de desarrollo social, mientras que para el liberalismo, el eje de desarrollo tiene lugar en el espacio de las libertades de carácter económico, y que como tal se encargan de fomentar las relaciones de carácter económico. El fin de las declaraciones de derechos del siglo XVIII, es el individuo propietario, por lo que los derechos en esta etapa se encuentran encaminados a fortalecer este aspecto. El concepto de la propiedad es el que marca al Estado Liberal. En este esquema ideológico lo que priva son los derechos naturales de la persona que buscan trazar los rasgos de una sociedad que se asienta sobre sujetos individuales, que buscan desarrollar su personalidad mediante las leyes del mercado. Los derechos de la sociedad

⁹⁹ Muñoz Machado, Santiago, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Madrid, Civitas, 1993, p. 18

liberal son pues los derechos del sujeto propietario. En tanto que el pensamiento de corte social, y como tal con una orientación diferente al liberalismo, se encarga de sustraer al individuo los aspectos de libertad de carácter económico, para darles una orientación de corte social. En el Estado de corte social existe un claro propósito de satisfacción de las necesidades sociales de la sociedad. De esta forma desde la perspectiva del estudioso del derecho público, el problema del tamaño del Estado radica en la intervención administrativa, y se desenvuelve en las siguientes etapas, a saber: a) el abstencionismo administrativo del Estado gendarme; b) el surgimiento y expansión de los servicios públicos; c) la función social de la administración y el Estado de bienestar y d) el neoliberalismo y la crisis de lo público en su vertiente social y económica.

A) El Estado Liberal

Esta forma de pensamiento nace al amparo de las ideas políticas que guiaron a las revoluciones inglesa y francesa.¹⁰⁰ La primera del siglo XVII y la segunda del siglo XVIII, y se distinguieron por su corte marcadamente individualista, reduciendo el Estado y su aparato estatal a su mínima expresión: hacer la ley, aplicarla y encargarse de la seguridad del Estado. Ante este panorama resulta claro que se privilegia más al individuo sobre lo social.¹⁰¹ Como advierte Luciano Parejo Alfonso: "...lo importante es que, para el derecho, todos tengan iguales derechos, con independencia de que no estén realmente en situación de disfrutarlos y ejercitarlos por igual incurriendo en el riesgo de que la igualdad formal de todos se convierta en el derecho de los más poderosos de hacer valer sin contemplaciones su superioridad real."¹⁰² De esta forma, la ideología liberal pone al individuo como el fin primordial de la acción estatal, dejando de lado las necesidades sociales que padece la comunidad. Así las cosas al Estado y a su administración

¹⁰⁰ El liberalismo político como muchos de los términos del lenguaje político, ha sido interpretado de diversas formas, más o menos de forma amplia. Así y todo el pensamiento de Hayek, expuesto en numerosas obras que bien pueden ser consideradas como el compendio de la teoría liberal contemporánea, representando una configuración de lo que ha sido el núcleo original del pensamiento clásico liberal: una teoría sobre los límites del poder estatal, derivados de los derechos o intereses del individuo, anteriores a la formación del poder político, entre los que no puede faltar el derecho a la propiedad individual. Una revisión histórica del liberalismo da cuenta de la relación de esta corriente ideológica con el mundo occidental, así como del asenso al poder de una nueva clase social: la burguesía. Al respecto ver: Laski, Harold, *El liberalismo europeo*, trad: Victoriano Míguez, 14ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2003. En donde el autor destaca entre otras cosas la necesidad de efectuar reajustes y crear normas que brinden mayor justicia, lo que a futuro proporcione un renovado orden social que se base en una nueva relación entre los hombres.

¹⁰¹ Sobre el particular también puede verse: Ariño, Gaspar, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 275-284.

¹⁰² Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto del derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, p. 181.

únicamente se encarga de asegurar el orden público, por ser la condición necesaria para el libre juego de las fuerzas del mercado. Desde el punto de vista del compromiso que el Estado pueda asumir en actividades económicas, el rechazo se puede manifestar en la negación a emprender obras públicas o en el establecimiento de servicios públicos de mayor envergadura.

Las bases económicas de esta ideología tienen como premisa principal el respeto absoluto a la propiedad privada, partiendo del supuesto de que el lucro y la libre competencia son la base fundamental para el desarrollo de una sociedad sana y equilibrada, donde el Estado asuma un papel secundario y reducido solamente a los aspectos más necesarios. Por eso, el servicio público como actividad de carácter técnico destinada a satisfacer necesidades de carácter general no tenía cabida en el Estado liberal, que significa históricamente, en palabras de Henry Berthélemy:

Las tesis individualistas aparecen en el siglo XVII como una reacción contra las doctrinas mercantilistas fuertemente impregnadas de estatismo. Es sostenida en Francia por los fisiócratas e implicada en la concepción del *homo oeconomicus* debida a Adam Smith. Sin embargo, el autor de la riqueza de las naciones estaba lejos de llevar el principio del individualismo hasta sus últimas consecuencias; Más sus discípulos no supieron siempre moderar, como el maestro, los rigores de la doctrina, con una medida por lo menos empírica. La desconfianza contra el Estado ya se manifiesta en los escritos Malthus y Ricardo.¹⁰³

Inicialmente los derechos de libertad proclamados en el siglo XVIII tuvieron su razón de ser en la causa de las ingerencias y abusos del poder público, lo que se pretendía lograr por medio de estos derechos era garantizar al individuo zonas de libertad cerradas a la actuación del Estado. Las libertades se deberían proteger frente al Estado, a quien le corresponde la obligación de abstención para no obstaculizar el desenvolvimiento de los derechos.

¹⁰³ Tomado de: Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 10. La adaptabilidad del pensamiento social con las ideas del liberalismo no es nada fácil, y se puede observar en las ideas liberales y democráticas Bobbio refiere este caso de diferenciación en los siguientes términos: "Liberalismo y democracia son antitéticos, en el sentido de que la democracia en sus consecuencias extremas termina por destruir al Estado liberal (como sostienen los liberales conservadores) o sólo puede realizarse plenamente en un estado social que haya abandonado el ideal del estado mínimo (como sostienen los demócratas radicales)". Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, trad: José Fernández Santillán, México, 9ª ed, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 59. De esta forma en el liberalismo la libertad económica será la primera condición, un valor intrínseco, y la democracia tendrá sólo un valor instrumental.

Las consecuencias económicas del apoyo irrestricto al individualismo liberal fueron la desigualdad social, la pobreza, la falta de atención hacia los sectores más marginados, la ingobernabilidad,¹⁰⁴ etc., que a su vez propiciaron tumultuosas manifestaciones de rechazo contra la creciente desigualdad social acaecida en el Estado liberal que finalmente habrían de generar el desprecio y el descrédito de dicha ideología, que operaron como la causa de las revoluciones del siglo XIX, fundamentalmente en las europeas que pugaban por una nueva orientación social en donde se tuviera a la sociedad en su conjunto como la causa principal del nuevo modelo estatal que requería para la realización de sus fines de la decidida intervención del Estado¹⁰⁵.

B) El Estado Interventor

Visto lo anterior era claro que el liberalismo no podía reinar por mucho tiempo. Así las cosas ante la caída del Estado liberal la administración se prepara para emprender por sí misma grandes obras públicas, principalmente en el sector de las comunicaciones, que en ese momento por lo cuantiosa de la inversión o por falta de rentabilidad los particulares no se decidían a emprender. La característica principal del Estado de Bienestar es buscar un cambio económico con contenido social, apoyándose en el intervencionismo, dado que se advierte que si lo que se busca es reducir la desigualdad no se podía seguir confiando ciegamente en el individualismo del mercado, por ser éste marcadamente egoísta para con los que menos tienen. Así, con las ideas de la solidaridad social, la misión de este tipo de Estado se resume de la siguiente forma: “todos vamos en el mismo barco”, lo que significa que el bien común se impone sobre las partes. Aquí el Estado no debe limitarse a su función de policía, de vigilar que las actividades sociales no afecte los derechos de otros, ni provoque alteraciones en el orden público. Este tipo de estado surge, como ya se señaló, como una respuesta a la crisis generada por el estado liberal de derecho, para dar satisfacción a las necesidades que habían planteado las nuevas condiciones económicas, sociales y tecnológicas a las que ya se ha hecho referencia, lo que significa en palabras del venezolano Manuel García Pelayo, que “...mientras que en los siglos XVIII y XIX se

¹⁰⁴ La relación entre individualismo y democracia ha sido desde siempre una relación difícil. Hoy en día el liberalismo parece acercarse una vez más, con su mejor tradición que es el estado mínimo, haciendo que dicha relación se torne más complicada que nunca. Últimamente el tema principal de dicha polémica parece ser la ingobernabilidad.

¹⁰⁵ Cuestionar al liberalismo no es un asunto pasajero de finales del siglo XX. Sino que esta cuestión es muy recurrente en la cultura política occidental por lo menos desde la época de la revolución francesa, y así se encarga de destacar: Holmes, Stephen, *Anatomía del antiliberalismo*, trad: Gonzalo del Puerto, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en supuestos socio-económicos) es una condición para el ejercicio de la libertad,”¹⁰⁶ o dicho de otra forma es la adaptación del estado tradicional a las nuevas condiciones sociales de la civilización industrial y pos-industrial.

En este esquema ideológico, el Estado se apresta a asumir un rol interventor, convirtiéndose en impulsor de las causas sociales, con la finalidad de corregir las desigualdades sociales provocadas por el liberalismo, para lograr dicho fin el Estado habrá de regular, orientar, planificar y redistribuir el actuar social. Para Jorge Fernández Ruiz la visión solidaria pretende que “...la incapacidad del hombre para valerse por si mismo en algunas etapas de su vida, le conduce a una permanente convivencia social, la cual le impone un deber de solidaridad que permea al individuo y a la sociedad hasta llegar a una organización política para dar paso al Estado solidario, sin duda un Estado intervencionista debe ser, por antonomasia, el Estado social de derecho.”¹⁰⁷ Sin embargo, la intervención administrativa o el servicio público se justifican únicamente cuando falta la iniciativa de los particulares, en aras de dar satisfacción a una determinada necesidad general de la población.

El Estado de bienestar se preocupa por satisfacer necesidades de carácter general, mediante la prestación de diversas actividades de carácter público, entre las que destaca la prestación de los servicios públicos, ya sea directamente prestados por el Estado, o bien por los particulares mediante la concesión, para que de esta forma se evite la marginación de los particulares en el proceso de desarrollo social del Estado.

En esta misma sintonía, Oswald von Nell Breuning, define solidarismo de la siguiente forma:

¹⁰⁶ Pelayo García, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977, p. 26.

¹⁰⁷ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, México, Porrúa, 2006, p. 29. Como se acaba de advertir en el apartado anterior, “...en una sociedad de tipo burgués, cuyas relaciones no se encontraban sometidas más que ha sus propios mecanismos autorreguladores, no fue posible cumplir el ideal de desarrollo de la personalidad de todo ser humano en condiciones dignas. En este sentido se ha afirmado con mucha razón, que la formulación liberal de los derechos inalienables a todos los ciudadanos no era falsa, al menos en la intención de sus formuladores, pero si de difícil realización en una sociedad capitalista. Frente a esta impotencia que demuestra el estado liberal, aparece el estado social propugnando formulas de programación, actuación, y de manera general la intervención de los poderes públicos con vistas a lograr la igualdad mediante el alcance de las condiciones materiales de vida digna que hagan posible el ejercicio real de la libertad en todos los hombres. No cabe duda que en los estados sociales se encuentran mucho mayor asegurados los derechos fundamentales, frente a la inseguridad que muestra el estado liberal en este terreno”.

Solidarismo es aquel sistema de ordenación social que, frente a las doctrinas unilaterales del individualismo y del colectivismo, hace justicia al doble aspecto de la relación entre individuo y sociedad; así como el individuo esta ordenado a la comunidad en virtud de las disposiciones para la vida social ínsita en su naturaleza, la comunidad se halla ordenada a los individuos que le dan el ser, en los cuales y por los cuales exclusivamente existe... Cada cual a de responder por el todo cuya parte es; El todo a de responder por cada uno de sus miembros. Característico del solidarismo es su concepto del bien común y la posición dominante que le asigna.¹⁰⁸

El Estado no es ya más el adversario de la libertad sino su gestor y realizador más eficaz, circunstancia esta que nos conduce a hablar del drama que supone hacer depender la eficacia de los derechos fundamentales, de su protección por parte del estado y al mismo tiempo contra el mismo estado. Además sobre esta actividad positiva por parte del Estado, y sobre el derecho de prestación, frente al de abstención que caracteriza al estado liberal, descansa la edificación de una nueva y renovada categoría de derechos conocidos con el nombre de derechos económicos sociales y culturales, entre los que se cuenta el derecho a la información. El Estado de corte intervencionista es ante todo, un Estado que debe asumir cada día mayores compromisos sociales. El Estado interventor por tanto planifica, controla y distribuye las prestaciones administrativas.

Además este tipo de Estado se caracteriza por ofrecer más que ningún otro modelo estatal, razón suficiente para que el Estado se vea en la obligación de recaudar cada vez mayores cantidades de recursos, toda vez, que el incremento de sus tareas lleva implícito el principio de la igualdad entre las partes. Ahora bien, ante un esfuerzo de tal magnitud, no se debe pasar por alto uno de los múltiples problemas que de ello se desprenden, que es el de saber si se deben fomentar unos sectores económicos más que otros. Además este tipo de Estado se enfrenta con la problemática de que sus proyectos de inversión son de largo plazo, por ejemplo, en materia de comunicaciones, por lo que toda estrechez en los recursos materiales y económicos podría generar una situación bastante angustiante

¹⁰⁸ Tomado de Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 30.

Nos parece que este tipo de ideología política es uno de los instrumentos por excelencia para satisfacer necesidades de interés general, frente a las desigualdades consecuencia del proceso de globalización. Como señala, Bertrand Russell , el pensamiento de corte social tiene por finalidad buscar remediar mediante "...la propiedad estatal de la tierra y del capital, combinado con un sistema de distribución más justo. Es innegable que nuestro actual sistema de distribución es indefensible desde cualquier punto de vista, incluyendo el punto de vista de la justicia". Russel, Bertrand, *Escritos básicos*, trad: Juan García Puente, México, Aguilar, 1969, p. 719. Una forma de remediar las desigualdades, puede ser

en términos económicos, aunque a la postre toda ampliación de recursos resulte benéfica a favor de la mayoría. No podría ser de otra forma, dado que la finalidad del Estado interventor es generar mayor igualdad en la sociedad, reduciendo con ello los márgenes de pobreza en la sociedad.¹⁰⁹

C) El Estado *neoliberal*

La corrupción y el desmedido crecimiento del Estado, fue lo que se encargó de generar el agotamiento del modelo interventor que a la larga habría de provocar el derrumbe de los regímenes comunistas de Europa Oriental, entre otras causas, provocó un renacer mundial de las ideas liberales, que entre otras cosas demandaba el adelgazamiento del Estado, la desregulación administrativa, empresarial y la privatización de diversas actividades, ya que los teóricos de esta corriente sostienen “que el menor Estado es el mejor Estado”, provocando que el pensamiento social se encuentre rezagado.

Por neoliberalismo hoy se entiende fundamentalmente una doctrina económica consecuente, de la que el liberalismo solo es una forma de realización no siempre necesaria, o sea una defensa a ultranza de los intereses económicos individuales del capital. De esta forma los defensores de la escuela neoliberal sostienen que el progreso técnico se promueve mejor en la empresa privada que si el desarrollo económico estuviera en manos del estado. Uno de los supuestos que no pueden ser negados es que en este tipo de sistema la producción aumenta de forma vertiginosa a la par de la pobreza y desigualdad generada por este tipo de modelo económico. Todo nuestro sistema

mediante un sistema económico diferente al actual, en el que la relación de la actividad con las necesidades no permanezca oculta y se muestre por ende más directa.

¹⁰⁹ Como se puede ver, la transformación del Estado liberal de derecho a un Estado social, se encuentra caracterizada por la continuidad en cierta forma. Es decir el Estado social no puede ser diferente del liberal por el mero hecho de la promulgación de una Constitución social. Lo cual quiere decir que es necesario para la configuración de las relaciones sociales básicamente porque continúa con la tradición del Estado liberal. En la medida en que el Estado se convierte de forma progresiva en soporte del orden social tiene que asegurar ciertas necesidades sociales, para lo cual debe rebasar las determinaciones negativas de los derechos fundamentales liberales, para así estar en posibilidades de realizar la justicia por medio de la intervención estatal socializante.

En tales circunstancias es preciso que señalemos que, “...la medida primaria de legitimidad en el Estado democrático y social de derecho es, pues y ello interesa sobremanera resaltarlo, su capacidad para resolver los problemas y conflictos sociales desde la perspectiva de la justicia social inspirada por la dignidad de la persona, es decir, su capacidad para cumplir su fin de instancia de ordenación social, de servicio efectivo a la sociedad (de la que no es el Estado más que una manifestación en régimen de autoorganización institucionalizada). Parejo A, Luciano, *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madri, Civitas, 1983, p. 94. Ahora bien, debe quedar muy claro que el incumplimiento en este tipo de actividades de carácter prestacional suele acarrear consecuencias negativas de enorme alcance, ya sean estas: políticas o sociales.

económico se encuentra estimulado por este punto de vista, que supone que el progreso debe ser guiado por el libre desarrollo de las fuerzas del mercado. En el esquema ideológico neo-liberal son funciones exclusivas y soberanas del estado la creación de la ley, la seguridad interior y la defensa del estado.

Por lo anterior no tengo ninguna duda que la hoy triunfante escuela neoliberal, más temprano que tarde habrá de retirarse, no puede perpetuarse un esquema que en aras de los derechos individuales fomenta el desmedido enriquecimiento de una minoría, cancelando el futuro de las mayorías, al condenarlas al desempleo, la marginación social, la pobreza, el hambre y la ignorancia a la que son relegados millones de seres humanos a los que se les impide la posibilidad de gozar de una vida digna, mediante el disfrute de sus derechos sociales, culturales y económicos. Este fenómeno ha puesto de nueva cuenta a debate la necesidad de reorientar la regulación jurídica de los servicios públicos, dado que para Héctor Mairal, "...la opinión pública es remisa a interesarse en los servicios públicos mientras los maneja el Estado, pero cuando ellos pasan a la órbita privada la polémica encuentra ávidos contenedores y espectadores."¹¹⁰ Además este tipo de modelo económico se caracteriza por trascender las fronteras nacionales. Así las ideas neoliberales son muy diferentes de las ideas de tipo interventor mientras que estas atienden más a lo interno y social a diferencia del neo-liberal que atiende más a lo externo e individual.

Como se puede ver el proceso evolutivo del servicio público, es lento y controvertido, en él intervienen múltiples factores: políticos, sociales, jurídicos y económicos los cuales son determinantes para comprender el concepto y fin del servicio público, con independencia de que se gestione por el Estado o por los particulares.

8. ORIGEN DEL SERVICIO PÚBLICO

La noción del servicio público tiene su origen en Francia hacia finales del siglo XIX, y fue de tal importancia que sirvió para la construcción del derecho administrativo en sus

¹¹⁰ Mairal , H, "La ideología del servicio público", en *Revista de derecho administrativo* no. 12, Buenos Aires, Depalma, 1993.

orígenes. Además de justificar la competencia de los Tribunales Contencioso Administrativo.¹¹¹

Todos los Estados modernos civilizados¹¹² comparten la opinión de que el servicio público es una actividad deseable para la sociedad. Sin embargo, esta idea a suscitado a lo largo de la historia de esta figura jurídica la oposición de personas cuyo criterio merece todo nuestro respeto. Entre los que se oponen al servicio público afirman que este nunca llegará a alcanzar los fines propuestos. Por tanto para estar en condiciones de examinar sus opiniones, tendremos que estudiar el servicio público en forma amplia¹¹³.

En función de la opinión que predomine en cada país y en un determinado momento sobre la finalidad del Estado, dependerá la importancia que tenga el servicio público en el Estado. En los países de corte liberal se piensa que el Estado debe limitarse a regular la actividad prestada por los particulares, además de asegurar el orden y la paz pública.¹¹⁴

En efecto, el servicio público nace cuando la actividad privada no es suficiente para satisfacer adecuadamente las necesidades públicas. La idea del servicio público se encuentra en el mismo hecho que busca satisfacer una necesidad social, así como en el modo de su atención, y es en el modo donde se encuentra toda la problemática del servicio público.

¹¹¹ Para Santiago Muñoz Machado, "Francia ha construido como ningún otro Estado europeo la ideología y la técnica del servicio público. La idea de servicio público que el ordenamiento comunitario pone en crisis se suele identificar como la concepción francesa del servicio público. Y la calificación esta hecha con toda justicia. Pero se comprende que sea también en Francia donde se están produciendo las defensas más ardorosas de la noción tradicional. Una resolución de la Asamblea Nacional presentada por la delegación francesa en la Unión Europea afirma de manera rotunda que los principios del servicio público tocan a la organización misma de la sociedad francesa y no son negociables, en particular con las instancias comunitarias, y añade que solo el pueblo francés esta legítimamente habilitado para definir estos principios y sacar las consecuencias en términos de organización". Muñoz Machado, t. I, *op. cit.*, p. 32-33.

¹¹² Jeze, Gastón, *Los principio generales del derecho administrativo*, Volumen, CXVIII, trad. Carlos García Oviedo, Madrid, Reus, 1928, p. 283.

¹¹³ Se debe tener presente que sobre esta cuestión existen tantos puntos de vista diferentes como concepciones de lo que debería ser el bienestar humano.

¹¹⁴ En este contexto y tomando en consideración aspectos de índole política y económica, se puede señalar que "...la mayor o menor trascendencia de tal noción estará vinculada con las evoluciones de tipo político, económico y aun social que experimenta un Estado, ya que para precisar la importancia de este concepto no será lo mismo el análisis de un país con régimen de economía liberal que uno en donde predomine un marcado criterio de intervención estatal". Cimma Silva, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado*, tomo II, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 11. Así pues, parece no existir duda al respecto en el sentido de que el valor del servicio público será siempre mayor cuando el Estado, por razones de un superior interés común, asuma la decisión de intervenir más en los asuntos estatales. Es pues la idea del interés común que le impone la necesidad de entrar a regular al Estado la vida colectiva, lo que le permitirá reconocer una importancia siempre creciente a la noción de servicio público. En la medida de que la administración pública asuma mayores compromisos sociales y por ende se extienda en su campo de acción, dicha noción adquiere mayor valor o no.

Si se observa el servicio público desde el punto de vista del usuario, la efectiva prestación de estos representa en teoría la posibilidad de una vida más digna, con independencia de si el servicio público es prestado por el Estado o los particulares. En este sentido la necesidad de que el ciudadano reciba atención por medio de este tipo de actividades, ha existido desde tiempos muy remotos en que el detentador del poder político desarrolló ese tipo de actividades. La joven historia del derecho administrativo ha estado caracterizada por una consideración permanente hacia los servicios públicos, alcanzando estos en un determinado momento de la historia un rol de primer orden dentro del derecho administrativo.

Desafortunadamente para la regulación administrativa del servicio público, nuestro sistema jurídico se ha visto fuertemente influido por tendencias normativas que se encuentran motivadas por la apertura de los mercados y garantizadas por reglas no solamente de índole interno sino también externo que pretenden dejar el desarrollo económico al libre juego del mercado, lo que actualmente esta teniendo importantes repercusiones en todo el mundo.¹¹⁵

De esta forma, el servicio público hace referencia a los fines del Estado, por lo que se entiende que en sus inicios el servicio público busco abarcar todo tipo de actividad estatal, es decir todo aquello que guardase relación con los intereses de las mayorías, y por ende diversos a los intereses particulares. Para Francisco Pérez Gálvez esta noción implica: "...acciones a través de las cuales se asegura a los ciudadanos la satisfacción de una necesidad sin que cada ciudadano tenga que atender personalmente el cuidado de ella."¹¹⁶ En efecto "...el servicio público es una actividad de carácter técnico que ya desde

¹¹⁵ "Se dice que el Estado, especialmente el Estado de bienestar, destruye el orden civil, pero que los mercados no, pues estos prosperan a partir de la iniciativa individual. Al igual que el orden civil, los mercados dejados a su propia dinámica, proporcionaran el mayor bien a la sociedad. Los mercados son maquinas en perpetuo funcionamiento, que requieren sólo un marco legal y ausencia de interferencia estatal para generar crecimiento ininterrumpido". Giddens, Anthony, *La tercera vía*, Madrid, Taurus, 1999, p. 23.

Inicialmente el concepto de servicio público tuvo mayor importancia para el derecho administrativo como consecuencia del predominio de las ideas de corte social que caracterizaron aquellas épocas, lo que redundo en una intervención cada vez mayor del Estado en la actividad económico – social. En ese entonces múltiples eran los ejemplos de intervención administrativa, lo que se observaba con el mayor número de servicios públicos que en ese entonces existía, y que desafortunadamente hoy no lo son más porque se piensa que la actividad que estos desempeñan no debe ser encomendada al Estado.

¹¹⁶ Pérez Gálvez, Francisco, *Los agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*, Granada, Comares, 2007, p. 178.

sus inicios atrajo la atención de múltiples sectores de la sociedad ya sea para defenderla o criticarla”.¹¹⁷

Por tanto, corresponde remontarnos a la etapa de su reconocimiento jurídico, por ser esta la forma en que se le reconoce hoy en día, ya que su valor primordial y su importancia en el campo del derecho administrativo se obtuvo con la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

Ya la doctrina de la separación de poderes consagrada en Francia en el año de 1790, vino a establecer la separación entre autoridad ejecutiva y judicial, confiriéndole en tal sentido mayor fuerza a la gestión desempeñada por la administración. Es la preeminencia del Estado de derecho sobre el Estado policía, sobre el que ya se ha pronunciado tantas veces la doctrina administrativa para señalar el irrefutable progreso en la evolución del derecho público.¹¹⁸ De esta forma Roger Bonnard interpreta el principio de la separación de poderes desde dos ópticas:

- a) La separación, diríamos, en compartimientos estancos de los órganos legislativos, administrativo y judicial.
- b) La separación de la administración activa de la administración contenciosa.¹¹⁹

Con el deslinde de las jurisdicciones judicial y administrativa, queda establecida la separación de poderes así como también la administración activa y contenciosa, por lo que en ese momento se da la circunstancia ideal para la aparición de la idea del servicio público de dos formas diferentes: 1) como fundamento de atribuciones administrativas y 2) como pauta de reparto de competencias entre los órganos judicial y administrativo. En efecto José Luis Villar Palasí, expresa:

Estos dos niveles se entrecruzaron frecuentemente, produciendo de un lado el fenómeno de identificar servicio público con función estatal, cualquiera que sea ésta y de otro lado encerrando la idea de servicio público con una atmósfera hermética y

¹¹⁷ Meilan Gil, José Luis, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Madrid, 1968, p. 11.

“Se considera una causa fundamental la insuficiencia de la iniciativa privada en el nacimiento y posterior evolución de los servicios públicos. La empresa particular siempre a mostrado interés en colaborar en la satisfacción de las necesidades públicas, pero a condición de que sea rentable. En caso contrario el Estado tiene que asumir la prestación. En este sentido, la historia del ferrocarril es muy ejemplificativa”. Martínez Marín, Antonio, *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 18-19.

¹¹⁸ Ver Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo servicios públicos*, México, Porrúa, 1995, pp. 16-23.

confusa, casi como una idea mística y polivalente, cuyos límites avanzaban o retrocedían con aparente arbitrariedad.¹²⁰

Lo anterior se ve reforzado por diversas resoluciones del Consejo de Estado francés que establecieron el reparto de competencias entre los órganos administrativos y judiciales, tales como: la sentencia Blanco, el Terrier y Thérond. Sin embargo, como apunta Villar Palasí, "...mucho antes del famoso caso Blanco del Tribunal de Conflictos, el concepto de servicio público fue funcional en un doble nivel; sustantivamente, como título de potestad administrativa y, procesalmente, como medida de separación del contencioso de la Administración."¹²¹

Pese a que inicialmente la sentencia Blanco no tuvo grandes repercusiones, las consecuencias que se extrajeron de el posteriormente fueron muy importantes para afianzar la teoría del servicio público y su posterior desarrollo doctrinal. Al respecto Jorge Fernández Ruiz señala que "...el Arret Blanco fundamenta toda una teoría integral de la competencia y aun del derecho administrativo mismo, recuérdese que para León Duguit el servicio público es el fundamento de todo el derecho público."¹²²

En relación con el argumento anterior, José Luis Villar Escurra señala que "Del Arret Blanco se extrajeron consecuencias importantes: el principio de la vinculación de la competencia al fondo, la noción de la gestión privada de los servicios públicos, la responsabilidad por actuación de obreros no se acoplaban en la jerarquía administrativa, la autonomía de las reglas administrativas de responsabilidad, etc."¹²³

Así, es posible afirmar que de una interpretación jurisprudencial destinada a resolver conflictos de competencia, se derivó el concepto de servicio público, sin que los propios tribunales franceses inicialmente tuvieran la intención de determinar el referido concepto.

¹¹⁹ Bonnard, Roger, *Precis de Droit Public*, 7a ed., París, Sirey, 1946, p. 88.

¹²⁰ Villar Palasí, José Luis, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, p. 161.

¹²¹ Cfr. *La intervención administrativa en la industria*, p. 60.

¹²² Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo (servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995, p. 21.

¹²³ Villar Escurra, José Luis, *Servicios públicos y técnicas de conexión*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 66.

De esta suerte la noción de servicio público, se encuentra inspirada, fundamentalmente, en la jurisprudencia de los tribunales administrativos, comentada y desarrollada por la doctrina francesa, que tiene entre sus más claros expositores a la escuela de Burdeos representada en ese momento por Duguit, Jéze y Hauriou.

Aclarado lo precedente, estimamos necesario desentrañar que ha de entenderse por servicio público, asunto nada sencillo, habida cuenta de las diversas definiciones que existen en este sentido. Para tal efecto, tomaremos en cuenta principalmente las aportaciones tradicionales realizadas en el campo de la teoría del servicio público.

9. EL SERVICIO PÚBLICO EN LA DOCTRINA

El estudio sobre la teoría del servicio público que habremos de desarrollar en este apartado, parte de los diversos alcances que a este concepto le ha atribuido la doctrina científica sobre el servicio público en las sucesivas etapas en que se ha desarrollado el derecho administrativo en su devenir histórico.¹²⁴

El servicio público desde su gestación por parte de la jurisprudencia francesa, ha sido una institución bastante discutida, poco precisa en sus perfiles y en su determinación material y objetiva. Para Acosta Romero su evolución doctrinal es muy variable, "...lo que originalmente se considero servicio público, al paso de los tiempos dejo de serlo y su lugar

¹²⁴ "Se trata de una noción fugaz (fuyant), difícil de ceñir en una definición (...) Los autores han buscado su definición y, naturalmente, cada uno ha propuesto la suya. Cada autor tiene su propia teoría, si bien una buena parte de nuestras discusiones jurídicas semejan un dialogo entre sordos, pero no hay posibilidades de entendimiento cuando cada uno de los que discuten da diferente significado a las mismas palabras. Con la misma expresión, servicio público, se designa según el día, la ocasión o las consecuencias que se buscan, cosas muy diferentes. Así ocurre también con las sentencias que dictan el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos". Tomado de Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 34. Tomando como referencia las resoluciones del Consejo de Estado, la Revista francesa de derecho administrativo, en su edición de enero – febrero de 1987, le dedico un número monográfico al tema del servicio público, concretamente a la teoría de la concesión administrativa de servicio público. En dicha revista Piere Delvolvé critica fuertemente la teoría del servicio público, señalando que el servicio público es una solución voluntarista y subjetiva de los poderes públicos, por lo que para este autor es un concepto arbitrario y discrecional, y por ende constituye una amenaza para las libertades públicas. Dicho artículo genero una inmediata respuesta por parte de S. Regourd. Dicha polémica la sintetiza Carmen Chichilla Marín en los siguientes términos: "Critizando la tesis de Delvolvé, Regourd sostendrá la conclusión contraria: los servicios públicos, precisamente garantizan en términos de igualdad el disfrute de ciertos derechos fundamentales". Marín Chinchilla, Carmen, "Estudios sobre la constitución Española Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría", *El servicio público, ¿Amenaza o garantía para los derechos fundamentales?*, tomo II, Madrid, Civitas, 1991, pp. 945-946. En este sentido autores como Gaspar Ariño Ortiz y Agustín Gordillo, se muestran cercanos a las ideas de Delvolvé, al darle poca importancia al concepto de servicio público. Ortiz Ariño, Gaspar, *El proyecto de ley sobre televisión privada*, Madrid, IEE, 1987. Gordillo Agustín, *op. cit.* En sentido opuesto autores como Luis Martín Rebollo y Fernández Ruiz se pronuncian por una vuelta a Duguit o Hauriou en el sentido de darle nueva vitalidad a la consideración de que el servicio público es un remedio frente a las injusticias y desigualdades sociales. Martín Rebollo, Luis, "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", *RAP*, número 100-202, vol III, 1983. Fernández Ruiz, *op. cit.*, pp. 35 – 57.

fue ocupado por otro tipo de contenidos administrativos.(...) Es por ello que para Acosta Romero los autores no han logrado ponerse de acuerdo: "...en aquello que con esas palabras quieren significar e inclusive, y a pesar de la poca edad y poderoso desarrollo del concepto, encontramos ya muy serios estudios acerca de la crisis de la noción del servicio público en Francia."¹²⁵ Lo que se comprende si se considera que el derecho administrativo se encuentra inmerso en profundas transformaciones las cuales han comportado una imposibilidad teórica para identificar el servicio público con las prestaciones de tipo social que debe desarrollar dicha figura.

Como ya se señaló son múltiples las interpretaciones sobre el servicio público elaboradas por la doctrina, pero la doctrina clásica sobre el particular se limita a tres autores clásicos, los cuales por cierto le asignan una importancia diferente, no obstante ningún autor la descalifica como una noción útil para el derecho administrativo. Desde entonces la polémica ha sido fuerte, sin que a la fecha se pueda unificar un concepto, mientras unos lo descalifican, otros lo reivindican y para otros simplemente resulta indiferente.

A) La corriente de León Duguit

Es a León Duguit¹²⁶ a quien se le asigna la paternidad del concepto servicio público, siendo su corriente de corte realista la que considera a la teoría del servicio público como la base del derecho público. Esta noción conceptual es capital y alrededor de ella gravita todo el derecho moderno.

¹²⁵ Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, t. II, 7ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 987. En idéntico sentido, José Luis Meilan Gil apunta que, "El fracaso, al menos relativo, del servicio público como categoría jurídica viene de su excesivo éxito, de pretender explicarlo todo, de utilizarlo para actividades que cada vez más se distancian del origen, como por ejemplo es el caso de los servicios asistenciales, sociales o de la educación o de comunicaciones, o por desconocer los nuevos postulados ideológicos y sociales; es decir; el sentido de la nueva relación del Estado con la sociedad". Meilán Gil, José Luis, *Proceso tecnológico y servicios públicos*, Navarra, Civitas, 2006, p. 380.

¹²⁶ Para un estudio del pensamiento de Duguit ver: José Luis Monero y Pérez y José Calvo González, "La teoría jurídica de León Duguit, en Duguit León, *Manual de derecho constitucional*, Granada, Comares, 2005. Es importante resaltar como toda esta escuela del servicio público se elaboro en un determinado momento histórico, y por ende desconoce aspectos tan importantes que caracterizan a las actividades del servicio público actualmente. Primeramente la aparición de actividades de la administración que son realizadas de forma similar a las de los particulares, y que no prestan actividades que satisfagan el interés general, al menos de forma directa. En segundo lugar la prestación de actividades cuya gestión corre a cargo de los particulares, sin la desatención de los propósitos del interés general.

Para Duguit La noción del servicio público viene a sustituir al concepto de soberanía,¹²⁷ y por tanto fundamenta al derecho público que viene a constituirse en “...una cooperativa de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes”¹²⁸. El mismo día en que bajo la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción de servicio público nació en el espíritu de los hombres.¹²⁹

La teoría jurídica del servicio público que postula León Duguit parte de la idea de que el derecho es consecuencia de la vida social, por tanto se ubica en la noción de la solidaridad social, dado que las ideas políticas del socialismo son razón suficiente para que en opinión de este autor el principal rol del Estado sea la satisfacción de necesidades sociales mediante los servicios públicos, con lo que se aseguraría uno de los principales factores de la economía. La solidaridad es el conjunto de ideas de tipo social que impiden que un grupo social se erosione. Así la técnica del servicio público venía a emparentarse con las ideas políticas del jurista francés.¹³⁰

En opinión de Duguit, el servicio público: “...es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable a la realización y al desarrollo de la interdependencia

¹²⁷ La soberanía es para Duguit un mito, un dogma, sujeto de mucho tiempo atrás a una fe religiosa, que se deshace ante la realidad evidenciada por los hechos históricos. Ver: Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público, en las transformaciones del derecho público y privado*, trad. A. G. Posada, Buenos Aires, Heliastra, 1975, pp. 15 y ss. En efecto, para Duguit el concepto de servicio público viene a superar el concepto de soberanía como la base del derecho público. *Ibidem*, capítulo II, p. 27 y ss. Para Recasens Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, p. 109: “Duguit no cree en la soberanía del Estado”. Como se puede apreciar, el dilema profético de Duguit no ha sido posible que se realice, sino más aun la tarea de tipo prestacional que lleve a cabo el servicio público ha sido mucha veces insatisfactoria, improductiva e interrumpida,; pero es aquí donde se puede observar el descrédito y la deslegitimación por parte del poder público. Hecho este apuntamiento, hay que decir que con independencia del número de servicios que preste el Estado, es un imperativo jurídico que su prestación sea satisfactoria, lo que significa que debe estar garantizada siempre y en todo momento la continuidad y la regularidad.

¹²⁸ Duguit, León, *Traite de droit constitutionnel*, 3a ed, tomo III, Paris, Bocard, 1928, p. 59.

¹²⁹ Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público*, (trad. Adolfo Posada y Ramón Jeán), Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926, P. 85.

¹³⁰ Como postula J. Benoit al establecer una comparación entre el régimen liberal y socialista: “El régimen liberal se caracteriza por una tendencia a considerar que toda actividad de prestación susceptible de dar lugar al pago de un precio pertenece a la actividad privada. Con este sistema todas las actividades de prestación rentables tienden a ser asumidas por el sector privado, y las actividades no, poco, o difícilmente rentables, por el poder público”. “El régimen socialista se caracteriza también por una tendencia: hacer asumir por la colectividad todas las actividades que confieren poder, consistiendo el socialismo en actuar en la base, sobre la detentación de los medios de producción, y no sólo indirectamente, como en el régimen liberal, a través de una acción sobre el reparto final de los beneficios con este sistema, todas las actividades de prestación que confieren poder, y especialmente las finanzas y los grandes medios de producción, tienden a depender del sector público, asumiendo el resto del sector privado”. Benoit, J, *El derecho administrativo francés*, Madrid, 1977, pp. 932-934.

social, y de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza gobernante.”¹³¹

En efecto León Duguit, conciente de la importancia que tiene el servicio público para la satisfacción de necesidades sociales propone dotar a los particulares de las garantías necesarias para asegurarle a estos el funcionamiento regular de dicha actividad de carácter técnico. Dichas garantías habrán de señalarse en la respectiva legislación que refiera la operación de los servicios públicos.¹³²

Como se observa claramente, la dimensión del servicio público para este autor es de enorme importancia habida cuenta que desempeña un papel toda la actividad del poder público, la cual se divide: legislativo, administrativo y judicial, ya que para Duguit estos poderes deben ser asegurados, reglados y controlados por la fuerza de los gobernantes. De esta forma, las ideas de la solidaridad social insertadas en la teoría del servicio público aportan un criterio de legitimidad al poder estatal, implantando un uso arbitrario del mismo. Los gobernantes ostentan un importante poder que permite satisfacer las necesidades sociales, a través de los servicios público.

Inicialmente cuando esta teoría fue formulada, a principios del siglo XX, la noción de Duguit gozó de gran aceptación en los círculos académicos, desafortunadamente lo extenso de dicha definición, aunado a los cambios que experimenta toda sociedad con el devenir del tiempo propicio que dicha teoría perdiera fuerza y consistencia ideológica, dando paso a los impugnadores del concepto.

Por ejemplo, Henri Berthélemy contemporáneo de León Duguit, rechaza la noción de servicio público acuñada por este por carecer de utilidad, el servicio público comprende aspectos tan diversos como “una corte de apelación, una caja de ahorros, un ferrocarril metropolitano, la imprenta nacional, etc.”¹³³

Sin embargo, para Jorge Fernández Ruiz dicho argumento es erróneo por las siguientes causas:

...no demuestra la carencia de utilidad de la noción en análisis, sino simplemente se limita a enunciarla. Erróneo, porque dicha noción que viene a emparentar en un tronco

¹³¹ Duguit, León, *Traite de droit constitutionnel*, 3a ed, tomo II, Paris, Boccard, 1928, p. 61.

¹³² *Idem*, pp. 70-71.

¹³³ Tomado de Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 41.

común a la mayoría de actividades de los órganos del poder público, propicia la determinación de los rasgos y las características comunes de todas ellas, lo cual permite asegurar, regular y controlar su realización con una visión de conjunto, en un enfoque sistémico capaz de proyectar al servicio público como medio para que el Estado proporcione prestaciones sociales, con lo que deja de ser el ente estatal un fenómeno de fuerza para convertirse en un lazo de seguridad social, según el esquema de Duguit.¹³⁴

Otro crítico de la noción de servicio público planteada por Duguit es el argentino Manuel María Diez, quien se limita a descalificar dicho concepto por la confusión que tiene Duguit entre servicio público y función pública, al no alcanzar a diferenciar correctamente ambos.¹³⁵ Es claro que la función legislativa y judicial no son servicios públicos y como tal no pueden englobarse en la categoría del servicio público. Por lo que creo que una noción tan amplia, que pretende abarcar toda la actividad estatal, es lógico que con el paso del tiempo pierda su fuerza conceptual, al querer abarcar actividades totalmente diferentes.

En el estudio de la teoría del servicio público de Duguit, no se alcanza a observar un enfoque sistemático, que le permitiera al autor proyectar al Estado como un sistema ordenado de servicios públicos, y por ende que le diera viabilidad a dicha noción, pero al no emprender Duguit un esfuerzo de ordenación en lo que se debe y no se debe considerar servicio público ocurrió que la teoría de Duguit fue quedando obsoleta. Al respecto León Duguit señala:

¿Cuáles son esas actividades cuyo cumplimiento es obligatorio para los gobernantes y que constituyen el objeto de los servicios públicos?...Hay algo esencialmente variable, evolutivo, desde luego; es harto difícil fijar el sentido original de esa evolución. Todo lo que puede decirse es que a medida que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos aumenta, y por lo mismo el número de los servicios públicos.¹³⁶

Ante tales circunstancias, la expresión servicio público corría el riesgo de transformarse en una figura sin viabilidad, pero Jeze partidario del servicio público se propone replantear su significado en aras de concederle una nueva vitalidad.

¹³⁴ *Idem*, p. 41.

¹³⁵ Cfr. Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, p. 334.

¹³⁶ Duguit, León, *Traite de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. II, p. 61.

B) La teoría de Gastón Jéze

El *enfant terrible* de la “Escuela del Servicio Público”, Jeze, procura reconstruir la teoría del servicio público partiendo de las ideas de Duguit, y termina formulando una teoría menos ambiciosa que la de su antecesor. Así para Jeze servicio público es toda la actividad desempeñada por la administración pública, por tanto: “El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos.”¹³⁷

El autor asume una postura pragmática sobre el servicio público, ya que para Jéze servicio público es el que establece el legislador con el objetivo de satisfacer necesidades de interés general, no obstante el problema de esta postura es que no siempre lo que el legislador propone como servicio público cumple con los requisitos para considerarse como tal.¹³⁸

Otro aspecto relevante es que para Jéze el servicio público es un instrumento que tiene por finalidad dar satisfacción a necesidades de interés general, sujeto a un régimen jurídico especial, el cual puede modificarse en cualquier momento para salvaguardar el interés general. En este sentido el derecho administrativo gira en torno al régimen de los servicios públicos. El derecho público y administrativo –para Jeze- es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos.¹³⁹

Al inicio la teoría de Jéze fue bien recibida, pero no fue duradera, pronto pasó el auge por dicho concepto, y principiaron las críticas que terminaron por minar los argumentos que le daban sustento a esta teoría. Ante tal escenario el derrumbe de esta corriente teórica era inminente. Jorge Fernández Ruiz explica la evolución de dicha teoría de la siguiente manera:

...volviendo a la médula de la corriente teórica encabezada por Jéze, sobre la noción de servicio público, conviene recordar que en el momento de su planteamiento tuvo una buena aceptación, al grado que sustituyó a la propuesta por Duguit, entre otros motivos por ser menos ambiciosa, pero poco después encontró un fuerte número de impugnadores, sin que en el momento de su apogeo hubiese habido una razón

¹³⁷ Jéze, Gastón, *op. cit.*, p. 1.

¹³⁸ La postura de Jéze se caracteriza por una estricta connotación jurídica administrativa, por lo que considera a esta rama del derecho desde sus estrictos presupuestos positivos, o sea, partiendo de las características objetivas que presenta dicha normatividad.

fundada para sustituir en la preferencia de la doctrina a la noción de Duguit sobre el servicio público.¹⁴⁰

La diferencia entre la definición de Duguit y Jéze, es que el primero considera servicio público a toda la actividad del poder público, incluyendo a las funciones públicas, que en mi opinión se encuentran muy distantes de poder ser consideradas como servicios públicos, en tanto que para el segundo servicio público será toda la actividad de la administración pública.

La causa principal de que la noción de Jéze perdiera adeptos, fue considerar que toda la administración pública es igual a servicio público de manera que la definición de Jéze corrió la misma suerte que la de Duguit, al perder fuerza en la doctrina público-administrativa, dando paso a la corriente que encabezó el decano de la Universidad de Toulouse, Maurice Hauriou, y que a la postre habría de ser la más duradera.

C) La escuela del servicio público encabezada por Maurice Hauriou

Hauriou encabeza una tercer corriente del servicio público, más amplia y duradera que las anteriores, debido a que la idea que Hauriou tiene del servicio público es menos ambiciosa que las de sus predecesores, al considerar al servicio público como “un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública,”¹⁴¹ además de señalar que servicio público sólo será el que preste una parte de la administración pública, por tanto no es tan pretenciosa en cuanto a la atención del bien común, sino que debe permitir que determinadas necesidades de interés general las puedan atender los particulares, invitándoles a colaborar en tal tarea, que por su amplitud de miras rebasa sus propias fuerzas. La actividad prestadora debe estimular a los particulares para que cumplan indirectamente el fin que se persigue en este tipo de actividades públicas.

La moderación de esta corriente a contribuido a que se le sumen distinguidos juristas de diversas nacionalidades entre los que destacan: Fritz Fleiner, Carlos García Oviedo, Errico Presutti, Gabino Fraga, Rafael Bielsa, Manuel María Díez, Andrés Serra

¹³⁹ Cfr. Jéze, Gastón, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁰ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 50.

¹⁴¹ Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Administratif*, 9a ed. París, Librairie Larose et Tenin, 1919, p. 44.

Rojas, Benjamín Villegas Basavilbaso, Enrique Silva Cima, Enrique Sayagués Laso, Marcel Waline, Eustorgio Sarría, Miguel Acosta Romero y Betty Saigg de Piccione y Jorge Fernández Ruiz¹⁴².

Cabe señalar que ningún integrante de la escuela de Burdeos descalifica la noción de servicio público, por el contrario, se encargaron de destacar siempre la importancia del servicio público como instrumento indispensable para satisfacer las necesidades de interés general, lo que se acredita con la labor de reconfiguración conceptual que la escuela de Burdeos lleva a cabo posterior a la corriente de León Duguit, con la finalidad de actualizar la definición del servicio público a la realidad socio-económica de la época. No obstante, como señala Jorge Fernández Ruiz: "...las objeciones de Hauriou, secundadas por otros muchos autores hicieron perder fuerza, en el campo de la doctrina a la tesis de Jeze y dieron lugar a lo que se ha dado en llamar la crisis de la noción del servicio público."¹⁴³ Sin embargo nos parece que la idea de Hauriou de limitar la idea del servicio público únicamente a una parte de la actividad de la administración pública es la más acertada.¹⁴⁴

De lo señalado podemos inferir que fue la escuela francesa la que llegó a construir el edificio del derecho público sobre la teoría del servicio público. Y para esta escuela de pensamiento la tarea de los gobernantes no era otra que la de satisfacer las necesidades públicas mediante la prestación de los servicios públicos.

10. LAS FUNCIONES PÚBLICAS

Las funciones públicas constituyen una de las bases fundamentales de la administración del Estado, y su fundamento descansa en la distinta naturaleza de las necesidades públicas que se habrán de satisfacer mediante los diversos procedimientos que ha

¹⁴² La teoría del servicio público es una importación de la doctrina francesa, y Jorge Fernández Ruiz es su primer gran receptor, difusor y apologista en México. Por primera vez encontramos una exposición profunda del servicio público en un libro de derecho administrativo mexicano.

¹⁴³ *Idem*, p. 51.

¹⁴⁴ Esta claro que originalmente no faltó quien considerara al servicio público como toda la actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser en todo momento asegurado, regulado y controlado por el Estado "Duguit"; posteriormente la doctrina restringió dicho concepto, limitándolo a solo cierta actividad de la Administración Pública. Hasta ese momento el servicio público solo se concibió como actividad desarrollada a cargo del Estado. Sin embargo, hoy en día el servicio público de acuerdo a un sector de la doctrina y la jurisprudencia sostiene que dicha actividad de carácter técnico no solo habrá de ser prestado por órganos del Estado, sino también por los particulares, mediante concesión o permiso.

dispuesto para tal fin el derecho público, asimismo, en la idea de que para que el Estado se desempeñe de la mejor manera en aras de satisfacer las necesidades de la población las funciones públicas deben ser encomendadas a diversos órganos de la administración. En este orden de ideas Jorge Fernández Ruiz señala que “...las funciones públicas, como actividades esenciales del Estado contemporáneo, fundadas en la idea de soberanía, cuya satisfacción satisface necesidades públicas, es decir, necesidades del Estado, necesidades del aparato gubernamental, necesidades de la administración pública, necesidades del municipio, en fin, necesidades de los entes públicos, distintas, por tanto, a las necesidades de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares a los particulares.”¹⁴⁵

Así, las funciones públicas son todas aquellas actividades a cargo de los órganos del Estado; y tienen por objeto dar satisfacción a los fines estatales. Además para algunos doctrinarios esta figura entraña la idea de soberanía, por lo que se considera que son actividades esenciales en el quehacer estatal. De este modo Manuel María Díez señala que “Las funciones del Estado son esenciales para la defensa de su soberanía, para asegurar la paz interior, promover el bienestar general. De allí que la función sea un concepto institucional, mientras que el servicio público actualiza y materializa la función.”¹⁴⁶

Se trata, entonces de actividades esenciales para la subsistencia del Estado, que vienen a ser: la administrativa, la legislativa y la jurisdiccional, mismas que se encuentran atribuidas a órganos diferentes. Por tanto, la función pública se reserva para designar los modos primarios de manifestación de la soberanía. En la práctica esto no sucede así porque los órganos gubernamentales coparticipan en el ejercicio de las tres funciones citadas, sin que lleguen a confundirse.

Desde el punto de vista jurídico-político las funciones públicas, entrañan la idea de soberanía por ser actividades esenciales que se encaminan a satisfacer necesidades de

¹⁴⁵ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, pp. 76-77.

¹⁴⁶ Díez María, Manuel, *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 187.

carácter general que son indispensables para la existencia del Estado moderno, y en las cuales debe estar ausente la figura de los particulares.¹⁴⁷

Se afirma entonces que el Estado debe tener encomendadas ciertas funciones esenciales inherentes a su calidad de tal y estas no pueden imaginarse sino ejercidas por el mismo Estado. Ejemplo, la defensa nacional, la seguridad pública, el poder público. Efectivamente las funciones públicas habrán de ser prestadas en todo momento por el Estado. No cabe ni la más remota idea que estas funciones sean encomendadas a los particulares en ninguna circunstancia, dado su carácter de indelegables e indeclinables.

Hasta aquí hemos sostenido que las funciones públicas son básicas para la subsistencia del Estado, en cuanto son la base principal a través de la cual el Estado da satisfacción a diversas necesidades de orden general para la población. Debemos, pues antes de concluir este apartado revisar determinados aspectos referentes a la competencia de las funciones públicas, ya que estas admiten una división al hablar de la función legislativa, que tiene por finalidad dictar la ley; la función judicial que es la que le corresponde la impartición de justicia, y la función administrativa que se encarga de la administración del Estado.

11. SERVICIO PÚBLICO Y FUNCIÓN PÚBLICA: SU DISTINCIÓN

A mi juicio establecer la diferencia entre servicio público y función pública permite hacer la diferencia o el criterio esencia que haga posible distinguir estos conceptos, lo que es de la mayor importancia, por cuanto a los casos concretos, permitirá decidir si se esta en presencia de un servicio público o una función pública, y a cargo de quien esta la prestación. Se trata, antes bien, de que quede muy claro que la función pública siempre representa ejercicio de una potestad soberana, de ahí que en la actividad legislativa y judicial siempre se observe el ejercicio de una función pública. En cambio el servicio público es una actividad de carácter técnico destinada a la satisfacción de necesidades generales.

¹⁴⁷ En semejantes términos Manuel María Díez apunta: “Evidentemente el Estado tiene que realizar ciertas funciones esenciales que son inherentes a su calidad y que no se conciben sino ejercidas directamente por el mismo. Por ejemplo, la defensa nacional, el poder impositivo, la seguridad en el interior. Tales funciones del Estado deben estar siempre a cargo de éste. No puede concebirse que sean encomendadas a los particulares, ni aun en carácter de concesionarios, por ser indeclinables e indelegables”. *Ibidem*, p. 338.

Así, para Manuel María Díez, “...en los servicios públicos el particular actúa siempre como usuario de los mismos, mientras que en la defensa nacional y policía el particular no es usuario sino un medio en la defensa nacional, por el servicio militar obligatorio, u objeto, como en la policía.”¹⁴⁸

De este modo, podemos señalar que en torno al concepto de función pública inicialmente la doctrina clásica francesa confundía función pública, con servicio público, siendo ambos dos conceptos diferentes, ya que la mayor parte de las notas que aplica la doctrina francesa duguitiana a la construcción del servicio público son en realidad funciones públicas, el error radicó en querer ampliar las funciones públicas a los verdaderos servicios que se desarrollan en el campo económico y social.

12. EL CONCEPTO ACTUAL DE SERVICIO PÚBLICO

La ola de privatización¹⁴⁹ de empresas y sectores económicos que ha recorrido al mundo en los últimos años ha obligado a replantear en algunos países una vieja cuestión que había sido olvidada: la regulación de las condiciones económicas, técnicas y sociales en las que debían ser prestadas aquellas actividades esenciales para la sociedad que venían siendo atendidas por el Estado y que están siendo hoy en día entregadas a empresas privadas. Mientras fueron públicas las empresas gestoras de servicios, no había en verdad mucho que controlar. No considero que nos encontramos ante el fin de la historia, pero si estamos presenciando un punto de inflexión en esta, razón por la que es necesario afirmar un concepto de servicio público, que atienda los fines de una sociedad más justa en la que los hombres puedan desarrollar sus talentos de forma más equitativa.

Como ciertas actividades susceptibles de ser consideradas servicio público han pasado a formar parte de la iniciativa privada, la necesidad de controlar se hace evidente;

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 189-190.l

¹⁴⁹ Alejandro Nieto, en su momento comento que “la ideología privatizadora de las actividades materiales del Estado es muy antigua e inicialmente independiente del fenómeno del desgobierno. Lo que los liberales han afirmado siempre es que no corresponde al Estado la gestión de buena parte de los servicios que actualmente presta y que deben devolverse a la sociedad civil. Posición que se refuerza por la evidencia del desgobierno y de su compañera inseparable la deuda pública. de donde resulta necesariamente que si a menos Estado, menos desgobierno, a menos gobierno, mejor Estado y, en consecuencia, si el Estado se desprende de algunas de las materias que previa y quizás indebidamente ha asumido, es lógico pensar que su reducción y más aun la simplificación del aparato reducirá correlativamente las posibilidades del desgobierno. Tal es la relación indirecta, si se quiere, pero muy importante que media entre el desgobierno y los movimientos privatizadores”. Nieto, Alejandro, *La nueva organización del desgobierno*, 4ª ed, Barcelona, Ariel, p. 222.

es preciso armonizar, con prudencia y equidad, dos intereses opuestos: el de la empresa que busca obtener beneficios por su actividad, y el de los usuarios, que quieren tener un servicio económico y de calidad.

La desconfianza generalizada hacia lo público ha llevado a una revisión de los modelos de gestión de los servicios; se busca un nuevo equilibrio entre lo público y lo privado, entre sociedad y Estado. El Estado que sirve y produce para la corriente liberal debe ser sustituido por un Estado de corte regulador. La regulación debe orientarse no a sustituir el mercado y la competencia, sino a promoverlos, conjuntamente con una regulación que atienda y de satisfacción con calidad a las necesidades de interés general. Una de las razones de privatizar es terminar con los monopolios estatales, que se han revelado ineficientes, pero debe haber la seguridad de que no serán sustituidos por monopolios privados. De ahí que para esta corriente ideológica todos los procesos de privatización importantes, vayan acompañados de la aprobación de un marco regulador de la actividad gestionada por los particulares. En el caso de la radiodifusión, las leyes del mercado no se cumplen más que débilmente, y ello es lo que hace necesario una regulación que venga a ordenar y suplir de alguna manera la no existencia de competencia económica.

Puede observarse como el factor económico condiciona en gran medida la regulación del servicio público, toda vez que este no tendrá la misma importancia en un Estado capitalista que en uno de corte intervencionista. Además si consideramos que en toda evolución se encuentra el factor ideológico como motor de cambio en la sociedad, se puede pensar que la noción de servicio público se encuentra condicionada por las ideologías del momento,¹⁵⁰ como expresa Ramón Parada en los siguientes términos:

El servicio público es un término polémico por la tensión político ideológica que suscita entre quienes ven en los servicios públicos los males de la estatalización, la burocracia, el aumento del intervencionismo y del déficit público en contraste con la iniciativa y la empresa privada, el no va más de la eficiencia económica y servicial; para otros, el servicio público es la técnica única de que se dispone para atender las necesidades

¹⁵⁰ Sobre el particular véase Mairal, Héctor, el cual considera que “El análisis evidenciará como se esconden en el ropaje jurídico teorías de política económica que llegan a proclamar como dogma jurídico lo que no es sino una posición, respetable sí, pero no por ello carente de alternativas legítimamente posibles dentro del marco constitucional” como podemos observar el servicio público ilustra de manera muy nítida el carácter político del derecho. *op. cit.*, p. 361.

vitales de los ciudadanos en régimen de igualdad y a cubierto de la explotación y el lucro que guía a la empresa privada.¹⁵¹

Sin embargo, sería erróneo considerar que el factor ideológico es el único causante de toda evolución conceptual del servicio público. El progreso científico y tecnológico también juegan un papel decisivo. Por ello, Tomás Ramón-Fernández apunta que:

La fuerza del progreso tecnológico no ha sido, ni es, ni probablemente lo será la misma en los demás sectores. El impacto en cada uno de ellos es, obviamente, distinto y distinto será también, por esa misma razón, el ritmo del proceso de liberalización o de reconstrucción de las estructuras. Así ocurrió en el pasado con el proceso inverso de *publicatio* de actividades y de ahí las asimetrías que hicieron tan confuso y tan inabordable el problema de la definición del servicio público. Si entonces hubo que aceptar resignadamente múltiples variantes técnicas que hicieron dudar de la utilidad del concepto mismo, hasta el punto de considerarlo una simple etiqueta, ahora hay que hacer otro tanto con la fórmula de la regulación que ha venido a substituir a la anterior *publicatio* de esas actividades llamadas a tender un puente entre el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo.¹⁵²

Como se puede apreciar, la noción de servicio ha estado en constante transformación, lo que se debe a múltiples factores: económicos, sociales, culturales, políticos, ideológicos y tecnológicos, y es en parte a estos factores que en ocasiones ciertas corrientes doctrinarias lo descalifiquen como un concepto viable para el derecho administrativo, Por mi parte más allá de descalificarlo creo que es importante reconocer los beneficios que esta figura ha aportado a la sociedad, por lo tanto, lo que abordaré a continuación es la reconstrucción conceptual del servicio público a la luz de los diversos cambios en los que se ha visto inmersa esta figura. Acerca de este esfuerzo de delimitar conceptualmente al servicio público, Jorge Luis Salomoni señala lo siguiente:

Para construir el concepto de servicio público que de certidumbre a la evolución actual del derecho administrativo actualmente hemos de considerar lo siguiente: que, no obstante coincidir en que es difícil establecer categorías universales sobre los distintos

¹⁵¹ Parada, Ramón, *Derecho administrativo I*, 13ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 422. En similares términos, apoyado en el carácter ideológico del servicio público, José Luis Meilan Gil apunta: "El servicio público es el resultado jurídico de determinados compromisos ideológico-políticos, económicos y sociales bajo la exaltación del progreso que las innovaciones tecnológicas hicieron posible. Responde a un determinado entendimiento de la relación Estado-Sociedad". Gil Meilan, José Luis, "El servicio público en la actualidad", p. 372.

¹⁵² Ramón-Fernández, Tomás, *Panorama del derecho administrativo al comienzo de su tercer centuria*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 54.

contratos o permisos administrativos y, dentro de éstos, a la diversa gama de técnicas establecidas para la privatización de servicios públicos en nuestro país, "...el régimen concreto hay que buscarlo en el conjunto normativo de cada contrato determinado e individualizado...", para lo cual es pertinente llevar a cabo una racionalización y generalización de los principales aspectos de la misma que nos lleve a un concepto unitario de la institución en estudio. Lo cual implica buscar la armonía entre lo público y lo privado.¹⁵³

Ahora bien, lo que procede es definir al servicio público considerando los cambios políticos, económicos, sociales y culturales que ya fueron señalados. Si algo nos ha quedado claro es que la realidad socio – política de hoy es muy distinta a la que antaño desarrolló la noción de servicio público como una técnica estatal por medio de la cual se buscaban satisfacer necesidades de interés general: Actualmente la realidad es muy distinta dado que a partir de 1990 en México se materializa un cambio, muy apegado a la orientación mundial, respecto de las ideas económicas, abandonando ciertos criterios estatales y por ende se orienta la transferencia de ciertas actividades públicas al entorno privado; cambios a los que el servicio público no se puede considerar ajeno.¹⁵⁴

Creo que la cuestión en este nuevo entorno es decidir qué tipo y cantidad de regulación debe desempeñar el orden jurídico en esta nueva etapa del servicio público sobre todo cuando hablamos de los servicios públicos impropios o virtuales, y más aún en este nuevo entorno de desregulación económica del Estado. Sin embargo, estoy convencido que la crisis comentada por algunos autores es relativa, ya que en tanto subsista la necesidad pública el servicio público estará vigente, por lo que es importante señalar que si bien es cierto que el servicio público ha evolucionado de la concepción

¹⁵³ Salomoni, Jorge Luis, "El concepto actual de servicio público en la Republica de Argentina", en *Documentación Administrativa*, 2004 Septiembre – Abril, 267 – 268, Madrid, p. 369.

¹⁵⁴ Para José Luis Meilan Gil: "Los mismos peligros que han acompañado la construcción y explicación –a menudo acrítica- del servicio público acechan hoy. Si en el momento de la animación doctrinal de la institución a que me estoy refiriendo el país exportador era Francia, ahora el protagonismo exportador se ha desplazado a los Estados Unidos de América. La creciente globalización de la economía, la progresiva realización de la "aldea universal" por efecto de las comunicaciones contribuye a acentuar el sentimiento o la idea de solidaridad, desde una vertiente positiva, que conduce también con facilidad a que seamos incorporados –cuando no arrastrados- por cada nueva ola- después de la segunda guerra mundial la ola fue el Estado de bienestar y las nacionalizaciones, el auge de las empresas públicas, de la actividad directa del Estado en los ámbitos sociales y económicos". Meilan Gil, José Luis, *op. cit.*, p. 372.

clásica del maestro Duguit, también lo es que se ha sabido adaptar a estos cambios de tal forma que sigue siendo una noción principal y válida para el derecho administrativo.¹⁵⁵

Originalmente, el servicio público aparece cuando la actividad privada no da satisfacción adecuadamente a una necesidad de carácter general. La idea del servicio público se encuentra, en el mismo hecho de atender una necesidad de tipo general, así como en el modo en que esta debe atenderse; y es en el modo en que se atiende y como se atiende donde gravita la cuestión principal de este concepto. Es tal la importancia del servicio público que para Garrido Falla es “el factor que legitima al poder público.”¹⁵⁶ En este sentido pudiera ser que la prestación de los servicios públicos hace presente la supremacía estatal.

Visto lo anterior podemos ver, que el servicio público esta presente y solo se extiende tanto como la necesidad general lo amerite. Para citar una opinión de la doctrina moderna de la doctrina: “En nuestra actual organización administrativa la tendencia es de que la prestación de los servicios son a través del Poder Público, y la Administración interviene en otros servicios públicos a través de empresas de participación estatal. Esta postura es comprensible ya que como lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el gasto público sólo puede considerarse como tal cuando se aplique a la prestación de Servicios Públicos, y en las condiciones en las que se encuentra nuestro país y de acuerdo a las necesidades que requiere la población, no hubiere gasto público que alcanzara para satisfacer todas y cada una de las necesidades colectivas”¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Para Agustín Gordillo: “la noción y el régimen están indisolublemente unidos no solamente a la política económica del Estado en un momento dado sino también a las concepciones sociales y económicas de cada época. Ello explica la diversidad de opiniones jurídicas que se han pronunciado en la materia. La doctrina francesa moderna y comparada de antaño había venido observando incongruencias y errores en el concepto, modificándolo frecuentemente para adecuarlo a una realidad que se empeñaba en contradecirlo”. Nótese en el presente comentario el énfasis que el autor hace a la capacidad evolutiva del servicio público para adaptarse a los cambios de la sociedad. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, Séptima edición, México, Porrúa, 2004, p. 191 – 192.

¹⁵⁶ Garrido, Faya, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Madrid, Tecnos, 1960p. 315.

¹⁵⁷ Castrejon García, E. Gabino, *Derecho administrativo T.1, 2ª ed*, Cárdenas Editores, 2002, 337 y 338. Por otra parte, para el mismo autor los servicios públicos deben ser reconocidos como parte de los cometidos del poder público, por ser estos parte importante de la actividad prestacional del poder público, e indispensables para poder garantizar una vida digna a la persona. Para mostrar esto, podemos reflexionar una vez más, y señalar que, “...el Servicio Público es uno de los grandes cometidos de la Administración pública y precisamente la gran inconformidad que existe en los gobernados es que cuando se habla de reducción de Gasto Público se tiene injerencia directa con los servicios que el gobernado tiene derecho y que contribuye mediante el pago de impuestos, contribuciones y derechos”. *Ibidem*, p. 343. Nótese que estos argumentos nos dan fuertes motivos para considerar al servicio público como una actividad técnica fundamental para la estabilidad política y social de los Estados.

Además, la concepción de servicio público se refuerza con la aparición de los servicios públicos impropios, entendiendo por estos los que no están contemplados por la ley, pero atienden necesidades generales. Por lo que respecta a la privatización, es obvio que no es benéfica para los fines que persigue el servicio público, pero aquí lo único que se afecta es la regulación de dicha actividad, más no el fin. En ese sentido, se puede sostener que la idea del servicio público precisa que ciertas actividades de carácter social deben escarpar, en razón de los intereses que se encuentran en disputa, a la lógica del mercado, y ser gestionados de conformidad con la técnica del servicio público. Los servicios públicos se muestran entonces como una técnica capaz de salvaguardar la igualdad y la solidaridad social, tan necesarias en todo Estado social de derecho.

Una vez expuesto lo anterior, estoy en posibilidad de señalar que en mi consideración servicio público es aquella actividad de carácter técnico, que tiene como finalidad la satisfacción de necesidades de carácter general, sometido a un régimen de derecho público, regulado, controlado y asegurado por el Estado, ya sea que dicha actividad la gestione el Estado o los particulares mediante la concesión.

En tal sentido, podemos afirmar que pese a los embates del pensamiento liberal contra las instituciones de corte humanista, el fin de esta actividad sigue inalterado, ya que sin ser la panacea, sigue siéndole de gran utilidad a los gobernantes en la satisfacción de necesidades generales, a condición de que no se vulnere el marco legal. Lo que significa reconocer la titularidad del ciudadano respecto a los derechos fundamentales, y el deber del Estado de salvaguardar estos¹⁵⁸. Pues bien, la justificación del servicio público como noción válida para el derecho público y administrativo es que es la mejor respuesta para remediar las injusticias sociales, es decir la técnica idónea para hacer realidad la idea de la solidaridad social.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Sobre el ataque del que esta siendo objeto el pensamiento humanista y todo lo que engloba a este: ver a W. Said, Edward, *Humanismo y crítica democrática*, trad: Ricardo García Pérez, Barcelona, Debate, 2006.

¹⁵⁹ Situados en los términos de la solidaridad social que viene a caracterizar a la idea del servicio público, consistente en asegurar la satisfacción de las necesidades de las personas en la sociedad, es que nos preguntamos si, "...podría parecer que el progreso se ha convertido en un problema; podría parecer que el progreso nos haya conducido al borde de un abismo y que resulte necesario, en consecuencia buscarle alguna alternativa. Por ejemplo, detenernos allí donde nos encontramos o, si esto fuese posible retornar". Strauss, Leo, *¿Progreso o retorno?*, trad: Francisco de la Torre, Barcelona, Paidós, 2004, p. 149. De aquí que quede claro que la igualdad y la solidaridad social deben buscarse más dentro de un modelo social, que le de mayor cabida a la idea del servicio público, que la que le pueda dar una visión de egoísmo amparada en la lógica liberal del libre mercado. En este orden de cosas podemos afirmar que un Estado que se define como social y democrático de derecho ha de asegurar la dignidad de la persona, encaminando su actividad hacia

13. EL SERVICIO PÚBLICO Y LA CONSTITUCIÓN

Es con la Constitución de Cádiz de 1812 cuando arriba a México el concepto servicio público, contemplándolo en el artículo 341 que se refería a los ramos de la administración pública. Desafortunadamente la vigencia tan corta de este documento normativo en la Nueva España impidió que dicha figura tuviera una mayor divulgación, por lo que dicha mención pasó prácticamente desapercibida para los pobladores y letrados de la Nueva España.

Desde esta perspectiva, se puede ver que la Constitución mexicana utiliza la expresión servicio público a mi modo de ver, para hacer referencia a dos conceptos:

- A) A la noción de servicio público en los términos que se ha venido desarrollando en el presente capítulo como actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades básicas y necesarias para la sociedad.
- B) Para referirse al trabajo personal prestado a favor del Estado, o a la persona que desempeña ese trabajo para el Estado. Entendiendo por éste el concepto más actual.

Una vez terminada la vigencia de la Constitución de 1812 tuvo que pasar mucho tiempo, y es hasta 1857 cuando vuelve a emplearse en México la locución “servicio

la búsqueda de la igualdad social real de todos los integrantes de la comunidad. En tal caso, la administración pública habrá de procurar una mayor procura social prestando cada vez más y mejores servicios públicos. En este sentido debe quedar muy claro que la idea del servicio público se encuentra condicionada a que ciertas actividades sociales deben mostrarse ajenas a la simple lógica del mercado, y ser gestionados atendiendo los fines del servicio público. Y como no pensar en retornar un poco al pasado “...ante el efecto devastador que la globalización puede tener sobre los países en desarrollo, y especialmente sobre los pobres en esos países”. Stiglitz E, Joseph, *El malestar en la globalización*, trad: Carlos Rodríguez Braun, México, Taurus, 2004, p. 11. Más alarmante es cuando el autor señala que las “...decisiones se toman en función de criterios ideológicos y políticos. Lo que genera malas políticas al no contemplar atender los problemas de fondo, pero en cambio si daban satisfacción a las creencias políticas de quien mandaba. En este sentido sería deseable que los políticos se comportaran más como estudiantes y por tanto entraran a debatir con base en argumentos y hechos concretos. En la práctica acontece lo contrario, ya que cuando un académico formula alguna recomendación sobre alguna medida de gobierno esta se politiza y por ende se procura cambiar el rumbo para ajustar dichas ideas al gusto de quien detenta el poder. Así las cosas la economía puede parecerse una disciplina fría, sin embargo, buenas medidas económico – administrativas pueden cambiar el rumbo de un Estado, y por ende orientar la actividad estatal a satisfacer necesidades de orden general. En este sentido, y concretamente en el campo de las comunicaciones podemos señalar que las privatizaciones en este sector no son malas, es decir vender monopolios estatales o privados a diversas empresas privadas, sería bueno solo si se logra que las compañías se vuelvan más eficientes y se logra una reducción en los precios a los usuarios del servicio. Esto puede ser probable si se consigue que los mercados sean más competitivos y un poco más regulados por la ley, esta pudiere ser quizás una de las razones para apoyar el libre mercado. De cualquier forma soy consciente de que el Estado no puede remediar todas las fallas del mercado, ni mucho menos los mercados pueden resolver todos los problemas sociales. Los problemas sociales son campos en los que el Estado invariablemente debe asumir un papel protagónico”. *Idem*.

público” en el texto constitucional, al señalar el artículo 13: “...Ninguna persona ni corporación puede tener fueros ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público y estén fijados por la ley...”¹⁶⁰

Posterior a 1857 la concepción sobre el servicio público se vuelve a ausentar de la Constitución, para aparecer de nuevo en la Constitución de 1917, en los siguientes artículos: 3, 5, 13, 27, 97, 115, 116, 123 y 132, en ocasiones con diferentes significados.¹⁶¹

El artículo 3º constitucional considera al servicio público como una actividad impuesta a la administración pública en beneficio y provecho de la sociedad:

VIII. El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a distribuir la función social educativa entre la federación, los Estados y los municipios, a fin de fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y a señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que ha todos aquellos que las infrinjan.

El artículo 5º usa la expresión servicio público con la finalidad de expresar una actividad personal que se realiza en beneficio del Estado, consagrando además la obligatoriedad de los servicios públicos, distinguiendo como tales: los de armas, jurados; los concejiles y los de elección popular, con lo cual dicha redacción constitucional contradice el tradicional concepto de servicio público, más frecuentemente empleado para distinguir actividades originarias de la administración pública:

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán

¹⁶⁰ Ramírez Tena, Felipe, *Las leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, 1967, p. 608. Además sobre el particular véase: Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, pp. 24 – 26.

¹⁶¹ Nótese que la importancia que se le da al servicio público en los primeros textos constitucionales es muy poca; ya que de su primera aparición en 1857, desaparece para posteriormente volver a reaparecer en el texto constitucional de 1917, esto a diferencia de otros países como Argentina donde el servicio público se consolida desde sus primeros textos constitucionales. Sobre el particular véase: Salomoni, Jorge Luis, *op. cit.*, pp. 369 – 383. Otro aspecto importante a destacar es que en México la doctrina administrativa no se interesó mucho en este concepto, ya que la aparición del concepto servicio público en la doctrina administrativa se da en 1959 con Andrés Serra Rojas y su derecho administrativo, pero es hasta 1995 cuando realmente se estudia a fondo este concepto con la aparición del libro de Jorge Fernández Ruiz intitulado “Derecho administrativo “servicios públicos””, por lo que en mi opinión la ausencia de una concepción teórica sobre el servicio público en el siglo XIX contribuyó a que no se difundiera mucho esta figura lo que sin duda afectó su posterior desarrollo legislativo.

retribuidas aquellas que realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

En el artículo 13, servicio público hace referencia a todo empleo o cargo público que preste cualquier persona o corporación en beneficio del Estado, por el cual tendrá derecho a una retribución, nótese cómo en el presente texto constitucional el concepto de servicio público es ambiguo al no hacer referencia a la administración sino a un cargo público, lo cual resulta ser muy general y poco específico:

Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley.

Por lo que se refiere al artículo 27 constitucional, fracción VI, y al artículo 132 servicio público es una expresión poco precisa, igualmente se le puede entender como estructura (Estado) o función, a la vez que se le puede interpretar como una actividad a desarrollar por parte del poder público, que como una organización de medios (dominio público) que posibilitan la prestación de los servicios públicos:

27, VI.- Los Estados y el Distrito Federal, lo mismo que los municipios de toda la República, tendrán plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos.

132.- Los fuertes, los cuarteles, almacenes de depósito y demás bienes inmuebles destinados por el Gobierno de la Unión al servicio público o al uso común, estarán sujetos a la jurisdicción de los poderes federales en los términos que establezca la ley que expedirá el Congreso de la Unión; mas para que lo estén igualmente lo que en lo sucesivo adquieran dentro del territorio de algún Estado, será necesario el consentimiento de la legislatura respectiva.

El artículo 28, párrafos antepenúltimo y penúltimo conciben al servicio público como una actividad pública, la cual también puede ser concesionada y tiene como finalidad satisfacer una necesidad de carácter general:

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 fijaran las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitaran fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegara a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

En tanto que los artículos 115, fracción III¹⁶² y 116, fracción, VII,¹⁶³ el servicio público se encuentra consagrada como una actividad cuya finalidad es satisfacer una necesidad de carácter general.

Asimismo, la inclusión del servicio público en nuestra Carta Magna hace referencia al criterio legal, por considerar que servicio público es sólo el que expresa la ley, por lo tanto, no hay más servicio público que aquel que señala expresamente la ley. Es el artículo 28 constitucional el que adopta de manera más clara el criterio legal al señalar: “La sujeción de regímenes de servicio público se apegara a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.”

14. CARACTERES NECESARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO

Desde sus inicios el concepto de servicio público ha sido identificado con ciertos caracteres distintivos que le son esenciales, dado que sin estos dicho concepto quedaría desvirtuado, entre esos caracteres tan propios del servicio público la doctrina identifica a la generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad.

Es obligación del Estado asegurarse de que el servicio público revista dichos rasgos distintivos, ya que sin la presencia de estos el servicio público no podría prestarse de forma idónea, lo que repercutiría en una deficiente atención de las necesidades de interés general.

¹⁶² La fracción III, se refiere a los servicios públicos municipales, los cuales se prestaran exclusivamente por los municipios sin competencia de los Estados.

¹⁶³ Esta disposición constituye uno de los preceptos jurídicos más importantes para interpretar al federalismo mexicano: el federalismo cooperativo.

Se consideran de tal importancia esos caracteres que sin la presencia de estos el servicio público no puede considerarse como tal.

A) El primero de los elementos será la generalidad, también entendida como universalidad. Para Jorge Fernández Ruiz esta idea encuentra vinculación con los derechos humanos, pues “por el sólo hecho de serlo, todo ser humano, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquiera otra condición, mediante la satisfacción de los requisitos legalmente establecidos, tiene derecho a usar el servicio público, sin más límite que el impuesto por la capacidad de prestación del propio servicio.”¹⁶⁴

Lo anterior significa que el servicio público es para todos y no para ciertas personas. La prestación de los correspondientes servicios públicos es una obligación para la administración, no olvidemos como ya se señaló anteriormente que esta actividad es la que legitima a nuestros gobernantes, por lo que no se habrán de negar las prestaciones a toda persona que las solicite, siempre que estén en condiciones reglamentarias de solicitarlas.

El servicio público deberá atender las necesidades mientras que estas subsistan. En el momento en que desaparece la necesidad, el servicio público habrá de desaparecer de manera inmediata, al no existir ya el fundamento social que haga valido su vigencia.

B) La uniformidad o igualdad se basa en que habiendo sido establecido en beneficio de la sociedad, sus prestaciones deben ser iguales para todos sus habitantes que se encuentren en condiciones de solicitar la prestación del servicio público, atendiendo el principio de igualdad ante la ley. Esta igualdad encuentra su garantía en diversas normas internas y de derecho internacional. Esta igualdad se traduce en que, “el servicio público, en todo cuanto se refiere a sus cargas y beneficios, habrá de prestarse de una manera uniforme, de un modo igual a todos los usuarios, o sea, sin discriminación de ninguna especie, lo cual no es óbice para establecer distintos niveles o categorías del servicio, acordes con tarifas diferenciadas, bajo la base de

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 116-117.

otorgar igual trato a todos los usuarios que se encuentran en el mismo nivel o categoría”.¹⁶⁵ Ciertos autores consideran que la uniformidad significa que las prestaciones deben de ser iguales para todos¹⁶⁶ los usuarios, que se encuentran en actitud de solicitar su prestación. De esta forma la función de este carácter es impedir las discriminaciones en el ejercicio del mismo.

C) La regularidad consiste, para Serra Rojas, en que “el servicio público se realiza de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley, es decir, medir, ajustar o computar el servicio por comparación o deducción. El servicio debe manejarse conforme a reglas”.¹⁶⁷ Para Fernández Ruiz gracias a esta regularidad, “el servicio público se presta en adecuadas condiciones de funcionamiento. Si no se da la regularidad, por prestarse sin observancia de su regulación jurídica, el servicio podrá ser general, uniforme y continuo, pero irregular, o sea anómalo y deficiente.”¹⁶⁸

Un servicio público es regular, cuando no se interrumpe su prestación, y por ende se lleva a cabo de forma correcta y de conformidad con su reglamentación vigente. Con la finalidad de que el servicio público se preste adecuadamente, es indispensable que este se sujete a condiciones optimas de buen funcionamiento, razón por la que la administración deberá en todo momento efectuar los cambios necesarios para garantizar el buen desempeño de esta actividad.

La regularidad hace referencia a los reglamentos internos de dicha actividad, constituidos por las normas administrativas que regulan el funcionamiento de estos. Cuando esta normatividad es violada se observara la irregularidad del servicio.

D) Finalmente, la continuidad es la esencia del servicio público que hace referencia a que “la oferta permanente, y la correlativa posibilidad constante, de usar un servicio público dado, dentro de los horarios y bajo las condiciones y términos señalados

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 120. En tal sentido Silva Cimma, señala: “Se dice que el servicio público es uniforme porque habiendo sido establecido en beneficio o interés de toda la colectividad sus prestaciones deben ser iguales para todos aquellos habitantes que, dentro de un mismo orden, se encuentran en condiciones de solicitar sus beneficios. El servicio de movilización colectiva, por ejemplo, es uniforme porque todos tienen derecho a usarlo en igualdad de condiciones y pagando una misma tarifa y respetando la reglamentación general que lo regula”.

¹⁶⁶ Ver: Sayagues Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, México, Cadenas Editores, p. 71.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 122-123.

¹⁶⁸ *Idem*.

expresamente en su norma reguladora”.¹⁶⁹ Para Louis Rolland, de la continuidad del servicio público se derivan diversas consecuencias: “...a ella, por ejemplo, se vincula la imposibilidad de huelga, la de abandonar el servicio público sin que la dimisión sea aceptada, la teoría de la imprevisión, y la imposibilidad de embargo de bienes.”¹⁷⁰

La continuidad, es un carácter básico del servicio público e inherente a su propia razón de ser, esto significa que las prestaciones no podrán interrumpirse ni paralizarse, máxime que si se establecieron en beneficio de la comunidad. La paralización de los servicios públicos puede acarrear graves perjuicios sociales, motivo por el que se deberá sancionar severamente todo acto que tenga por objeto la interrupción total o parcial, lo anterior en aras de que la colectividad no sufra daño alguno. En este sentido la continuidad representa la esencia misma del servicio, dado que este se instituye con la finalidad de satisfacer necesidades de tipo social, que si fueran cedidas a la iniciativa privada, difícilmente les daría cumplimiento adecuadamente. Todo estaría supeditado al calculo financiero de las empresas prestadoras, impidiendo que se diera la igualdad en la prestación del servicio público. Los sectores con solvencia económica gozarían de buenos servicios públicos, en cambio las regiones pobres adolecerían de buenos servicios públicos. El servicio público en manos del Estado remediaría en cierta forma este mal,¹⁷¹ al lograr el justo medio en la ponderación de las diversas necesidades de los sectores sociales de un país.

El simple hecho de que exista un cierto número de elementos indispensables para estar en presencia de un servicio público no significa que todos ellos se encuentren presentes en todas y cada una de las actividades que el ordenamiento jurídico consagra como tales.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 124. Al respecto debe advertirse que los artículos 46 y 47 de la LFRT señalan: “Artículo 46. las difusoras operarán con sujeción al horario que autorice la SCT de acuerdo con los Tratados Internacionales vigentes y las posibilidades técnicas de utilización de los canales”. “Artículo 47. Las estaciones no podrán suspender sus transmisiones, salvo hecho fortuito o causa de fuerza mayor. El concesionario deberá informar a la SCT: a) de la suspensión del servicio; b) de que utilizara, en su caso, un equipo de emergencia mientras dure la eventualidad que origine la suspensión, y c) de la normalización del servicio al desaparecer la causa que motivó la emergencia”.

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ Dice Carlos García Oviedo, a propósito de la continuidad en el servicio público: “Se dice que no debe abandonarse a la iniciativa privada la construcción de los ferrocarriles porque el espíritu de la empresa dotaría de medios de comunicación excesivos a determinadas regiones y dejaría huérfanos a otras, mientras que el Estado, realizando el servicio con arreglo a un plan colectivo, compensaría las ganancias con las pérdidas en las diversas líneas, porque, sin

15. ELEMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO

Del concepto de servicio público se pueden inferir los elementos que habrán de configurar dicha definición, los que por supuesto son diferentes a los caracteres jurídicos del servicio público; entre los elementos se pueden destacar: la necesidad a cuya satisfacción se destina el servicio, la actividad destinada a satisfacer dicha necesidad, el universo de usuarios potenciales del servicio público, la intervención estatal, el sujeto que desarrolla la actividad satisfactoria, los recursos empleados en la prestación del servicio, y su régimen jurídico especial exorbitante del derecho privado.

A) La necesidad a cuya satisfacción se destina el servicio

La necesidad pública se puede entender como toda carencia insatisfecha. Sin duda el servicio público nace como consecuencia de las necesidades que presentan los seres humanos, cabe agregar que cuando hacemos referencia a una necesidad humana ésta debe entenderse en sentido plural, de manera, que esa necesidad debe ser padecida por muchas personas para así poder insertarse en el telos del Estado, quien a su vez tendrá el deber ético de asegurar su satisfacción, cuyo cumplimiento se logra mediante el desarrollo de la actividad técnica que implica la prestación del servicio público.

La necesidad pública se hace consistir, señala Jorge Fernández Ruiz en que “la necesidad cuya satisfacción constituye la razón de ser del servicio público, es de carácter general, por tratarse de una necesidad individual que se generaliza, o sea, que adquiere carácter general a fuerza de ser sentida simultáneamente por muchas personas para quienes viene a ser una necesidad común, de la cual cada una de ellas puede escindir su necesidad individual, por lo cual la satisfacción puede darse de manera idéntica para todas ellas, a través de la actividad que implica la prestación del servicio público.”¹⁷²

Para satisfacer dicha necesidad de carácter general se requiere del desarrollo de una actividad técnica, como primer elemento que caracteriza la figura del servicio público.

afán de lucro, no buscaría más que el bien general y, o bajaría las tarifas hasta lo puramente preciso para cubrir los gastos, o emplearía el sobrante en aumentar la red ferroviaria”. García Oviedo, Carlos, *op. cit.*, T. I, p. 411.

¹⁷² Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 138.

B) La técnica como instrumento necesario para satisfacer la referida necesidad

La evolución del servicio público se puede observar claramente en las decisiones del Consejo de Estado francés, mismas que al principio consideran al servicio público como un órgano, pero este criterio declinó con el transcurso del tiempo, y se prefirió entender al servicio público como una actividad, postura que finalmente terminó por imponerse, lo que se observa claramente a partir del concepto de servicio público elaborado por Duguit.

El estudio de la actividad cuyo desarrollo es indispensable para la prestación del servicio público, permite destacar sus rasgos específicos, siendo los factores determinantes de dicha actividad su índole técnica y su finalidad satisfactoria.

Ese tipo de actividad a que nos referimos requiere de un procedimiento muy específico, que se caracteriza por ser un procedimiento metódico, que requiere el empleo de algunos elementos indispensables para tal actividad, tales como personal capacitado, equipo, instrumentos y materiales concretos. Todo esto permite afirmar que estamos ante una actividad de tipo técnico, que le brinda la posibilidad al servicio público de producir prestaciones útiles en un ámbito determinado. Otra característica importante de la técnica es su carácter científico por medio del cual se puede brindar una mayor y más eficiente cobertura.

Por último, la técnica que impregna al servicio público, habrá de tener un carácter marcadamente innovador, esto significa que habrá de adaptarse a las necesidades sociales del momento, en caso contrario el servicio público se vuelve anacrónico y desfasado con la realidad, y por tanto con las necesidades sociales del momento.

C) Los usuarios del servicio público

Los usuarios son muy importantes para el servicio público dado que resulta imposible imaginar esta actividad de carácter técnico sin usuarios. Al estar el servicio encaminado a la satisfacción de necesidades humanas, son estas las que constituyen el potencial universo de usuarios que podrán convertirse en un momento dado en usuarios efectivos del servicio público, al estar en posibilidad plena de acceder a su beneficio o

utilización, una vez que el usuario haya cubierto los requisitos correspondientes, cuando sea el caso que se den.

Para que el usuario acceda al servicio público, en ocasiones debe cubrir ciertos requisitos, por ejemplo, en el caso del taxi requiere de los usuarios el pago de una tarifa, para poderse convertir en usuarios efectivos. En tanto que en el caso de la radio y la televisión, no se requiere del cumplimiento del pago de una tarifa, como es el caso de la radio y la televisión, ya que bastará que el usuario encienda su aparato radio receptor para disfrutar por ejemplo de un buen juego de beis-bol, y de esta forma convertirse en un usuario efectivo del servicio público de radio y televisión.

D) La intervención estatal

La intervención estatal se encuentra inmersa en el origen mismo de la cuestión que analizamos. Se puede ubicar desde el establecimiento hasta la supresión del servicio público. Ciertamente, el Estado se encuentra presente en la creación del servicio público, ya sea mediante la ley que establece el servicio público propio, o en el caso del servicio público impropio donde tiene una función más reguladora que satisfactoria.

La intervención estatal también se puede ver en el régimen jurídico exorbitante, del derecho privado, cuya elaboración y puesta en marcha compete a los órganos de gobierno, de igual forma se manifiesta también en la prestación misma de los servicios públicos, cuando ésta corre a cargo de la administración pública ya sea centralizada o descentralizada.

Además se puede observar la intervención del Estado, en el otorgamiento de las concesiones para la instalación, funcionamiento o explotación de los servicios públicos propios, o mediante la concesión o en su caso del permiso correspondiente para el funcionamiento de los servicios públicos impropios, así como en la revocación de las concesiones, licencias, autorizaciones o permisos respectivos.

De igual manera la intervención estatal puede darse también cuando la administración determina de forma unilateral las tarifas aplicables en los servicios públicos onerosos; o en la intervención que busca asegurar la continuidad y permanencia del

servicio público, acciones que pueden ser de índole legislativa o administrativa. Un ejemplo de la primera puede ser la expedición de leyes para prohibir la huelga en el servicio público. Ejemplo de la segunda, es la realización de la requisa, que tiene por objeto asegurar la continuidad y permanencia del servicio.

Situados en estos términos, resulta conveniente dejar sentado que la intervención estatal es un elemento de primera importancia para el servicio público, que acompaña a éste en toda su evolución, desde su gestación, organización, funcionamiento y, cuando es el caso en la supresión. En esta última situación es donde se observa la declinación de la intervención estatal misma que representa la erosión del régimen exorbitante del derecho privado.

E) El sujeto encargado de desarrollar la actividad satisfactora

Todo servicio público requiere de un sujeto que se haga cargo de su prestación, ya sea público o privado, sin este el servicio público carece de sentido, por ende el prestador del servicio público es un elemento indispensable para el correcto funcionamiento del servicio. De esta forma, resulta imposible concebir un servicio público sin prestador.

Conviene hacer notar que dicho sujeto puede manifestarse de diversas formas. Como señala Jorge Fernández Ruiz:

...el sujeto a cuyo cargo queda el servicio público puede ser de derecho público o de derecho privado. Es de derecho público cuando el servicio está, por ejemplo, a cargo de un órgano de la administración pública centralizada, o de un órgano desconcentrado, o de una entidad de la mal llamada administración paraestatal. Desde luego, el sujeto prestador del servicio público puede ser de derecho privado, como ocurre en los servicios públicos que operan bajo el régimen de concesión, y en todos los servicios públicos impropios.¹⁷³

¹⁷³ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, pp. 142-143.

En este punto es importante mantener un equilibrio entre lo público y lo privado, si bien es cierto que la intervención estatal se encuentra presente en las dos formas de prestación del servicio público, también lo es que la intensidad de esta intervención es aún mayor cuando el sujeto prestador del servicio público es de derecho público, entonces, si el servicio público se encamina hacia una gestión privada, por ende se reduce la intervención estatal a un mero papel regulador, a menudo perdiendo su razón de ser, dado que la razón de ser de los particulares siempre se encuentra en abierta pugna con la razón de ser de lo público por lo que es indispensable encontrar el justo medio. De manera que un servicio público encaminado mucho hacia la gestión privada, y sin una adecuada regulación, terminara por tener un accionar muy irregular.

En este orden de ideas, resulta necesario establecer que el sujeto a cuyo cargo se encomienda el desarrollo de determinada actividad satisfactora, inherente al servicio público, es también un elemento indispensable del mismo, esto es así, ya que no se puede imaginar una acción sin un actor que la promueva.

F) Los recursos que requiere el servicio público para su prestación

Es necesario para la prestación del servicio público un mínimo de recursos, los cuales pueden ser humanos, materiales y financieros. Efectivamente, para la operación del servicio público se requiere personal humano calificado para desempeñar con destreza las tareas indispensables que permitan poner en marcha el servicio público. También se requiere de la materia prima y los recursos financieros que son importantísimos dado que de ellos depende que el servicio público sea moderno, eficaz y aunque éste no persigue lucro, debe de tener solvencia para lograrse adaptar a los cambios tecnológicos de la sociedad.

G) Régimen jurídico exorbitante del derecho privado

Como hemos podido constatar en páginas anteriores, el servicio público se encuentra sujeto a un régimen jurídico especial el cual, puede ser, de derecho público y en parte de derecho privado, o sólo de derecho privado, no obstante el régimen más adecuado es el exorbitante del derecho privado, que condiciona su prestación a la obtención de un permiso o licencia, sujetándose a una tarifa tope.

Este régimen jurídico especial exorbitante del derecho privado, que rige al servicio público se caracteriza por la existencia, de reglas y técnicas jurídicas especiales que convergen en una idea esencial: el interés particular tiene que ceder ante el interés general.

El régimen jurídico exorbitante del derecho privado encuentra su fundamento principal en la desigualdad de las partes involucradas en la prestación del servicio público: a saber los intereses de los usuarios en que se les preste correctamente el servicio, los intereses del prestador, de la sociedad y del Estado. Para Jeze:

Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continúa a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.¹⁷⁴

Es conveniente destacar que el régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado, que rige al servicio público, pese a no ser el mismo en todos los casos, si existen ciertos rasgos específicos que los distinguen de los servicios privados.

H) El poder de policía

La policía de orden público, monopolizada por el Estado, no tiene porqué ser confundida con la denominada policía de gestión de los servicios públicos. La primera hace referencia al orden, seguridad, higiene y moralidad pública; en tanto que en la segunda se relaciona primordialmente con la ejecución y aseguramiento del servicio público.

Esta policía de gestión tiene tres características fundamentales: una de carácter técnico, permanente, y que, en los servicios públicos concedidos es ejercida respecto del concesionario; la otra de seguridad de las personas o cosas y es ejercida contra todos los que intenten perturbar o dificultar el buen funcionamiento del servicio público, por último la policía de gestión se encarga de verificar que el usuario al acceder al servicio público cumpla los requisitos exigidos por la norma para poder gozar de su prestación.

La función de policía no es externa al servicio público, sino que es uno más de sus instrumentos. Es de señalar que la denominación poder de policía no es una prerrogativa exclusiva de los servicios públicos ya que alcanza también a los servicios públicos impropios o servicios públicos industriales. En opinión de Benjamín Villegas Basavilbaso: “La policía de gestión de los servicios públicos propiamente dichos se distingue de la policía de los servicios públicos impropios o empresa reglamentadas, por los medios de

¹⁷⁴ Jeze, Gastón, *op. cit.*, p. 4

coacción de que dispone para hacer efectiva sus órdenes o disposiciones. Es así como se explica y justifica la *bis militari* en su ejercicio.”¹⁷⁵

El poder de policía puede hacer uso de la coacción dado que tiene la facultad para rechazar cualquier impedimento o traba con el fin de asegurar el buen funcionamiento del servicio.

I) El dominio público

Otro rasgo importante del régimen jurídico especial del servicio público lo constituye el dominio público¹⁷⁶. En efecto, es fácil comprobar que los bienes afectados al servicio público se encuentran en una situación jurídica especial. Para Duguit: “El principio de la distinción entre el dominio público y el dominio privado es indudablemente exacto, precisamente por que responde a las distinción de las actividades erigidas o no en servicio público”.¹⁷⁷ Estamos en presencia de un elemento de primer orden para el servicio público, dado que el servicio público necesita afectar el dominio público para poder funcionar como tal.

Es importante hacer la diferencia entre el dominio público y el dominio privado,¹⁷⁸ misma que es posible apreciar en la esencia misma de los conceptos, el dominio público como su nombre lo indica es público, no tiene un dueño en particular, en tanto que el dominio privado pertenece sólo a una persona o a unas cuantas las cuales suelen explotarlo cuando así lo desean únicamente en su beneficio. Al respecto Gastón Jéze señala: “Es evidente que sólo puede existir dependencia del dominio público si la cosa está afectada a un servicio público. Por otra parte, la idea servicio público constituye la

¹⁷⁵ Villegas Basavilbaso, Benjamín, *op. cit.*, p. 68.

¹⁷⁶ Otro punto importante de la teoría del dominio público, el cual debe ser destacado por la siguiente razón: desde sus orígenes, es muy claro que el dominio público nace con una visión plenamente funcional, que es construir un título de intervención administrativa. En efecto, la Administración no busca acumular propiedades, sino más bien hacerse de potestades administrativas. Esto en razón de que los bienes públicos deben tener una aplicación hacia la satisfacción plena de necesidades de interés general.

¹⁷⁷ Duguit, León, *Traité de droit constitutionnel*, París, Boccard, 1927-1930, T. III, p. 322.

¹⁷⁸ Referente a la diferencia entre dominio público y privado Duguit opina: “La causa esencial de su formación (de la distinción del dominio en dominio público y dominio privado) es el lugar cada vez más preponderante que va ocupando la noción de servicio público. Lo mismo que a esta noción se vincula la de función y funcionario público, con ella se relaciona el dominio público, y sólo colocándose en este punto de vista se puede construir una teoría sólida del dominio público. El principio de la distinción entre el dominio público y el dominio privado es indudablemente exacto, precisamente porque responde a la distinción de las actividades erigidas o no en servicio público”. *Ibidem*. p. 322.

base de todas las reglas del régimen jurídico que se denomina régimen del dominio público y que difiere del régimen jurídico de la propiedad privada.”¹⁷⁹

Para Villegas Basavilbaso, los bienes públicos guardan una especial relación con la prestación de los servicios públicos propiamente dichos, con la finalidad de que dichos bienes no sean enajenados, lo que en caso de darse interrumpiría la prestación del servicio, en abierta contradicción con la continuidad que demanda el servicio público, además de los perjuicios que causaría al interés social.

El dominio público por la importancia que tiene para el derecho administrativo y para el servicio público se encuentra salvaguardado por un régimen especial que en nada se parece al régimen jurídico del dominio privado, pues en caso de que el dominio público se sujetara a las reglas del derecho civil, quedaría desvirtuado del fin para el cual se estableció, que es precisamente atender a las necesidades comunes de la población.

Hay ocasiones en las que para prestar el servicio público de manera adecuada, es necesario tomar ciertas medidas, que tienen por finalidad coadyuvar a la satisfacción de las necesidades de interés general por medio del servicio público, una de esas medidas de gran importancia para la cuestión que estamos planteando es la de imponer restricciones y servidumbres sobre el derecho privado, afectando la propiedad privada hasta donde el interés público lo demande.

Para imponer estas medidas limitantes a la propiedad privada, se requiere de una legislación aplicable y congruente al caso concreto; de esta manera las restricciones que se puedan dar sobre el dominio privado gozan de cabal legitimidad por estar fundadas en la ley.

En lo que se refiere a la expropiación forzosa esta tendrá por finalidad afectar la propiedad privada siempre que así lo requiera la instalación del servicio público correspondiente, además cabe señalar que la afectación de la propiedad privada podrá darse de manera coactiva.

¹⁷⁹ Gastón, Jéze, *op. cit.*, pp. 14-15.

16. EL CONCEPTO SERVICIOS PÚBLICOS IMPROPIOS

La doctrina administrativa ha dividido al servicio público en propio e impropio. El primero es aquel que se encuentra encomendado directamente al Estado o a un concesionario. Los segundos son aquellos que tienen las características de un servicio público, mas no es el Estado quien lo presta, este sólo se encarga de reglamentarlo y quien lo presta son los particulares por medio de la concesión.¹⁸⁰ A éste tipo de servicio público la doctrina les da el nombre de actividades individuales de interés público.¹⁸¹

El servicio público impropio tiene su origen en la difundida afirmación de que el servicio público es una actividad destinada a lo público, sin que importe quien lo asume y lo presta, si dicha necesidad es considerada servicio público por la norma, lo que interesa es que el destinatario sea el público. En este sentido el servicio público impropio representa un punto medio entre la actividad pública y la comercial.

Este tipo de prestaciones públicas encomendadas a los particulares requiere de una tarifa, la cual es autorizada por la autoridad competente y se fija con objeto de remunerar de alguna forma las prestaciones que otorga el prestador del servicio. Para Jorge Fernández Ruiz, la tarifa presenta diversas modalidades: "...si la demanda supera normalmente a la oferta la tarifa habrá de ser fija e inderogable, porque al otorgarse condiciones de preferencia a algunos, podría provocar la exclusión de otros, contra la obligación de prestarse a quien quiera, en el orden en que se presenta."¹⁸²

Conforme a lo expuesto podemos afirmar que el rol del Estado en el servicio público impropio, se encuentra más acotado que en el servicio público propio¹⁸³. No obstante esta

¹⁸⁰ "En último término, la intervención administrativa, por estrecha que sea, presupone una actividad que sigue siendo privada. Con todas las cortapisas que se quiera, pero privada". González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971, p. 27. El problema fundamental que se observa en este tipo de servicios públicos, se da en el campo de la ética y la política, y consiste en encontrar alguna forma de reconciliar las necesidades de la vida social con la premura de los deseos individuales. Esto se ha logrado hasta cierto punto por medios de los servicios públicos impropios al tratar de armonizar las necesidades sociales con los deseos individuales.

¹⁸¹ Sayagués Laso, Enrique, *op. cit.*, p. 86. El autor señala que se utiliza esta terminología porque la posición de los particulares que ejercen estas actividades es distinta de la de aquellos que explotan servicios públicos. Mientras en el primer caso ejercen un derecho individual aunque sujeto a reglamentación, en el segundo no pueden actuar sino en mérito a una concesión de la administración. De allí la diferencia de regímenes.

¹⁸² Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 92.

¹⁸³ Sobre esta base, se ha aceptado que el servicio público impropio no se presenta como una excepción al principio de la titularidad privada de la referida actividad administrativa, sino como una conexión con el servicio público propiamente dicho, pero dicha fuerza de conexión no alcanza para que se produzca una verdadera *publicatio*. Por tal motivo, el servicio público habrá de existir solo como una forma de extensión, al faltar una de sus notas centrales, situación que

afirmación, en uno y otro caso (propio e impropio) el servicio público esta sujeto a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado. La regulación a cargo del Estado tiene por finalidad que el servicio público no pierda su esencia principal, cual es satisfacer necesidades de interés general.¹⁸⁴

nos conduce a prescindir del sistema de concesión de servicios públicos o permiso como presupuesto necesario del otorgamiento del derecho a ejercer tal actividad para sustituirlo por la autorización.

¹⁸⁴ Fernández Ruiz, Jorge cita a Marcel Waline para enfatizar lo que representa el servicio público como garantía de la satisfacción de la necesidad pública o general: “El servicio público es el más enérgico de los procedimientos de intervención administrativa, *la última ratio* del Estado para asegurar la satisfacción de una necesidad colectiva cuando la iniciativa privada, por una razón cualquiera, no es suficiente para asegurarla”. *Ibidem*, p. 115.

CAPÍTULO III

LAS ONDAS RADIO-ELÉCTRICAS

1. LAS ONDAS RADIO-ELÉCTRICAS. SU NATURALEZA JURÍDICA Y TITULARIDAD

La radiodifusión es una actividad de carácter técnico desarrollada mediante un sistema de comunicaciones masivo y unilateral, integrado por un emisor y múltiples receptores, la mencionada actividad se realiza mediante el envío de mensajes sonoros, a través de un sistema de ondas radioeléctricas, conocidas también como ondas hertzianas, con la finalidad de dar satisfacción a necesidades de carácter general de los radioyentes y televidentes, de información, de esparcimiento, de capacitación, de educación, de culturización; cuyo cumplimiento debe ser asegurado, controlado y regulado por el Estado, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado.

En relación con esto, es interesante citar textualmente un pasaje que se encuentra en la obra de Jorge Fernández Ruiz, Derecho administrativo “servicios públicos que dice:

Nace la radiodifusión apoyada en dos posibilidades técnicas: la primera es la de transformar el sonido en corriente eléctrica y, mediante un emisor, cubrir una ciudad, región, un país o el planeta mismo, con emisiones de ondas radioeléctricas hertzianas en un rango aproximado entre 200 o 10,000 kilohertz; primero en amplitud modulada y, después de 1950, también en frecuencia modulada; la otra posibilidad técnica es la de recibir con nitidez, en un aparato modesto, dichas ondas radioeléctricas hertzianas, emitidas, reconvertirlas en sonido y amplificarlas mediante un altavoz.¹⁸⁵

La utilización de las mencionadas ondas es indispensable para el funcionamiento de la radiodifusión, en sus dos manifestaciones: radio y televisión, dentro del género de las telecomunicaciones. El empleo de las ondas hertzianas es, el vehículo de transmisión de señales acústicas y visuales, consustancial a la categoría de la radiodifusión.

¹⁸⁵ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 345.

Ciertamente, las ondas hertzianas constituyen la materia prima esencial para hacer posible la transmisión de imágenes televisivas.¹⁸⁶ Sin embargo, la desventaja de la utilización de dichas ondas es que son un bien escaso, por tanto insuficiente para atender correctamente las diversas actividades que demandan su uso. De esta forma, el empleo de las ondas hertzianas requiere un tratamiento especial. En atención a su carácter económico, social, político o cultural que desempeñe; por lo que se requiere la intervención del Estado para regular adecuadamente el espectro radioeléctrico, y así impedir un uso indiscriminado y al margen de la legalidad de este, para así salvaguardar los intereses nacionales ya sean: de seguridad, educativos, sociales, etcétera.

Así mismo, como señala José Carlos Laguna de Paz: “Debe tenerse en cuenta, no obstante, que las posibilidades de utilización del espacio radioeléctrico se multiplican a medida que se reducen el ámbito de difusión cubierto por la señal. La limitación técnica es, por tanto, especialmente acusada a nivel estatal, lo que exige además la instalación de una compleja red de emisores y repetidores. La televisión de baja potencia permite, en cambio, un amplio aprovechamiento del espectro radioeléctrico y, por tanto, la multiplicación de las emisoras de televisión.”¹⁸⁷

Por lo que hace a las telecomunicaciones, Carlos A. Tua Anzoátegui las define de la siguiente manera: “...cualquier transmisión, emisión o recepción de signos, señales, imágenes, sonidos o cualquier tipo de información por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.”¹⁸⁸ De esta forma, telecomunicación es la que se realiza mediante la utilización de un medio técnico o mecánico.¹⁸⁹ Por tanto, una especie del género al que se ha aludido es la radiocomunicación que se puede definir como toda telecomunicación transmitida por ondas radioeléctricas. Es por tanto, el empleo de las ondas radioeléctricas lo que caracteriza a las radiocomunicaciones y las distingue de las telecomunicaciones. Entre las radiocomunicaciones se pueden encontrar: la telegrafía, la telefonía sin hilo, la radionavegación, la radioastronomía y la radiodifusión.

¹⁸⁶ Se considera también que la utilización de las ondas se puede llevar a bajo costo, dado el reducido coste de las antenas. Opinión que no comparto enteramente, dado que la transmisión ya sea: televisiva o radiofónica a gran escala requiere de un fuerte capital para poder desarrollar dicho proyecto.

¹⁸⁷ Laguna de Paz, José Carlos, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁸ Tua Anzoátegui, Carlos A, *Régimen jurídico de las telecomunicaciones y la radiodifusión*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 2.

¹⁸⁹ Quadra-Salcedo, Tomás, *El servicio público de televisión*, IEA, Madrid, 1976, pp. 34-35, afirma que no es telecomunicación la comunicación a voces o con altavoz, sino aquella en la que se utiliza “un artilugio técnico”.

La radiodifusión en cualquiera de sus dos modalidades: radio y televisión, forma parte de la radiocomunicación que requiere del empleo de las ondas hertzianas; sin embargo, no es correcto extender esta denominación a la televisión por cable; ya que como afirma Jorge Fernández Ruiz: "...la televisión por cable se transmite codificada a través de un cable coaxial o, más recientemente de fibra óptica; el prestador del servicio proporciona las claves de descodificación mediante el pago de una cuota periódica",¹⁹⁰ dicha televisión se caracteriza por proporcionar una mayor variedad de canales, además posee una mejor calidad en sus emisiones, todo esto con la condición de realizar el pago que da derecho a estar inscrito a este sistema.¹⁹¹

Por lo que respecta al satélite, éste es sólo una modalidad, más avanzada y perfecta, que la de la radio y la televisión por ondas hertzianas. De acuerdo con esta concepción el satélite se encuentra situado en una órbita geoestacionaria, y se comporta como un repetidor de las imágenes de televisión que le son transportadas por medio de las ondas hertzianas desde una estación terrestre. Para José Carlos Laguna de Paz existen dos tipos de satélites: los de telecomunicación y los de televisión directa:

Los primeros ponen en conexión al ente emisor de señales con el receptor, que a su vez transmite las imágenes a los destinatarios, bien mediante ondas hertzianas, bien por cable. Los segundos tienen un ámbito territorial de difusión de la señal más limitado, lo que les permite emitir una señal más potente, que puede ser directamente recibida por los destinatarios finales de las imágenes de televisión mediante la instalación de antenas parabólicas.¹⁹²

La importancia de esta tecnología se refleja en la creación de un orden internacional que tiene por finalidad dar una respuesta supranacional a la regulación de esta actividad. En este sentido, las conferencias internacionales de telecomunicaciones se han encargado de fijar la posición orbital de los satélites para cada país, tratando de buscar las coincidencias entre las zonas de difusión y las fronteras nacionales. Empero,

¹⁹⁰ Fernández Ruiz, Jorge, "Régimen jurídico de concesiones de radio y televisión", en Jiménez, Armando Alfonso, (coordinador), *Responsabilidad social, autorregulación y legislación en radio y televisión*, México, UNAM, 2002, p. 48. "En sus inicios, la televisión por cable sólo se usó para llevar la señal televisiva a poblados que por su situación topográfica no la podían recibir mediante las normales antenas domésticas; para subsanar tal situación se instalaba una antena colectiva de gran altura capaz de recibir la señal de la televisión tradicional, para luego distribuirla, mediante un cable coaxial tendido sobre postera o por vía subterránea, a los hogares de los suscriptores".

¹⁹¹ Como nota aparte se comenta que la televisión por cable se desarrolla principalmente en Estados Unidos, y se dirige principalmente a los sectores urbanos de la sociedad.

los avances técnicos operados en la electrónica de la emisión como en las antenas de recepción han ampliado las posibilidades reales de difusión de los satélites. Por ello los satélites actualmente son capaces de cubrir gran parte del globo terráqueo y por ende de servir como soporte a las cadenas internacionales de televisión. Lo anterior ha traído ciertas consecuencias entre las que destacan las dificultades que la recepción transfronteriza de las señales le ocasiona a la comunidad internacional.

Desde el punto de vista técnico una de las principales características del satélite, es que son un medio poco costoso de difusión, dado que una parte importante de sus costos se le transfieren al espectador, que es quien instala la antena para recibir las emisiones y, además, equiparlas con un convertidor que transforme las frecuencias a las propias de la emisión hertziana terrestre.¹⁹³ Por otra parte, el satélite se compone por equipos receptores, amplificadores y emisores que se encargan de enviar la señal tratada y amplificada por lo que se hace innecesaria la antena mediadora entre el satélite y los receptores individuales de televisión, y los particulares pueden recibir las ondas directamente del satélite con sólo tener instalado en su casa un equipo receptor de dimensiones y costo aceptable. Este es el caso, de la llamada televisión directa por satélite.

2. EL FUNCIONAMIENTO DE LA RADIO Y LA TELEVISIÓN

Como ya se señaló el mecanismo de la radio y la televisión trabaja a través de la transformación de señales (sonoras, o sonoras y visuales de manera simultánea) en energía radioeléctrica, conducida por medio de ondas hertzianas. En este sentido, el esquema de funcionamiento de la radio y la televisión, es descrito por Carmen Chichilla Marín, de la siguiente manera:¹⁹⁴

A) La radio

El esquema de los elementos imprescindibles en la radio es el siguiente:

1º La señal inicial procedente de una fuente sonora.

¹⁹² Laguna de Paz, José Carlos, *op. cit.*, p. 22.

¹⁹³ Véase: Chinchilla Marín, Carmen, *op. cit.*, p. 112.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 114.

2º Dos aparatos que transforman:

Uno, al principio el sonido en corriente eléctrica (micrófono), y otro, al final, la corriente eléctrica en sonido (altavoz).

3º Dos grupos de aparatos radioeléctricos, el emisor y el receptor, acompañados de sus antenas que aseguran la conexión a larga distancia entre el micrófono y el altavoz; transformando las señales eléctricas en ondas electromagnéticas el primero, y las ondas electromagnéticas en señales eléctricas el segundo.

4º El sonido terminal que percibe el oyente.

El sonido no es sino una variación de la presión del aire cercano al tímpano; para que pueda transmitirse a grandes distancias es necesario convertirlo en energía electromagnética y reinvertir posteriormente el proceso.

B) La televisión

El esquema de la radio es fácilmente adaptable a la televisión; así tenemos:

1º Una imagen a transmitir.

2º Dos grupos de aparatos que transforman:

Uno, al comienzo, la imagen en corriente eléctrica (la cámara electrónica) y,

Otro, a la llegada, la corriente eléctrica en imágenes (el tubo de rayos catódicos).

3º Dos aparatos radioeléctricos, emisor y receptor, con sus antenas.

4º La imagen percibida por el telespectador.

En cuanto a las diferencias entre la radio y la televisión, una es la relativa al objeto, mientras que en la radio el sonido que se percibe es real, al no haber diferencia entre el objeto recibido por el micrófono y el recibido por el oído a distancia, en la televisión se permite sólo una aproximación relativa del objeto.¹⁹⁵

¹⁹⁵ “La descomposición y recomposición de la imagen consiste en su multidivisión en cuadrículas casi infinitesimales que apreciadas por el ojo humano permite reconstruir la imagen total, llevándose todo ello por medio de un pincel electrónico”. González Navarro, *Televisión pública y televisión privada*, Madrid, Civitas, 1982, p. 258, señala que este “pincel electrónico que trabaja de forma análoga a como lo hace una máquina de escribir, golpeando la imagen línea a línea, hasta cubrirla totalmente, volviendo a empezar en el movimiento siguiente”.

Por lo que hace a la televisión a color Carmen Chinchilla Marín señala lo siguiente: La peculiaridad de la televisión en color radica en descomponer la imagen en tres tonalidades fundamentales, azul, verde y rojo (colores primarios) y

Otra diferencia viene determinada por el distinto comportamiento de las ondas, causado por la desigual “carga informativa” de ambas emisiones radioeléctricas. La onda de televisión, portadora de imágenes y sonidos, tiene mayor “carga informativa” y ha de ser cuidada, reforzada, reflejada y amplificada más frecuentemente que la onda de radio que tiene menos carga informativa (solo señales sonoras). En tanto que, las frecuencias asignadas para la televisión son muy elevadas, su amplitud es menor, por tanto, la onda se estrecha, razón por la que se deteriora aun más. Por el contrario, las frecuencias de radio son más bajas y de amplitud mayor, razón por lo que no sufren alteraciones sustanciales durante su transporte.

Una vez estudiado el proceso de transformación de sonidos e imágenes que define a la radiodifusión, es momento de reflexionar acerca del fenómeno de las ondas hertzianas que, como se ha podido apreciar, son el medio a través del cual la imagen y el sonido pasan del emisor al receptor. En este punto hay que destacar la falta de unificación técnica que se observa en la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión, ya que mientras la primera habla acerca de espectro radio eléctrico la segunda se refiere a ondas electro magnéticas.

C) Las ondas hertzianas

Antes de delimitar conceptualmente a las “ondas hertzianas”, es necesario diferenciarlas respecto del “espacio aéreo”, con el objeto de evitar la confusión. En este orden de ideas, Carmen Chinchilla Marín afirma: “...por espacio aéreo podemos entender: la columna de aire que se encuentra sobre la superficie de la tierra y que tiene como límite superior el espacio extra-atmosférico. Ocupa, por lo tanto, la atmósfera con sus distintas capas: biosfera, ozonósfera e ionosfera. Por lo que queda claro que las ondas se propagan por el espacio aéreo, pero no necesitan el aire para ello, ya que tienen una cualidad física que les permite propagarse en el vacío. Espacio aéreo y ondas hertzianas son, pues, dos cosas diferentes. Ni la onda es una parte de un todo que vendría a ser el espacio aéreo, ni éste es el soporte o conductor material de aquéllas.”¹⁹⁶

superponerlos sobre una pantalla tricomatica que comporte tres veces más los puntos que para el blanco y negro. *op. cit.*, p. 115.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 116.

De acuerdo al Convenio Internacional de Telecomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en las paginas subsiguientes esta palabra se abreviara con las siglas UIT) y sus reglamentos, se puede definir al “espectro radioeléctrico”, como las diversas posibilidades de emitir “emisiones radioeléctricas”, y de “ondas hertzianas”. El término “ondas” se refiere a la: “representación gráfica del movimiento oscilatorio. Llamamos longitud de onda a la distancia que existe entre dos puntos que se encuentran en la misma situación de perturbación, y frecuencia al número de oscilaciones por segundo; su unidad de medida es el hertzio, equivalente a una oscilación por segundo. Existe una relación fija entre la frecuencia y la longitud de onda, por lo que, al aumentar la frecuencia disminuye la longitud de onda en la misma proporción.”¹⁹⁷

Por un lado tenemos la carga de electrones (corriente eléctrica) que convierte a las señales sonoras y visuales a transmitir, y al atravesar el oscilador se transforman en radiación electromagnética de una determinada frecuencia (energía radioeléctrica), Así pues, las ondas hertzianas son energía radioeléctrica la cual se define por unas cualidades físicas (longitud y frecuencia). Las bandas de frecuencia son los “camino” (entendiendo el término desprovisto de sentido físico) por los que pasa la energía radioeléctrica que al final, sometida a un proceso técnico (el altavoz en la radio y el pincel electrónico en el caso de la pantalla de televisión), se recomponen en imágenes y sonido. De tal forma, que cuando la UIT asigna a cada Estado¹⁹⁸ unas bandas de frecuencia, que serán concedidas a su vez a los distintos emisores que operan en su territorio, lo que se indica es la “velocidad” a la que deben circular sus emisiones por esos “camino”, es decir, el número de vibraciones por segundo a que deben emitir para no provocar interferencias en la misma actividad desarrollada por otros.

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ESPECTRO RADIOÉLECTRICO

La cuestión referente a la titularidad de las ondas hertzianas exige previa determinación respecto de si éstas son “bienes” o “cosas” en el sentido jurídico del término. En este

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 117.

¹⁹⁸ En esta materia el Estado siempre a asumido un rol interventor en la regulación del espectro radioeléctrico, impidiendo que este se use de forma incorrecta, entre otras razones por: razones de defensa nacional, y a medida que el uso del espectro se fue ampliando fue necesario ordenar el uso de las mismas, para evitar intromisiones y distorsiones, y si para fomentar la participación en la elaboración de la reglamentación internacional sobre dicha materia.

sentido, Carmen Chinchilla Marín señala: “Las ondas hertzianas son cosas porque – además de reunir las cualidades características de las mismas, de utilidad, sustantividad o individualización y apropiabilidad-, tienen cualidades físicas determinadas, como son su longitud y frecuencia, lo que permite su inscripción en el Registro Internacional de Frecuencia de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.”¹⁹⁹

Las ondas hertzianas, poseen una frecuencia inferior a 3,000 Ghz, y se propagan al espacio sin guía artificial, además como energía que son la doctrina los considera como bienes muebles, y por tanto pueden considerarse de dominio público. En tal sentido Carmen Chinchilla Marín señala:

...el uso del espectro radioeléctrico esta sujeto de hecho y de derecho a un régimen jurídico que en nada se distingue del demanial, si además, hoy está ya superada la concepción clásica del demanio que lo identificaba exclusivamente con el titulo de propiedad, hay que concluir que si bien la “extravagancia” del objeto impide considerarlo como una propiedad del Estado, nada se opone a que venga definido como una zona de competencia demanial del mismo, en el sentido de titulo de intervención con el que el Estado pretende garantizar un uso ordenado y eficaz del bien.²⁰⁰

De este modo, las ondas hertzianas pueden ser consideradas bienes muebles, y al igual que los inmuebles son de dominio público.

Pero las ondas radioeléctricas al estar desprovistas de una cualidad física y no ser perceptibles directamente por los sentidos, se complica relacionarlas con el concepto de “cosa” o “bien” que se define en términos de corporeidad y tangibilidad.

Según el artículo 747 del Código Civil para el Distrito Federal, se consideran bienes “todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación”. Los términos “bien” o “cosa” se emplean pues, de manera indistinta.²⁰¹ Para el Derecho Civil toda realidad, corpórea o incorpórea, puede ser materia de relación jurídica y susceptible de prestar utilidad, se le

¹⁹⁹ *Idem.*

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 141.

²⁰¹ En el mismo sentido se puede observar esto en la doctrina española. Ver: Castán Tobeñas. José, *Derecho civil español, común y foral*, tomo 1º, 14ª edición, Madrid, Reus, 1994, pp. 574 y ss. En idéntico sentido encontramos también al caso italiano, ya que el artículo 810 del Código Civil de ese país destaca: “sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti”

denomina “bien”. Incluso se considera corpórea una cosa, aunque no sea tangible materialmente, si se deja dominar o utilizar para la satisfacción de necesidades humanas, es decir, si tiene una existencia concreta en la naturaleza, frente a las incorpóreas que sólo existen intelectual y jurídicamente.²⁰²

Siguiendo con el estudio de los bienes, y para el caso que nos ocupa, hay que precisar que, “ ...bien es todo aquello que pueda ser susceptible de apropiación privada; por otra parte, desde el punto de vista económico, es todo aquello que es útil al hombre para satisfacer sus necesidades. No obstante, existen muchas cosas que son útiles para el hombre pero que no pueden ser sujetas de apropiación exclusiva o reducida a propiedad particular, por lo que están fuera del comercio y legalmente no se les puede considerar como bienes que sean objeto de derecho alguno.”²⁰³

En sentido inverso Luciano Parejo Alfonso expresa que: “para el derecho público es inservible el concepto jurídico - civil de cosa, puesto que en él los objetos no requieren el dato de la corporeidad (de ahí que en derecho administrativo el espacio aéreo, la electricidad, etcétera, sean cosas aun faltándoles la mensurabilidad en términos de apropiabilidad.”²⁰⁴ Opinión que es refutada por Carmen Chinchilla Maríán, en los siguientes términos: “...en primer lugar, por que no es cierto que bienes como la electricidad o las ondas hertzianas (energía radioeléctrica) estén desprovistos de “mensurabilidad en términos de apropiabilidad,” pues la electricidad es posible que sea acumulada, medida y enajenada; además, las ondas tienen unas cualidades físicas determinadas, se miden por su longitud y frecuencia y se inscriben en el Registro Internacional de Frecuencia de la UIT. En segundo lugar y por lo que se refiere a la apropiabilidad debemos recordar que el Derecho Civil contemporáneo, considera que un bien es apropiable si tiene aptitud plena para ser objeto de relaciones jurídicas, si se deja dominar y utilizar para satisfacer las necesidades humanas, quedando, por lo tanto, muy lejano el tiempo en que se sostenía el criterio de la tangibilidad manual de las cosas.”²⁰⁵

²⁰² Ruggiero, Renato, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Reus, 1929, p. 477.

²⁰³ Tapia Ramírez, Javier, *Introducción al derecho civil*, México, Mc Graw - Hill, 2002, p. 267.

²⁰⁴ Parejo Alfonso, Luciano, “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, RAP, 100-102, vol. 3, 1983, p. 2414.

²⁰⁵ Chinchilla Marín, Carmen, *op. cit.*, p. 118.

Lo cierto es que en atención de las especiales características de las ondas hertzianas considero que es posible aplicarle la teoría del metro cuadrado de Hauriou referente a los bienes demaniales, tales como: las orillas del mar, ríos, carreteras, etcétera., la que podemos adoptar a las energías para permitirnos tener una idea más clara de lo que se debe entender por la apropiabilidad de éstas. El punto de esta tesis radica en la afirmación de que con la imprescriptibilidad y la inalienabilidad de los bienes demaniales, se busca proteger al dominio público contra las usurpaciones parciales. Es cierto –afirma Hauriou- que el género entero de un determinado tipo de bienes demaniales no es susceptible de apropiación, pero sí lo es en ciertas porciones.²⁰⁶

Lo anterior no ocurre exactamente con los bienes que, como las ondas hertzianas, a primera vista son inmensurables e inapropiables. En cuanto a la transmisión de señales por una frecuencia no asignada cabe señalar que esto supone una conducta ilícita, y en segundo lugar, si la frecuencia en cuestión es la asignada a otro emisor, la privación a éste de su derecho legalmente reconocido a transmitir por esa frecuencia implica una conducta delictiva, en el ordenamiento jurídico mexicano, así el ejercicio de emisiones de radiodifusión sin haber obtenido la autorización es constitutivo de delito, tal y como se puede apreciar en la Ley Federal de Telecomunicaciones en su artículo 72, que dispone lo siguiente:

Las personas que presten servicios de telecomunicaciones sin contar con la concesión o el permiso a que se refieren los artículos 11 y 31 de esta ley, o que por cualquier otro medio invadan u obstruyan las vías generales de comunicación respectivas, perderán en beneficio de la Nación los bienes, instalaciones y equipos empleados en la comisión de dichas infracciones.

En razón de lo anterior es posible señalar que las ondas hertzianas reúnen las cualidades de utilidad, sustantividad o individualización y apropiabilidad, notas que considera la doctrina como características para considerar a la cosa bien en sentido jurídico.²⁰⁷ La utilidad de estas se constata al formar parte de la infraestructura de la actividad de radiodifusión, siendo un medio para satisfacer necesidades humanas. Son individualizables por tener una existencia separada en la naturaleza; por sus

²⁰⁶ Hauriou, M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 8.a ed, París, Sirey, 1914, pp. 663 y ss.

²⁰⁷ Castán Tobeñas, José, op. cit., pp. 574 y ss.

características físicas, longitud y frecuencia, son mensurables e inscribibles, una vez que han sido asignadas, en el Registro Internacional de Frecuencia de la UIT, y son susceptibles de apropiación, aunque no sean aprensibles materialmente.

Como se puede constatar, nada se opone a que se considere a las energías naturales y artificiales, entre las que se encuentra la radioeléctrica, como bienes muebles.

En este sentido, no debe quedar duda de que es posible calificar a las energías como bienes. Al respecto señala Castán: “es indudable que la energía eléctrica es perceptible a nuestros sentidos y susceptible de utilización económica; puede aislarse y recogerse en acumuladores, y todo esto es más que suficiente para considerarla como una cosa.”²⁰⁸

Así las cosas, la condición de bien mueble no se encuentra peleada con su zona de competencia demanial pues, como se sabe, objeto del dominio público pueden ser tanto los bienes muebles como los inmuebles²⁰⁹ e, incluso, como ha comentado recientemente algún autor, también los derechos reales de los que la administración es titular.²¹⁰

4. LA ESCASEZ DE LAS ONDAS HERTZIANAS

Existe el consenso en la doctrina para considerar que las ondas hertzianas son un bien escaso, habida cuenta de las limitaciones técnicas que caracterizan a estas. De las limitaciones tecnológicas, se deriva otra importante limitación: la económica.²¹¹ En efecto, el elevado costo de las instalaciones televisivas hace imposible el que todos puedan desarrollar esta actividad, aun y que no existieran limitaciones técnicas.²¹² De manera, que

²⁰⁸ *Idem.* Diez-Picazo, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, Tecnos, pp. 122-123, señala que las energías no son cosas en su sentido físico, pero en sentido jurídico, en el derecho por cosa se entiende “toda realidad del mundo exterior que posea una existencia material”.

Por otra parte, para Miguel Sánchez Morón: “La mayoría de los bienes de dominio público, por tradición, son bienes inmuebles. Pero nada excluye la posible demanialidad de otro tipo de bienes, muebles y propiedades incorpóreas, como se declara expresamente en otros ordenamientos”. *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, Madrid, Tecnos, p. 39.

²¹¹ Para Posner “Debe tenerse presente que la variante económica se encuentra presente en la mayoría de los derechos. Situación que se observa claramente en el cuestionamiento de la izquierda a las declaraciones de derechos consistente en que tales derechos son de corte burgués, o lo que es lo mismo limitados a las minorías. Por tal razón sobran argumentos para justificar el condicionamiento de la libertad de empresa, ya que esta históricamente se ha comprobado que a través de diversos procesos de acumulación de capital se crean empresas oligopólicas con los correspondientes perjuicios que esto le acarrea al mercado, con la relación de poder político y económico que estos procesos generan. De ahí, la necesidad de que en los derechos de libertad el Estado asuma una actitud de abstención, salvo en los casos en que la legislación señala lo contrario”.

²¹² Además de las limitaciones técnicas y económicas, se deben considerar las limitaciones que establece la ley de la oferta y la demanda. Al ser las ondas hertzianas un bien escaso, se puede desatar una auténtica lucha por obtener las

son limitantes técnicas y económicas las que imposibilitan el que todos puedan crear televisión. De esta forma, solo un limitado número de personas pueden crear televisión, razón por la que resulta complicado reconocerlo como un derecho de libertad.

Sin embargo, considerar válido el argumento de que crear televisión es derecho de unos cuantos, resulta poco contundente para que en base a dicho razonamiento se limite su dimensión subjetiva, o dicho de otra forma el que todos podamos tener acceso a desarrollar dicha actividad. Si la Constitución lo que hace es garantizar a toda persona el ejercicio de los derechos, así como las soluciones que se deriven de tal incumplimiento. No darle solución a tal conflicto es asumir que la libertad ejercida por unos cuantos deja de ser libertad y se convierte en un poder. En tal sentido, no se debe olvidar que los derechos de libertad son derechos frente al poder. Así “en el Estado social y democrático de derecho los derechos de libertad son susceptibles de reinterpretación bajo otras condiciones dogmáticas, pero el carácter subjetivo del derecho no tiene por que desaparecer, ni el sentido último de límite al poder que impregna la configuración liberal.”²¹³ Vinculado a lo anterior es posible señalar que el Estado social a diferencia del liberal si prevé instrumentos correctores ante las consecuencias que se generen por el hecho de que solo unos pocos pueden acceder a crear televisión²¹⁴, las que pueden consistir en habilitaciones públicas que tengan por finalidad promover la igualdad en dicha actividad, siempre y cuando el Estado asuma la obligación de establecer una normatividad que señala un proceso no arbitrario en la asignación de las frecuencias, además de considerar en todo momento el interés general de los ciudadanos, en caso contrario el Estado se convertiría en un fomentador del oligopolio en manos de los particulares, lo que es contrario a la libertad y transparencia que deben marcar esta actividad. La tendencia de los medios electrónicos orientada al oligopolio se centra en dos aspectos: el que niega el carácter subjetivo al derecho de crear emisoras de televisión, y el que busca hacer funcional tal derecho.

licencias de uso de dicho espectro. De esta forma, es posible englobar las limitaciones técnicas dentro de las económicas.

²¹³ Bastida J., Francisco, *op. cit.*, p. 157.

²¹⁴ En el caso de que el derecho a crear televisión solo sea derecho de unos cuantos, no se debe considerar que se esta en presencia de el argumento de la desigualdad social. La escasez de frecuencias de antemano limita en demasía a quienes pueden acceder a este derecho. El condicionamiento deriva del medio de difusión, y no de forma indirecta del desequilibrio social en el que el medio de difusión se inserta.

5. LAS ONDAS HERTZIANAS Y SU CONTROVERTIDO CARÁCTER DEMANIAL

Ha de reconocerse que para la doctrina administrativa no es nada fácil determinar la naturaleza jurídica de las ondas hertzianas, concretamente si son o no un bien de dominio público, esto debido a lo complicado que resulta adaptar a las ondas hertzianas en esta figura del derecho administrativo, (dominio público) debemos aceptar que el espacio radioeléctrico nació para ser encuadrada en otro tipo de bienes, máxime cuando se le aplica una concepción patrimonial al demanio.²¹⁵ Desde una perspectiva funcional la clasificación de espacio radioeléctrico como un bien de dominio público pudiera tener un sentido, más no se trata de que el Estado se apropie de algo que por principio de cuentas es inmaterial, y sirve como instrumento para ejercitar una libertad.

La referida construcción conceptual de las ondas radioeléctricas como un bien de dominio público tiene como sus exponentes a Parejo Gamir y Rodríguez Oliver: "...un conjunto de bienes lo que representa es un soporte jurídico de potestades; un título jurídico de intervención que lo que permite es que la administración titular este en posición jurídica hábil para disciplinar los conductos de quienes utilizan las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con el interés general."²¹⁶ En tanto que para Bastida J. Francisco, es posible aplicarle una concepción funcional a las ondas radioeléctricas como bienes de dominio público, en base a las siguientes consideraciones: "...como técnica de atribución de títulos causales de intervención del poder público administrativo y simultáneamente como régimen jurídico exorbitante, permite un abanico muy amplio de posibilidades de ordenación de la cosa pública. entre ellas puede contarse la calificación de demanio siempre que su disciplina sea compatible con la presencia de la libertad constitucional de antena."²¹⁷ De esta forma, pudiera ser que en la medida en que dicha clasificación del espacio radioeléctrico como un bien de dominio público no implique la desaparición del derecho a crear medios electrónicos de comunicación, además de que el régimen exorbitante que se derive de dicha clasificación permita una ordenación del ejercicio de la libertad de antena, en tal caso aquella clasificación y este régimen son totalmente admisibles. Lo que significa que el interés público nunca puede estar desligado, mucho menos enfrentado con los derechos fundamentales.

²¹⁵ Vease Chinchilla Marín, Carmen, *op. cit.*, p. 40.

En este orden de cosas se puede señalar que la energía electromagnética no es económicamente mensurable razón por la que a esta no se le asigna un valor de cambio en el mercado. Además sus peculiaridades físicas hacen que no sean adecuadas para el tráfico jurídico.²¹⁶ De modo, que los factores han contribuido a que no se le aplique a las ondas hertzianas una naturaleza de dominio público. Resulta evidente entonces pensar siquiera acerca de la inembargabilidad o inalienabilidad al ser imposible embargar las ondas hertzianas. Es obvio que no se puede embargar lo que no se ve, muchos menos pensar en un contrato de compra venta en el que el objeto fuera un bien de dicha naturaleza. Ahora bien, una vez concluido que no son un bien de dominio público, cabe preguntarse entonces cual es la naturaleza jurídica de dichas ondas, y en tal virtud bajo que título es posible gozar de su aprovechamiento. Ante lo cual se nos presenta la problemática de su titularidad, donde según el Código Civil Federal (art. 765 y 772) el derecho a gozar y disponer de un bien le corresponde a quien tenga el derecho de propiedad.

Si lo que se busca es darle funcionalidad a las ondas hertzianas, se debe partir de la consideración de la naturaleza jurídica de las ondas hertzianas, para lo cual se deben tomar en cuenta tres aspectos: su utilidad y necesidad para el ejercicio de determinados derechos fundamentales, la escasez de las mismas y por último su trascendencia para la comunidad interna y externa.

Dicho lo anterior, no se debe olvidar que las ondas hertzianas son las que marcan la diferencia entre los medios audiovisuales y la prensa, además de la televisión por cable. Lo que sucede es que particularmente en el caso de la prensa se observa que no es lo mismo cuando se trata de ejercer este derecho a través de otros medios como son la radio y la televisión.²¹⁹ En efecto, el derecho de comunicar libremente información a través de la

²¹⁶ R. Parejo Gamir y Rodríguez Oliver, José. María, *Lecciones de dominio público*, Madrid, ICAI, 1976, P. 8.

²¹⁷ Bastida J. Francisco, *op. cit.*, p. 166.

²¹⁸ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 348.

²¹⁹ Como se ha podido observar en el campo de las telecomunicaciones asistimos a un proceso de evolución mismo que tiene como consecuencia el acceso a nuevas técnicas de comunicación, algunas de las cuales no precisan del espectro radio eléctrico, por lo que para Tomás de la Quadra-Salcedo este fenómeno podría propiciar un cambio en el discurso audiovisual: "Pero ahora asistimos a una explosión de posibilidades, a una multiplicación de medios disponibles en todos los ámbitos –ondas hertzianas tradicionales, satélites, o cable, además de la aparición de técnicas digitales-. La pregunta que podemos hacernos consiste en si debe ser cambiado todo el discurso en materia de medios audiovisuales para acercarlo más al régimen propio de la prensa en cuanto a la cuestión de la intervención de los poderes públicos en la misma o si subsisten razones que explican un tratamiento diferenciado de los medios audiovisuales pese a la

radio y la televisión no entraña el de crear libremente los medios necesarios para ello, en base al razonamiento anterior el Tribunal Constitucional español señaló:

No hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible. Más si el principio general de nuestro ordenamiento jurídico-político es el derecho de crear soportes o instrumentos de comunicación, este derecho, lo mismo es considerado en general que considerado como derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos o soportes, presenta indudables límites. Se encuentra entre ellos la necesidad de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por parte de los demás ciudadanos, de manera que la creación de un medio o soporte de difusión no debe impedir la creación de otros iguales o similares. Así la fundación de un periódico no impide obviamente la existencia de todos los demás periódicos posibles, pero no ocurre lo mismo cuando el medio de reproducción que se crea tiene que servirse de bienes que ofrecen posibilidades limitadas de utilización. Cuando los bienes que se utilizan en un medio de reproducción pertenecen a esta última categoría, su grado de escasez natural o tecnológica, determina una tendencia oligopolística que condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar, el “statu quo” jurídico y político del medio y en definitiva el derecho mismo a una difusión e información libres.²²⁰

Muy importante es también el aspecto de la planificación internacional a la que se deben someter estas. El concepto de fronteras no es operativo en el ámbito de los medios electrónicos de comunicaciones, dado que es inevitable la posibilidad de que las emisiones realizadas en un determinado país sean captadas en países vecinos. En tal caso en aras de evitar interferencias se requiere una ordenación internacional del uso de las ondas.²²¹ En el derecho internacional se encuentra la UIT que es la que se encarga de llevar a cabo el reparto de frecuencias entre Estados miembros, para que estos a su vez, los asignen a las diversas emisoras que operan en sus territorios.

multiplicación de posibilidades que han aparecido”. *El régimen jurídico del audiovisual*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 14.

²²⁰ STC 12/1982, 31 de marzo. Por lo que podemos apreciar la insistencia del Alto Tribunal Español respecto a la escasez de las ondas hertzianas.

²²¹ Sánchez Blanco, A., *La afectación de bienes al dominio público*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1979, pp. 21-30. el autor hace énfasis en el carácter económico-organizativo de la afectación de bienes al dominio público, destacando respecto del segundo las implicaciones organizativas a nivel internacional.

De lo anterior es posible deducir que las ondas hertzianas no son bienes de titularidad privada, por tratarse de un medio que permite el ejercicio de derechos fundamentales, que es escaso y tiene alcances internacionales, esto sin importar que es energía producida por aparatos de propiedad privada.

Y por supuesto que lo verdaderamente importante a tener presente en este punto es que el carácter demanial se da en el espacio aéreo, más no en las ondas hertzianas, por lo tanto, estas sólo vienen a constituir el elemento indispensable por medio del cual operan la radio y la televisión. Sin embargo, al día de hoy un reducido sector de la doctrina aun persiste en considerar que las ondas hertzianas son un bien de dominio público.²²²

6. DE LA TECNOLOGÍA ANALÓGICA A LA DIGITAL

No cabe duda que la transición de la tecnología analógica a la digital representa el avance más importante en el campo de las comunicaciones electrónicas de los últimos tiempos. En lo que a la conversión se refiere, de emisiones de voz (teléfono), audio (radio) y video con audio asociado (televisión) a señales electromagnéticas de tipo digital para ser transmitidas por redes de telecomunicación o de radiodifusión vienen a representar un enorme desarrollo respecto de la tecnología analógica. De este modo, la señal digital puede ser comprimida, procesada con tecnologías de tipo informático, para posteriormente ser almacenada. De este modo, la tecnología digital habrá de redundar en una mayor eficiencia, flexibilidad, innovación y servicios de mejor calidad.

Por consiguiente, las ganancias y ahorros obtenidos en base a esta nueva tecnología serán cuantiosos. Dicho esto, lo cierto es que el desarrollo tecnológico en el campo de la radiodifusión hace posible que en el espacio aéreo en donde antes sólo era posible difundir un canal de televisión, quepan ahora tres o seis canales de televisión digital por la misma línea de transmisión donde en el pasado sólo podía ser transmitida una, lo que permite enormes posibilidades de desarrollo a las comunicaciones

²²² Para los siguientes autores las ondas hertzianas si pueden considerarse un bien de dominio público. Sánchez Blanco, A., La afectación..., *op. cit.*, Soria, Carlos., *Orígenes del derecho de la radiodifusión* en España, Pamplona, Navarra, 1974, pp. 71-132.

En Francia se han mostrado partidarios de incluir a las ondas hertzianas en el dominio público Auby, J. M., y Ducos, R., *Droit administratif*, pp. 275-276, De Laubadere, A., *Traité de Droit Administratif*, París, LGDP, 1978, pp. 275-276, y Waline, Marcel., *Précis de droit administratif*, vol. 2º, París, Montchrestien, 1970, pp. 139-140.

electrónicas²²³. De ahí que compartamos la idea de César Emiliano Hernández Ochoa en la defensa de la tecnología digital como una herramienta indispensable para que “...las diferentes señales digitalizadas puedan ser almacenadas fácilmente, los servicios adquieren dimensiones y funcionalidades diferentes: la pieza musical que transmite la estación de radio y el programa de televisión pueden grabarse y reproducirse cuando el usuario lo desee, a la velocidad que el usuario lo desee, saltándose –si así lo desea el usuario- las partes de la transmisión que no considere atractivas (por ejemplo, los anuncios comerciales).”²²⁴

Sin embargo, la situación que se acaba de describir no ha estado exenta de críticas, dado que al no estar correctamente regulado dicho esquema se estará en el supuesto de otorgar de manera gratuita frecuencias del espectro radioeléctrico, además de la poca viabilidad que tendría el empleo de dicha tecnología para el usuario. El alto costo que representaría para estos el adquirir televisiones digitales, sin suponer que para una gran cantidad de usuarios el adquirir una televisión con estas características sería inimaginable, como señala Reed Hundt, “Los estadounidenses no van a tirar a la basura sus 200 millones de televisiones analógicas... Ni las televisiones digitales van a remplazar a las televisiones analógicas -no al costo de varios miles de dólares por aparato- para ver exactamente los mismos programas disponibles en las televisiones existentes, aunque con una mayor nitidez.”²²⁵

Situados en estos términos, es necesario señalar que el cambio de la tecnología analógica a la digital se llevo a cabo en México sobre la asignación sin costo alguno de canales adicionales para la transmisión de señales digitales. Así las cosas el Acuerdo Secretarial de Julio de 2004 establecía lo siguiente:

...para aprovechar el potencial de la televisión digital terrestre y dadas las características y especificaciones técnicas de los estándares de televisión digital terrestre, es indispensable la asignación de un canal adicional para llevar a cabo las transmisiones simultaneas con señales analógicas y digitales, en virtud de que,

²²³ Al respecto consideramos que las ventajas que presenta la tecnología digital en el campo de las comunicaciones son idóneas para la reducción de costos, como consecuencia de una utilización más adecuada de sus mecanismos de transmisión, lo que a su vez permite mayores ingresos al realizarse la prestación de nuevos servicios sobre la misma infraestructura.

²²⁴ Hernández Ochoa, César Emiliano, “De la tecnología analógica a la digital”, en *Reforma de medios electrónicos ¿Avances o retrocesos?*, México, UNAM, 2007, p. 138.

conforme a estudios realizados de los tres estándares de televisión digital disponibles en el mundo, las transmisiones digitales no se pueden realizar en el mismo canal por el que actualmente se transmiten las señales de televisión analógica.²²⁶

Nótese como el acuerdo transcrito es omiso en el establecimiento de razones para la gratuidad de canales adicionales, así como también en el evitar dar explicaciones del por que las transmisiones de televisión digital hubieren tenido que realizarse en el mismo canal de televisión analógica.

El artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión se encargo de eliminar las posibilidades de la tecnología digital para los permisionarios (estaciones culturales, educativas, estatales, comunitarias, que no persiguen fines de lucro) al no poder ofrecer estos servicios adicionales en sus frecuencias, lo que de entrada ya es grave, al limitar dicho acuerdo la adquisición de nuevos servicios a los concesionarios actuales, otorgándoles la posibilidad de utilizar como estos quisieran el espacio adicional que se presentara en cada frecuencia, especialmente en el caso de la televisión. Siendo únicamente necesario notificar a la autoridad administrativa para que las televisoras tuviesen la posibilidad de difundir, en esas mismas frecuencias servicios de telefonía e

²²⁵ *Ibidem*, p. 142.

²²⁶ De esta forma, por cada canal de televisión de los que ya existen actualmente las televisoras continuaran transmitiendo en formato analógico tal como lo han venido haciendo hasta ahora, en tanto que por la otra frecuencia la transmisión digital, permite conducir imágenes de mucho mayor calidad y además añadir otras señales dentro del mismo espacio. Lo que se pretendía era que a fines de 2021 todos los canales de televisión abierta hubieran transitado hacia la televisión digital, y por ende se le devolviera el canal adicional al Estado. No obstante ni la Ley ni el acuerdo hacían referencia a los procedimientos por medio de los cuales los concesionarios pasarían a devolver la frecuencia adicional. Así las cosas, el sentido de las legislaciones en la materia es consolidar el poder de los actuales concesionarios de radio y televisión, para lo cual estos buscan por medio de la legislación asumirse como propietarios del espectro radioeléctrico. Como puede apreciarse: “La interacción entre política y medios de comunicación es tan evidente como intensa en nuestros días. Unos y otros, se complementan e incluso llegan a sustituirse. Los espacios privilegiados de los partidos y los dirigentes políticos para el proselitismo y el afianzamiento de sus posiciones en las sociedades modernas, son sin lugar a dudas los medios de comunicación”. Delarble Trejo, Raúl, *Mediocracia sin mediaciones*, México, Cal y Arena, 2002, p. 21. Adriana Berrueco García, por su parte afirma contundentemente “...que el Subsistema de los concesionarios irritó al Sistema Jurídico alterándole sus reglas de operación por que en esta ley no se buscó establecer normas justas para los intereses de los espectadores u oyentes, únicamente se protegieron las ganancias de los concesionarios ya que al usar la frase de “un prudente equilibrio entre el anuncio comercial y el conjunto de la programación”, se deja al libre albedrío de los radiodifusores la cantidad de espacio destinado a la publicidad, el cual en los hechos es sumamente amplia, incluso llego a ser hasta el 50% de un programa, y con ello se pierde en muchas ocasiones el normal desarrollo de la trama; habría que considerar que las personas buscan en las emisiones información o entretenimiento, no publicidad . Con la disposición tan laxa que establece la Ley los únicos beneficiados han sido los cocnesioanrios de radio y TV, quienes han conseguido que sus ganancias aumenten sin ningún freno legal, por conducto de la inserción de publicidad en su programación”. Berrueco García, Adriana, *La normatividad jurídica de los medios de comunicación en México en las postrimerías del segundo milenio (1994 – 2000)*, México, Escuela Nacional de Estudios Profesionales ACATLAN, 2002, P. 44. Por nuestra parte nosotros aventuramos a decir que en la medida que nos ubiquemos en una economía de mercado, los medios de comunicación serán considerados únicamente como negocios, además de fuertes empresas con expresiones ideológicas y políticas. Es por eso que los intereses de la sociedad se encuentran muchas de las veces en conflicto con el interés de los propietarios. Con toda razón se les considera a los defensores del liberalismo económico seres insensibles con severos prejuicios a entender la función social del Estado.

internet, pero por fortuna la Corte determinó que dicho artículo es inconstitucional toda vez que vulnera seis preceptos de nuestra norma suprema: la libertad de expresión, la igualdad, la rectoría económica del Estado sobre los bienes públicos, la utilización social de los medios de comunicación y la prohibición de los monopolios.²²⁷

Así las cosas, en la sesión del 5 de junio, el ministro Genaro Góngora Pimentel expuso sus argumentos en base a los cuales fundamentaba sus razones para votar en favor de la inconstitucionalidad del artículo 28, entre las que destacaba la "...renuncia del Estado al espacio radioeléctrico necesario para concretar los derechos fundamentales de expresión, información y prensa, a través de un acuerdo secretarial y su elevación a rango legal en el artículo 28 impugnado, es inconcebible en una democracia".

No obstante, no hay duda de que el futuro de las comunicaciones se encuentra en la tecnología digital. Las ventajas que presenta esta son irrefutables, y sin duda más temprano que tarde se irán incorporando a la industria de las comunicaciones. Pero desafortunadamente los desafíos que establece este tipo de tecnología no se encuentran regulados correctamente en este momento en nuestra legislación. Si esto fuera así, sería necesario establecer ciertos parámetros regulativos para la prestación de este tipo de servicios, tomando en consideración aspectos tales como: que son los servicios asociados de tecnología digital, establecer reglas claras para la utilización de este tipo de servicios donde se atienda prioritariamente el interés general, además de regular aquellos servicios que no implican un pago por parte del usuario por alguno de los servicios: consulta de una guía de programación, respecto de aquellos que si requieren un pago por ejemplo una película. En este sentido Estados Unidos²²⁸ dispuso que los operadores de este tipo de servicios debían de pagar el equivalente al 5 % de los ingresos brutos generados por dichos servicios. Considerando que la prestación de este tipo de servicios asociados a la televisión digital forma parte de la convergencia sería conveniente que se establecieran criterios técnicos, jurídicos y administrativos que permitan implementar y desarrollar los beneficios que traería para los usuarios televidentes este tipo de tecnología digital. Por

²²⁷ El ministro Anguiano se expuso en los siguientes términos sobre las reformas de 2006: "Se esta privando al Estado de la rectoría para planear una eficiente y eficaz administración del espectro radioeléctrico a corto, mediano, largo plazo, al permitirse que, a pesar de constituir un bien del dominio público escaso, su uso sea determinado mediante las peticiones formuladas por los concesionarios".

todo lo anterior, se puede considerar que la digitalización de las señales pudiera permitir que en esos seis MHz se difundieran diversos canales de televisión, no necesariamente de alta definición. Desafortunadamente el gobierno de México decidió todo lo contrario, y opto porque sigamos teniendo las mismas opciones que hasta la fecha han existido en la televisión, solamente que ahora serán en televisión digital, todo esto en vez de incentivar el pluralismo informativo.

7. LA TEORÍA DE LA DEMANIALIDAD

A) Concepto

Por Bienes públicos entiendo al conjunto de bienes propiedad del Estado, así como los que se encuentran afectados al servicio público,²²⁹ estos pueden ser muebles e inmuebles, y se encuentran sujetos a un régimen jurídico exorbitante del derecho común.²³⁰

²²⁸ Es conveniente señalar que México adopto el sistema Americano en razón de la vecindad geográfica y la integración comercial, lo que hace que resulte cómodo y practico para las empresas y los usuarios acceder a equipos de televisión que empleen la misma tecnología que la Americana.

²²⁹ La doctrina suele asociar al dominio público con el servicio público, como si se tratase de nociones próximas o semejantes. Para Francisco José Villar Rojas, el "...paralelismo se mantiene en la evolución expansiva común sufrida a lo largo del tiempo por el dominio y el servicio público. Ambos conceptos, de una parte, se aplican a cada vez mayor número de áreas y, de otra, se utilizan conjuntamente como base para la aplicación del poder público". Villar Rojas, José Francisco, *Privatización de servicios públicos*, Madrid, Tecnos, p. 18. Para J. Bastida Francisco: La influencia entre los conceptos de servicio público y demanio público es mutua, de suerte que no es difícil encontrar elaboraciones doctrinales en las que la unión del dominio público con el interés general aparezca inexorablemente abocada al nacimiento del servicio público virtual", *op. cit.*, p. 167. En tanto para Héctor Jorge Escola, "El dominio público, en su idea más general, se halla constituido por un conjunto de cosas o de bienes, mientras que el servicio público aparece como una actividad directa o indirecta de la administración pública". *op. cit.*, p. 1040. Pero para José Luis Villar Palasi, estos conceptos –servicio público, obra pública y dominio público-, "Eran técnicas de mutuo apoyo e igual cobertura", Villar Palasi, José Luis, *op. cit.*, p. 147-150. Para Jorge Fernández Ruiz, el dominio público más que ser conjunto de bienes, es la potestad de imperio a un régimen de derecho público, en el que, "...el Estado ejerce sobre un conjunto de bienes en razón de su naturaleza intrínseca, como en el caso del espacio aéreo, o bien, a consecuencia de una actividad humana, por determinación de la ley, en aras del interés público, como en el caso de una carretera. Desde luego, los bienes sujetos al dominio público son inalienables, imprescriptibles y están fuera del comercio". Fernández Ruiz, Jorge, "Comentarios a la LFRT", en *Reforma de medios electrónicos ¿avances o retrocesos?*, México, UNAM, 2007, p. 57.

De igual forma es posible vincular también al dominio público con la obra pública, pero la diferencia se manifiesta en que si bien es cierto que toda obra pública forma parte del dominio público, no todo dominio público se considera obra pública, lo que se comprende al considerar que no todo el dominio público es consecuencia del esfuerzo del hombre, ya que en ciertos casos el dominio público es fruto de la naturaleza, y en tal caso la mano del hombre no tiene nada que ver. Ejemplo de lo anterior es el espacio aéreo que pese a ser parte del dominio público este no se formo en base al esfuerzo del hombre, sino que ya vino de forma natural de la naturaleza, en tal caso el esfuerzo del hombre en este caso solo sirve para que por medio de los avances de la técnica se pueda afectar dicho bien a un servicio público en aras de dar satisfacción a las necesidades públicas.

²³⁰ Para la doctrina el concepto de dominio público tiene su origen en la obra de Proudhon, en su *Traité de domaine public*. Escola, Héctor Jorge, *op. cit.*, p. 1038 y Rojas Franco, Enrique, *Derecho administrativo de Costa Rica*, México, Porrúa, 2006, p. 409.

Es importante hacer notar que el dominio público es propio e inherente al derecho público, específicamente al derecho administrativo; por lo que se encuentra regulado por un régimen exorbitante del derecho privado. En tal sentido su utilidad se justifica por el hecho de que la vida en comunidad sería muy difícil sin la presencia de estos bienes, dado que por ser públicos son propiedad de todos y por tanto todo mundo puede hacer uso de ellos de forma directa o en todo caso se encuentran sujetos a la satisfacción de necesidades de interés general. Así para Héctor Jorge Escola: “El estudio del dominio público tiene, por ende una trascendencia que no puede desconocerse, máxime cuando en el actual Estado social de derecho, la multiplicación de la actividad del Estado procura la obtención de finalidades que se orientan al logro del bienestar general, que en el preámbulo de nuestra constitución nacional establece como principio rector de nuestra organización política.”²³¹

B) Elementos

Es prácticamente unánime en la doctrina considerar que son cuatro los elementos que concurren para integrar el concepto y la naturaleza jurídica de los bienes de dominio público, los cuales son:

a) El sujeto a quien pertenece el bien

Los bienes de dominio público como su nombre lo indica pertenecen al público, por tanto forman parte de una entidad estatal, dado que en ningún momento los bienes públicos pueden ser parte del dominio de los particulares, ni siquiera cuando se trate de concesionarios de servicios públicos.²³²

Los titulares de dichos bienes deben ser personas públicas estatales, que formen parte de la Administración Pública Federal, ya sea centralizada o descentralizada. Es por esto que se admite que nadie puede apropiarse de los bienes públicos.

b) Tipos de bienes que integran el dominio público

Estos son por lo general inmuebles, lo que no obsta que determinados bienes muebles puedan formar parte del dominio público. Ejemplo: colecciones de museos,

²³¹ Comadira, Rodolfo Julio y Escola, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino*, México, Porrúa, 2006, p. 1040.

bibliotecas.²³³ Por lo que hace a los inmuebles estos comprenden no sólo superficie, sino también espacio aéreo que los cubre y el subsuelo.

c) Finalidad o destino del bien

La finalidad del bien, se desprende del destino que tienen estos, el cual puede ser al uso público directo o indirecto, pero siempre en aras de satisfacer el interés público. No perdamos de vista que dichos bienes por ser públicos, pertenecen a todos los integrantes de la polis.

d) La ley

El elemento legal señala que el dominio público es una creación de la ley, por tanto, de la voluntad del legislador, es muy necesaria en la determinación de considerar cierto bien como de dominio público, su correspondiente régimen jurídico exorbitante del derecho común al cual se sujeta dicho bien. Es pues, la ley la que se encargara de definir el carácter público de los bienes, lo que no es obstáculo para considerar que el dominio público es un instituto de derecho público, y sometido por tanto a un régimen de este tipo.²³⁴

C) Caracteres jurídicos

Estos caracteres jurídicos se encuentran sometidos a un régimen de derecho público, consagrados en textos normativos que se han ido afianzando a través de la elaboración jurisprudencial y doctrinal. Dicho régimen es el resultado del carácter de indisponibilidad de los bienes, como consecuencia del uso al que estos se encuentran destinados. De ahí que se señale que estos bienes son: inalienables, imprescriptibles e inembargables, y su utilización se encuentra sujeta a un régimen exorbitante del derecho común.

a) Inalienable

²³² De Laubadère, A, *op. cit.*, P. 738 “Claro que si los bienes que utiliza el concesionario pertenecen a la entidad pública concedente, pueden ser dominiales”.

²³³ Para Héctor Jorge Escola, los objetos inmateriales también integran el dominio público, entre los que se pueden observar: “el espacio aéreo o la fuerza hidráulica de un río, y los derechos, como la servidumbre pública de sirga, o los derechos intelectuales, cuando dejan de pertenecer al autor por aplicación de la ley respectiva, también pueden concurrir a la composición del dominio público.” *op. cit.*, p. 1048.

²³⁴ Para Francisco J. Bastida, es muy claro: “que no hay un dominio público natural. La declaración de dominio público ha de hacerse por ley”, *op. cit.*, p. 165.

Los bienes de dominio público como ya se ha señalado son propiedad de todos, y por tanto del Estado, por estar destinados al uso público, razón por la cual mientras ese destino subsista no pueden ser enajenados, lo que significa que quedan fuera del comercio.

Sin embargo, la inalienabilidad no es absoluta. Dado que estos emanan de la ley, por medio de una disposición normativa estos pueden ser enajenados, en la medida en que la naturaleza de tales bienes lo haga necesario.

Por eso para Enrique Sayagues Laso, una consecuencia de la inalienabilidad es que "...no pueden ser hipotecados, ni gravados con servidumbre u otros derechos reales, ni ser objeto de expropiación. Los actos realizados en violación de esas reglas serán inválidos."²³⁵

b) Imprescriptible

La imprescriptibilidad hace referencia a la inalienabilidad, y refiere la imposibilidad de que estos puedan ser adquiridos por prescripción adquisitiva. Al estar dichos bienes fuera del comercio no puede ejercerse sobre ellos ningún tipo de posesión. La imprescriptibilidad refiere solo a los bienes de dominio público. Además como consecuencia de la imprescriptibilidad e inalienables son también inembargables.

8. CLASES DE DOMINIO PÚBLICO

En razón de sus componentes, forma y materia, los bienes públicos se clasifican en: terrestres, marítimos y aéreos, pese a lo anterior dicha clasificación no es de estricta aplicación para todos los casos.

A) Dominio público terrestre

Esta clase de dominio público se refiere a los bienes inmuebles que son propiedad del poder público, y por tanto se encuentran afectados al uso público de la comunidad.

Entre estos destacan: calles, parques, plazas, etc, mismos que vienen a ser vías generales de comunicación, razón por la cual se encuentran afectados a un uso público.

²³⁵ Laso Sayagues, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, México. Cárdenas Editores, p. 263-264.

Además también se considera parte del dominio público terrestre, las casas de gobierno, los edificios legislativos, escuelas públicas, hospitales públicos, las penitenciarias, monumentos históricos, ruinas, yacimientos arqueológicos, etc.

B. Domino público marítimo

Este se encuentra integrado por elementos líquidos, o por los bienes en los que dicho elemento juegue un papel de primer orden, además de reunir las condiciones necesarias para ser considerado un bien público. Ejemplo de lo anterior son: los mares, los ríos, las lagunas, las islas, etc.

C. El dominio público aéreo

El dominio del espacio aéreo corresponde única y exclusivamente al Estado, y sobre este el poder público se encargara de ejercer todos los derechos y poderes que le sean aplicables al dominio público, además de los inherentes a la soberanía. Este tipo de dominio público a últimas fechas a cobrado enorme importancia, en razón del desarrollo de la radionavegación, las radiocomunicaciones, así como de toda forma que surja del desarrollo científico y tecnológico, que le habrá de imponer al Estado ciertas obligaciones consistentes en regular correctamente el aprovechamiento de este tipo de bien, en aras del interés público.

En base a lo anterior es imposible que la energía electromagnética se ajuste a la teoría jurídica del dominio público, lo que no incluye al espacio aéreo que si pertenece al dominio público. De esta forma dominio público y servicio público son fruto de la elaboración de la jurisprudencia y la doctrina francesa.²³⁶

Sin embargo, en cuanto bien que son es lógico encuadrarlos dentro del instituto que en Derecho Administrativo les corresponde a ellos, lo que significa que deben ser considerados bienes de dominio público. Si se acepta que las ondas electromagnéticas forman parte del dominio público estatal su inclusión en la categoría de referencia dará

²³⁶ Pese a la relación tan estrecha que existe entre ondas radioeléctricas y servicio público, no es posible darle la clasificación de dominio público natural. La declaración de servicio público es por disposición de la ley. En similar sentido J. M. Salas Arquer, *La desafectación de los bienes de dominio público*, México, INAP, 1980, p. 17. Este es participe de la idea de que la teoría del dominio público podría sin inconveniente desaparecer de nuestro derecho.

lugar a la crisis del concepto aludido. Quedo claro que las ondas no les es posible reunir todas las características necesarias para ser consideradas parte del dominio público. No obstante, Duguit ya nos había advertido que era equivoco creer que todas las cosas que integran el demanio se encuentran en la misma situación, sometidas a las mismas reglas. Por eso el autor propuso la conocida “escala de la demanialidad”, según la naturaleza de la cosa, la categoría del servicio, el modo de afectación o de empleo, la demanialidad, el régimen jurídico y también las reglas que se le aplican serán diferentes. Hechas estas salvedades, acaso se pueda salvar la tesis de la demanialidad de las ondas.

En nuestro ordenamiento jurídico los bienes de dominio público, son meramente ejemplificativos. Lo que significa que existen otros bienes demaniales, además de los expresamente calificados por las leyes. Si no fuese posible hablar de dominio público fuera de los casos contemplados por la ley, la cuestión de si un bien forma o no parte de aquél quedaría resuelta al constatar si existe o no, en el ordenamiento jurídico, una ley que así lo disponga. Pero los bienes de dominio público no constituyen un numero limitado.²³⁷ En lo que respecta a nuestro ordenamiento constitucional, el artículo 27, fracción III, de la Constitución, es muy claro al señalar que se encuentra la puerta abierta a la inclusión de nuevos bienes públicos si así lo amerita la situación.

Lo que el legislador ha querido señalar es que no todo bien de dominio público, para ser entendido como tal, debe ser calificado expresa y tajantemente por la ley, a la manera en que lo ha hecho la Constitución respecto del mar territorial y las playas, y el Código Civil Federal en su artículo 765 y 770 con los bienes destinados a servicio público y los pertenecientes a la federación. Cuando la Constitución señale que son bienes de dominio público los que determine la ley, se está señalando que son bienes públicos los que la ley señale como tal, es decir, aquellos que cubran todos los requisitos que la legislación vigente en la materia establezca como determinantes de esta condición. En este sentido el Código Civil Federal en su artículo 770 y la Ley de Bienes Nacionales art. 1 señala que los bienes demaniales son aquellos que se encuentran destinados al uso común o a los servicios públicos.²³⁸ En consecuencia, la afectación es el criterio

²³⁷ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 496 y ss.

²³⁸ González Navarro, Francisco, *Televisión pública y televisión privada*, Madrid, Civitas, 1982, p. 299, señala que a propósito de la stc 12/1982 de 31 de marzo, en la que afirma que “la emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien que ha de ser calificado como de dominio público...”, el autor español sostiene que la condición de un bien de dominio público se adquiere en virtud de la Constitución o en

determinante de un bien demanial. La finalidad del bien a la satisfacción de necesidades generales es la esencia de esta institución.²³⁹

Uno de los bienes que en virtud de su afectación parte de la doctrina considera de dominio público es el espacio aéreo, respecto del cual caben diversas utilidades públicas que van desde el uso común por todos hasta la afectación del mismo a un servicio como es el de la navegación aérea. Conviene detenerse por un momento en su estudio, ya que muy a menudo no se hace la distinción entre aquél (espacio aéreo) y las ondas hertzianas o, distinguiéndolos, se les atribuye idéntica naturaleza.

Según lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de Aviación Civil de 1995, el espacio aéreo situado sobre el territorio nacional se encuentra sujeto al dominio público de la nación. Por el contrario, el que se encuentra sobre alta mar y el espacio extra-atmosférico queda fuera de la soberanía de los Estados y se rigen por el principio de la libertad. Además su utilización se encuentra sujeta a una importante intervención estatal que procura protegerlo y conservarlo frente a eventuales deterioros que pueda sufrir por causa de la contaminación industrial, acústica, la urbanización, etcétera, por otro lado, se ordena su uso para fines específicos, como es el de la navegación aérea. Esto explica y justifica la importancia que le otorgan al espacio aéreo la doctrina nacional y extranjera.²⁴⁰

virtud de la ley y que, como consecuencia de ello, no puede decirse que el espacio aéreo sea un bien de dominio público porque ni la Constitución ni ninguna ley le han conferido tal naturaleza.

²³⁹ García de Enterría, Eduardo, "La imprescriptibilidad del dominio público", RAP, 13, 1954, P. 20, señala: "la afectación es el criterio central del dominio público. Rigurosamente, la afectación o publicatio explica, justifica y mide el conjunto íntegro de las particularidades dogmáticas del dominio público y, entre ellas, las fundamentales de su inalienabilidad e imprescriptibilidad". En igual sentido, Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, *op. cit.*, p. 487, señala: "la afectación es la medula del criterio para la determinación del dominio público", Clavero Arévalo, Manuel, "La inalienabilidad del dominio público", RAP, 25, 1958, p. 61; todas las causas que pueden implicar la pérdida o adquisición del carácter de dominio público pueden reconducirse a una sola, la afectación o desafectación". También García Oviedo, Carlos., y Martínez Useros, E., Derecho administrativo, t. II, 5ª edición, Madrid, EISA, 1968, P. 487, y Sánchez Blanco, *op. cit.*, p. 12.

²⁴⁰ Entre la doctrina francesa Duguit, León, *op. cit.*, p. 355: "No ésta lejos el momento en el que cierta extensión del aire atmosférico será sometido a la intervención del Estado para garantizar su libre uso y habrá, por tanto, verdaderas dependencias aéreas del dominio público", también A. De Laubadere, Traitté, *op. cit.*, p. 128; Auby, J.M., Ducos, R., *Droit Administratif*, cit, pp. 275-276. En nuestro país Fernández Ruiz, *op. cit.*, p. 44. En España Garrido Falla, Fernando, *op. cit.*, p. 520, para quien "el carácter demanial del espacio aéreo tiene entre nosotros un aceptable fundamento positivo, como se desprende de las siguientes consideraciones: 1) el Gobierno dispone de un poder de regulación del tráfico aéreo, sustancialmente análogo al que tiene para regular el tránsito por las vías de comunicación terrestre; 2) el destino al uso público que legalmente se configura parece incompatible con la idea de propiedad privada; 3) se prescribe la obligación de los "dueños de bienes subyacentes de soportar la navegación aérea, aunque reconociendo el derecho a indemnización por los daños y perjuicios que le cause". Para Villar Palasi, José Luis, *Apuntes de derecho administrativo* 2º, Madrid, 1968-1969, p. 26: "en el caso del espacio aéreo confluyen soberanías como título político y demanio como título administrativo de intervención". Según Sánchez Blanco, Ángel, *op. cit.*, p. 471, "la consideración de factor esencial para la vida y la concurrencia de su carácter limitado, unido al deterioro que ha sufrido contribuye a justificar la declaración del aire como bien demanial. Esta declaración viene exigida por la inoperatividad que ha demostrado la técnica de las limitaciones administrativas como técnica sustitutoria de la declaración demanial, en el periodo de vigencia

Observado lo anterior, es posible afirmar que para que haya demanialidad pública necesariamente se requiere que las propiedades administrativas se encuentren afectadas y destinadas a la utilidad pública.

Vista la afectación del espacio aéreo al servicio público de radio y televisión y habida cuenta del régimen jurídico demanial al que se encuentra sujeto, considero que ni siquiera la ausencia de calificación legal sería insuperable para mantener su carácter de bien de dominio público, por las siguientes razones: primero por que puede entenderse que por su peculiar naturaleza los distintos momentos de adquisición por el Estado e incorporación al demanio son simultáneos. Así se puede considerar que se trata de un bien que no es necesario que el Estado posea, dado que al estar destinado a un servicio público le pertenece sin más. En segundo lugar, porque el demanio “ni impone ni excluye el vínculo de la apropiación o pertenecía privativa,”²⁴¹ sino que se está en presencia de un título jurídico de intervención,²⁴² un soporte jurídico de potestades, en virtud del cual la Administración regula y ordena la utilización y aprovechamiento de unos bienes al cumplimiento de una finalidad de interés público.²⁴³ De la misma manera que existen grados de exorbitancia respecto del régimen jurídico aplicable a estos bienes, hay también una escala de los títulos de intervención sobre aquellos. En el grado máximo tenemos a la propiedad, pero ello no significa que sea el único título legitimador de la demanialidad.

No se olvide que el dominio público es un régimen ordenador del uso de determinados bienes que sirven al interés público. Es un título que confiere a la Administración la potestad de reglamentar su utilización y disponer de ellos de forma tal

del Reglamento de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, así como la escasa virtualidad demostrada por la ley de protección del Medio Ambiente”.

²⁴¹ Martínez Useros, E., “Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público”, en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*, vol. I, Sevilla, 1954, pp. 162-163.

²⁴² Villar Palasí, José Luis, *op. cit.*, p. 26.

²⁴³ Entre otros autores tenemos: Leguina Villa, J., “Propiedad privada y servidumbre de uso público en las riberas del mar”, *RAP*, 65, 1971, Sánchez Blanco, A, *op. cit.*, p. 15.

que cumplan el fin al que se encuentran destinados y se usen racionalmente.²⁴⁴ El espacio aéreo por el que se propagan las ondas hertzianas como se ha visto forma parte del dominio público del Estado por ser esta la mejor forma para asegurar una utilización más racional y adecuada de las mismas.

²⁴⁴ De Laubadere, A., *Traité...*, *op. cit.*, p. 120 y ss., se refirió a “la meilleure utilisation”, haciendo referencia a la más racional y económica.

CAPITULO IV

LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIO PÚBLICO

La concesión administrativa de servicio pública es una técnica de carácter administrativo por medio de la cual el Estado esta en posibilidad de satisfacer necesidades generales con la colaboración de los particulares. La concesión implica un poder de obrar que deriva del Estado, representado por la administración concedente, por medio de la cual el concesionario (un particular) adquiere un derecho, bajo la garantía contractual del equilibrio económico financiero, siendo el concesionario remunerado por la prestación del servicio.²⁴⁵ Una vez claramente comprendido este concepto debe quedar muy claro que la técnica administrativa de la concesión de servicio público, se encuentra fuertemente ligada al concepto “servicio público”. Por eso, nos parece que no se debe olvidar que el servicio público aunque concedido, en lo que respecta a su prestación, no deja de ser entendido como tal.

Por el inestimable valor que posee la teoría del equilibrio económico financiero, me permitiré citar la excelente definición de Marcel Waline: “...la relación establecida por las propias partes contratantes en el momento de la conclusión del contrato, entre un conjunto de derechos del contratado y un conjunto de encargos de éste, que parecieron equivalentes, de ahí el nombre de ecuación; desde entonces esta equivalencia no se puede alterar más”²⁴⁶.

²⁴⁵ La norma general nos indica que las necesidades de carácter general se satisfacen por medios de los servicios públicos gestionados directamente por el Estado, lo que no impide que ciertos servicios públicos sean atendidos por los particulares por medio de la concesión administrativa otorgada por la administración pública. De esta forma, nacen así los servicios públicos concedidos, que tienen por encargo atender necesidades públicas esenciales para los fines del Estado. En todo caso habrá que tener en todo momento muy presente que de la correcta regulación dependerá el buen éxito del servicio público concedido. Conviene tener presente también que el nacimiento del servicio público concedido tiene su origen en la voluntad unipersonal del Estado, al decidir dejar de atender directamente cierta actividad, y por ende opta por entregarlo a los particulares por medio de la concesión. No obstante, dicha figura no se encuentra exenta de contradicciones.

²⁴⁶ Waline, Marcel, *Droit, administratif*, 5a ed., París, Sirey, 1963, p. 618.

1. CAUSAS Y VICISITUDES DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

La concesión de servicios públicos tiene su causa inmediata en un interés económico,²⁴⁷ pues la implementación de los servicios públicos conlleva enormes gastos financieros para la Administración Pública, que de llevarlos a cabo por su propia cuenta le generaría una enorme deuda para la Hacienda Pública. Por otra parte, la lentitud con que muchas veces se conduce la administración, constituye un problema de difícil solución, por lo que se busca atribuir a una persona privada una función propia del Estado, otorgándole a esta un conjunto de potestades y privilegios que permitan asegurar el buen funcionamiento del servicio. A la solución de estos problemas se enfoca precisamente la concesión. En efecto para Jorge Fernández Ruiz, uno de los hombres más conspicuos en el estudio del derecho administrativo señala que: "...la infinidad de atribuciones del Estado contemporáneo, su desempeño, con el exclusivo empleo de sus propios medios y recursos, se torna difícil, lo cual abre la posibilidad de la delegación de algunas de sus actividades no esenciales, a favor de particulares, sin que ello signifique renuncia o abandono de tales tareas, porque las atribuciones de que derivan le siguen asignadas, lo cual impide a los particulares realizarlas sin su previa delegación, mediante el otorgamiento de su respectiva concesión."²⁴⁸

Ahora bien, lo que es indudable es que a mediados del siglo XIX se recurre al procedimiento de la concesión de servicio público de la actividad de ferrocarriles con el fin de detonar el desarrollo económico del Estado, por eso: "...se obra bajo la preocupación de la organización del servicio, puesto que, vista la importancia de los trabajos a realizar y la de los capitales a invertir, se piensa que el Estado no es capaz de semejante esfuerzo financiero, que solo los particulares pueden asumir. En esta época de liberalismo riguroso, se poseía un criterio muy limitado del posible ámbito de actividad estatal y de su

Así el maestro Agustín Gordillo traza en breves líneas un retrato espléndido sobre las vicisitudes de la concesión de servicio público: "Tanto la concesión como la licencia de servicios públicos, como contratos administrativos que son, integran el patrimonio del concesionario o licenciatario y están amparados por el derecho de propiedad. Pero es una propiedad con severas limitaciones que giran siempre en torno a lo mismo: calidad del servicio e inversiones, cantidad confiable de inversiones realmente realizadas, gastos reales, tarifa justa y razonable para usuarios y prestador en función de los parámetros anteriores". Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. 186. Ahora bien, en este aspecto parece ser que el punto toral es que las tarifas sean justas y razonables tanto para el prestador como para el usuario, lo que exige que las tarifas no sean excesivas, ya que en tal situación se estaría desvirtuando el fin del servicio público. Como se puede ver, el problema que presenta la concesión de servicio público, es que la noción se encuentra fuertemente unida a la política económica del Estado y a las variables socio – políticas de la época.

²⁴⁸ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo contratos*, 2ª ed, México, Porrúa, 2003, p. 396.

capacidad económica. Así, pues, los servicios públicos fueron originariamente concedidos mucho más por consideraciones de establecimiento, que de funcionamiento.”²⁴⁹

Al no ser rentable económicamente para la Administración asumir de manera directa el funcionamiento de los servicios públicos se pensó que sería más conveniente transferir ciertos servicios a manos de los particulares, conservando la administración, y por ende un papel más secundario, al encargarse solamente de supervisar el correcto funcionamiento del servicio, de esta forma con el tiempo la concesión administrativa se convirtió en una figura principal del derecho público²⁵⁰.

Con razón Marienhoff, considera que: “después de examinar los argumentos aducidos a favor y en contra de la prestación de los servicios públicos a cargo directamente del Estado o por el sistema de concesión, concluye manifestando su preferencia por este último, ya que tiene, esencialmente, la enorme ventaja de facilitar la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad por un servicio mal prestado, ya que siempre es más complejo y difícil concretar la responsabilidad del Estado que la de un simple concesionario.”²⁵¹

Un mero repaso a situaciones de este tipo en el pasado y presente en diversos servicios públicos, donde dicho sea de paso la gestión pública no fue del todo exitosa,

²⁴⁹ García Oviedo, Carlos, *Derecho administrativo*, 8ª ed, Madrid, EISA, 1962, P. 487.

La concesión de servicio público alcanzó una delimitación más clara a partir de que se logra escindir de la concesión de obras públicas, con la que había mantenido cierta dependencia, principalmente por motivos de orden histórico. Anteriormente se consideraba que lo importante era la construcción de las obras públicas, en tanto que la explotación revestía solamente un carácter accesorio. Además debemos entender muy bien que una concesión es una operación de índole especulativa. El concesionario asume ciertas responsabilidades que le demanda un fuerte desembolso económico, por lo que su prestación se vera acompañada por el esfuerzo del concesionario destinado a recuperar la inversión. De ahí que se cuestione la concesión de actividades que tienen pocas opciones de lucro. Efectivamente como hemos visto es muy difícil conciliar el fin de lucro de los concesionarios con las exigencias sociales que demanda el servicio, el cual se encuentra destinado a satisfacer necesidades de índole colectivo. Así pues, la problemática que revisten los servicios públicos concedidos es de enorme importancia para la política y la economía, provocando una difícil y compleja relación entre el servicio público y la concesión. Así se entiende que el servicio público gestionado por los particulares, mediante concesión, es una forma de privatización, por lo menos en lo que hace a la gestión, obliga a un control por parte de la administración concedente sobre el concesionario que busque el beneficio de los usuarios. En los casos en que la privatización sea plena, o sea cuando la administración deja de ser la titular y el servicio es prestado por una empresa privada en ejercicio del derecho a la libertad de empresa, el problema en este caso es como garantizar el interés público de la actividad gestionada. Lo que significa los intereses y derechos de los usuarios del servicio público, pero finalmente un servicio concesionado con responsabilidad implica por parte de la administración la responsabilidad final respecto de la actividad concesionada, por lo que toda concesión atendida por los particulares que no funcione, se traduce en la ineptitud del Estado para asumir responsabilidades en beneficio de las mayorías.

²⁵⁰ Para precisar más la idea de la concesión, debemos considerar que determinados servicios no deben concesionarse: correos, comunicaciones telegráficas y telefónicas por ser estos inherentes a la naturaleza misma del Estado, ya que desde su creación han dependido de él y en ello han encontrado la principal causa de su existencia, mismos que al ser atendidos en un contexto de economía liberal la iniciativa privada tiende a no atenderlos sin satisfacer las garantías suficientes para dar satisfacción plena a las necesidades sociales de la población.

corroborar el enorme aporte que a tenido la concesión administrativa para la administración pública.

Pero pese a las ventajas que ofrece esta figura, también presenta desventajas que de no ser atendidas por la Administración a la larga podría ocasionar más perjuicios que beneficios. Con la concesión de servicio público pasan a formar parte de la iniciativa privada competencias públicas que de no encontrarse correctamente reguladas representaría serios problemas en las políticas públicas del Estado, tales como la desigualdad social. Por otra parte, como ya se señaló, la facultad que adquiere el concesionario de cobrar una tarifa al usuario del servicio que le permita obtener una remuneración para amortizar la inversión que hace posible el funcionamiento del servicio, puede colocar a los usuarios en una situación incómoda si las tarifas no resultan accesibles para ellos, de ahí que se juzgue necesario la intervención de la Administración Pública, en aras de mantener en armonía el interés privado con el público. La Administración instituye un servicio en beneficio de la colectividad, sin embargo, el concesionario ve ese tipo de actividades a desarrollar por medio de la concesión como una oportunidad de lucrar. En ese sentido, la Administración debe buscar eliminar las causas que hacen posible que se desvíe el fin (interés público) en la concesión de servicio público, alentando y regulando adecuadamente la competencia.

El tema de quien debe gestionar los servicios públicos le habrá de demandar a la administración pública un mayor interés, pues es este tema precisamente el que se encuentra vinculado con las nuevas tendencias del derecho administrativo, mismas que se caracterizan: por la eficacia, la eficiencia y la economía, que nutren buena parte del contenido de esta actividad.

Los diferentes modos de gestión de los servicios públicos ha dado lugar a algunos desordenes teóricos de singular importancia, esta realidad aunada a la muy cuestionada eficacia de los gestores privados del servicio público, han comportado el cuestionamiento de considerar que los servicios públicos concesionados requieren una mayor intervención de la administración pública en aras de que estos sean gestionados con mayor eficacia. La realización de principios, valores y programas de responsabilidad, la garantía de los

²⁵¹ Marienhoff, S. Miguel, *op. cit.*, p. 182.

derechos fundamentales, para ser garantizados correctamente en la concesión se requiere una mayor atención y corresponsabilidad por parte de la administración pública.

Respecto de las actividades que jamás habrán de ser explotadas por medio de la concesión. En primer lugar tenemos las actividades que afectan a la seguridad pública y a la justicia, por determinar la propia existencia del Estado. Sin embargo, algunas de estas actividades en su momento fueron objeto de concesión, y por tanto de la atención de los particulares.²⁵²

2. CONCEPTO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Georges Vedel, en su libro *Derecho administrativo*, en el capítulo referente a la concesión administrativa de servicio público, escribe: "...uno de los términos más vagos e imprecisos del derecho administrativo puesto que se le utiliza para designar situaciones y actividades que tienen a veces muy poco en común entre sí, como no sea una actitud general permisiva o autorizativa de la administración. Así, por ejemplo, se habla de concesión de ocupación del dominio público, concesión de explotación de ciertas industrias controladas por el Estado, concesión de servicios públicos, etc."²⁵³

Pero si tal diversidad de acepciones hace confuso y dificulta el empleo del término aludido, no ocurre lo mismo, cuando se hace referencia concretamente, a la concesión de servicios públicos, en este aspecto la doctrina ha sido muy coincidente en ideas al momento de definir dicho concepto.

Un repaso a algunas de estas definiciones acredita de manera fehaciente lo señalado:

Jeze señalaba que: "...cuando se ha creado una organización pública, un servicio público propiamente dicho, para satisfacer una necesidad de interés general, puede ocurrir que la administración pública haga funcionar el servicio por sí misma, por medio de sus

²⁵² Para Duguit, "...la concesión es un modo particular de explotación de ciertos servicios públicos. No se suele emplear más que para los llamados servicios públicos industriales, que son los que tienen por objeto operaciones específicamente económicas. Pero nada se opone a que esta forma se emplee para todos los demás servicios públicos. En la historia se ha practicado la concesión de los servicios de policía y justicia y no sólo, por cierto, en la época feudal, sino durante la Edad Moderna, otorgándose a compañías colonizadoras en los territorios donde ejercían jurisdicción". Tomado de García Oviedo, Carlos, *op. cit.*, p. 491.

²⁵³ Vedel, George, *Derecho administrativo*, 6ª ed, trad. Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980, p. 708.

agentes, o al contrario, que encomiende a un individuo o a una sociedad esa explotación y atención del servicio en cuestión. En el primer caso, estamos frente a un supuesto de explotación directa del servicio público; en el segundo estamos ante una concesión de servicio público.”²⁵⁴

Para Vedel la concesión de servicios públicos es: “...un procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, a cambio de una remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio.”²⁵⁵

Laubadère explica de forma más detallada el concepto, al expresar que: “...la concesión de servicios públicos es un modo de gestión del servicio, consistente en que una colectividad (concedente) entregue a un particular, ya sea un individuo o más frecuentemente una sociedad (concesionario), por una convención donde se acuerda con éste el cuidado de hacer funcionar el servicio público, a su cuenta y riesgo, remunerándose esa labor por una renta o tarifa percibida de los usuarios.”²⁵⁶

Bielsa definió la concesión de servicios públicos señalando que: “...es el acto administrativo –contrato de derecho público- por el cual se atribuye a una persona, física o jurídica, con el fin de que realice o gestione el servicio público en gestión, un poder jurídico sobre una manifestación de la administración pública.”²⁵⁷

Para Sayagués Laso la concesión administrativa de servicio público puede definirse: “...como el acto de derecho público por el cual la administración encarga temporalmente a una persona la ejecución de un servicio público, trasmitiéndole ciertos poderes jurídicos y efectuándose la explotación bajo su vigilancia y contralor, pero por cuenta y riesgo del concesionario.”²⁵⁸

Mientras que para Fernández Ruiz, la concesión administrativa de servicio público por ser un acto translativo de dominio: “...implica el sometimiento del concesionario al

²⁵⁴ Jeze, Gastón, *op. cit.*, p. 361-362.

²⁵⁵ Vedel, George, *op. cit.*, p. 708.

²⁵⁶ Laubadère, Andre, *op. cit.*, p. 566.

²⁵⁷ Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 1964, p. 255.

²⁵⁸ Sayagués Laso, Enrique, *op. cit.*, p. 12.

control y a la vigilancia de la administración pública, porque viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las actividades públicas, ya que el concesionario, aun cuando no constituya parte integrante de la referida administración, le aporta una colaboración que, como bien señala el maestro Fraga, le descarga de una parte importante de sus labores, sin reducir su energía y autoridad sobre los administrados.”²⁵⁹

Para Delpiazzo, con la salvedad de lo complicado que resulta definir dicho concepto, habida cuenta de la diversidad de conceptos que existen sobre el servicio público, puede definirse: “...como un contrato de derecho público por el cual la Administración encarga temporalmente a una persona la ejecución de un servicio público, transmitiéndole ciertos poderes jurídicos y efectuándose la explotación bajo su vigilancia y control pero por cuenta y riesgo del concesionario.”²⁶⁰

Por último para Escola la concesión administrativo de servicio público se concreta en: “...un acto de la Administración pública por el cual ésta encomienda a un tercero la organización y el funcionamiento de un servicio público, en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones a ese fin, asumiendo dicha persona la prestación del servicio a su propia costa y riesgo, percibiendo por ello una retribución, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios, o en subvenciones o garantías que le fueran reconocidos, o en ambas cosas a la vez, cumpliéndose el servicio público bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa.”²⁶¹

En consecuencia y atendiendo las definiciones expuestas, estamos en posibilidades de señalar que la concesión de servicio público es un acto de la administración pública por medio del cual se encomienda a un tercero ya sea persona física, moral o de derecho público la organización y funcionamiento de un servicio público de forma temporal, para lo cual la Administración le otorga ciertos poderes y atribuciones en aras de que el concesionario pueda desarrollar dicha actividad, además el concesionario asume la prestación de esta actividad bajo su propio costo y riesgo, pero percibiendo una determinada remuneración por parte de los usuarios del servicio, para que al término de la concesión en caso de ser necesario se reviertan los bienes al concedente.

²⁵⁹ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 396.

²⁶⁰ Delpiazzo, Carlos, *Derecho administrativo uruguayo*, México, Porrúa, 2005, p. 308.

²⁶¹ Escola, Héctor, *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 15.

De las anteriores reflexiones es posible señalar cuales son los elementos que forman parte de la concesión de servicio público:

- a) Es un figura jurídica regulada por el derecho público, lo que no impide que se le apliquen ciertos principios del derecho privado.
- b) Quien otorga la concesión es el concedente representado por la Administración Pública que actúa en función administrativa.
- c) En quien recaen las concesiones es en el concesionario, que es por lo general una persona física o jurídica, ya sea pública o privada.
- d) La concesión implica que al concesionario se le otorguen determinadas atribuciones, sin las cuales la ejecución del servicio se volvería complicada.
- e) El concesionario desarrolla esta actividad por su propia cuenta y riesgo, para lo cual el concesionario habrá de tener una remuneración de tipo económico por parte de los usuarios del servicio.
- f) Todas las concesiones son siempre temporales, al grado que no es posible imaginar una concesión sin un término.
- g) La concesión de servicio público se desarrollara bajo la vigilancia y control de la Administración Pública.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

La naturaleza jurídica²⁶² de la concesión de servicios públicos ha sufrido diversas transformaciones en su ubicación conceptual a lo largo del tiempo. Tan es así que el resultado es que actualmente dicho concepto resulta ser muy controvertido en el ámbito doctrinal.

En este sentido, se pueden observar varias teorías que se encargan de sustentar la naturaleza jurídica de la concesión de servicio público. Conviene pues establecer cuales son estas: contrato de derecho privado, acto unilateral de la administración pública, contrato mixto y teoría del acto administrativo.

A) Acto unilateral de la administración pública

La escuela que se ha encargado de impulsar esta corriente es la alemana, conllevando un vestigio de las concepciones propias del Estado autoritario, que señalaban que es un acto unilateral del Estado, por lo que todos los derechos y deberes del concesionario emanan de la determinación espontánea y voluntaria del Estado sin consideración alguna hacia el concesionario, lo que nos deja bastante claro que su fundamento se encuentra en la subordinación total y absoluta del sujeto al Estado.

Esto hace que nos encontremos en presencia de un acto de poder soberano del Estado, y no de una relación contractual entre las partes, en este sentido el concesionario no tiene verdaderos derechos frente al concedente, a tal grado que este es quien tiene la facultad de modificarla o revocarla, sin necesidad de otorgar indemnización al concesionario. A este respecto Jorge Fernández Ruiz señala: "...en el marco del Estado de Derecho es inadmisibles esta teoría sobre la naturaleza de la concesión de servicio público, habida cuenta que –salvo alguna situación excepcional de emergencia- a nadie se le puede imponer unilateralmente, mediante un mandato del poder público, la obligación de

²⁶² Como atinadamente sostiene Gabino Catrejon, la naturaleza jurídica de la concesión administrativa de servicio público: "Es un acto administrativo discrecional del órgano de la administración pública. no se puede obligar a otorgar concesiones a la Administración Pública." *op. cit.*, p. 399.

prestar un servicio público, satisfactor de una necesidad de carácter general.”²⁶³ Tal postura se encuentra hoy en franca retirada, aunque todavía no falta quien la auspicie.

Dentro de esta postura, Mayer señala “...la concesión es un acto administrativo, especialmente una disposición que determina discrecionalmente lo que debe ser de derecho en el caso individual. Es un acto jurídico del derecho público. La posibilidad de que este acto cree derechos y deberes es indudable, por lo menos en el sistema del Estado regido por el derecho que nos enorgullecemos de poseer.”²⁶⁴

Aparte de lo inaceptable del criterio que niega la posibilidad de contratos entre el Estado y el administrado en el espacio del derecho público, el rechazo a la teoría del acto unilateral se manifiesta también claramente si se considera que esta postura no puede ser admitida por ningún Estado que se precie de ser un Estado democrático de derecho, dado que solo en -casos de excepción- considero que a nadie se le puede imponer arbitrariamente, por medio de un mandato proveniente del poder público, la obligación de prestar un servicio público bajo estrictas y determinadas condiciones.

En España, esta teoría en su momento fue respaldada por Fernández de Velasco, quien, no obstante, en su momento cambió su postura, apoyando la teoría de la concesión como un contrato administrativo.²⁶⁵

Así las cosas, esta teoría se encuentra en declive actualmente, como consecuencia de la cada vez mayor actividad contractual de la Administración Pública, lo que provocó que esta teoría ya no pudiera explicar eficazmente el funcionamiento de la concesión de

²⁶³ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 401.

²⁶⁴ Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. IV, trad. Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Arayú, pp. 161-162. Como también señala Fritz Fleiner, “La autoridad concede al particular un derecho que no había tenido hasta entonces; su esfera jurídica individual se ensancha. Con razón se caracteriza este proceso como una concesión de soberanía”. Fleiner, Flitz, *Instituciones de derecho administrativo*, trad: Sabino Álvarez Gendín, Barcelona, Labor, 1953, p. 278. La situación que acabamos de describir, muestra sus excepciones. De ahí que existan partidarios de la teoría de la concesión como acto administrativo, con una visión diferente “...que no hablan de imposición del servicio ni de carencia de derechos del concesionario, porque soslayan o confieren poca relevancia a la naturaleza de las relaciones previas y posteriores al acto mediante al cual se otorga la concesión, así como del régimen jurídico regulador de las relaciones concedente – concesionario – usuario, para poner el acento en el otorgamiento mismo de la concesión que consideran como un acto administrativo y por ende unilateral”. Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 252. En lo que se refiere a la postura señalada por Jorge Fernández Ruiz, destaca la opinión de Otto Mayer, al señalar: “Todos esos esfuerzos, todos esos rodeos sólo sirven para confundir las cosas más simples; se explican por el hecho de que no hay todavía una idea bastante clara y precisa del acto administrativo. Para nosotros, la concesión es un acto administrativo, especialmente una disposición que determina discrecionalmente lo que debe ser de derecho en el caso individual. Es un acto jurídico del derecho público. La posibilidad de que este acto cree derechos y deberes es indudable, por lo menos en el sistema del Estado regido por el derecho”. *op. cit.*, p. 161-162.

²⁶⁵ Fernández de Velasco, Recaredo, *Los contratos administrativos*, Madrid, Librería Victoriano Suárez, 1945, p. 230.

servicio público, máxime si el Estado asume plenos poderes en lo referente a las estipulaciones a que debe ser sometida la concesión. Por tanto, resulta impensable imaginar siquiera una concesión sin concesionario.

B) Contrato de derecho privado

Esta teoría se forma al amparo de la doctrina civilista, la cual afirma que se trata de un contrato de derecho privado, que no admite la celebración de contratos entre la administración y los administrados. Este concepto propio del derecho civil que tuvo su auge en el siglo XIX fue consecuencia de la doble personalidad del Estado. En esta teoría el Estado se asumía como una persona de derecho privado que acudía a contratar con el concesionario en una postura de superioridad la realización del servicio, lo que hacía patente la desigualdad entre las partes. Anteriormente se estimaba que la concesión de servicio público no era más que un contrato sometido a las reglas del derecho común, al considerar que el Estado llevaba a cabo actos de gestión privada.

Esta teoría considera a la concesión de servicio público como un acuerdo de voluntades, pero al no aceptar esta corriente la existencia de los contratos administrativos, se terminó por considerar que se estaba en la presencia de un contrato de derecho privado, donde el Estado, actuaba como una persona de derecho privado al contratar con un particular la prestación del servicio público.

Tal postura, si bien tuvo en su momento su vigencia cuando aun no se elaboraban, mucho menos se desarrollaban los principios generales del derecho administrativo, hoy día se encuentra en total abandono: resulta difícil pensar que es posible someter al derecho privado relaciones de competencia exclusiva del derecho público.

El fundamento jurídico o punto de partida de esta teoría es equivoco, pues muy aparte de los contratos de derecho privado tenemos a los de derecho público, entre los que forma parte el contrato administrativo de servicios públicos. Por tanto, ninguna razón existe para negar la existencia de los contratos administrativos. Además se debe considerar que desde sus inicios esta teoría fue fuertemente impugnada en base a los siguientes motivos: a) la desigualdad de las partes, b) la falta de libertad en la convención

y c) la incapacidad para explicar los asuntos referentes a los terceros ajenos a las partes que contratan.

En este sentido, no es válido pretender someter al derecho privado relaciones propias del derecho público, y que como tales no pueden, ni deben estar sometidas a una normatividad que no contempla estas particularidades, mucho menos si no se dan los medios necesarios que permitan la participación que le corresponde a la Administración Pública desempeñar. Firme opositor a esta corriente fue Manuel María Díez, quien señala: “La teoría puramente contractual ha sido abandonada y ello porque, por una parte, la situación de los usuarios no puede ser concebida como resultante de una estipulación por otro sino al precio de una desfiguración de esta teoría, y ello porque en la teoría de la estipulación por otro los terceros beneficiarios deben estar designados individualmente en el contrato.”²⁶⁶

Así las cosas, y considerando lo anteriormente señalado consideramos que esta teoría no es posible sostenerla como una forma de explicación válida y satisfactoria a la naturaleza jurídica de la concesión de servicio público, por lo que constituye un mero referente histórico de la naturaleza jurídica de la concesión de servicio público.²⁶⁷

C) Teoría de la concesión como un acto mixto

Desde una postura intermedia esta teoría busca conciliar la postura del acto administrativo con las posturas contractuales, al tratar de explicar la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos, argumentando que se trata de un contrato administrativo de carácter mixto, mitad reglamentario y mitad contractual en donde se observan dos categorías de cláusulas diferentes: de naturaleza reglamentaria y contractual. De esta forma, no tenemos duda de que nos encontramos en la presencia de un acto que acepta una doble configuración jurídica: es un acto de poder público en lo que se refiere a su otorgamiento a cargo del Estado y normas de vigilancia y policía a que

²⁶⁶ Díez, Manuel María, *op. cit.*, t. III, p. 269.

²⁶⁷ Para Enrique Silva Cimma la teoría de la concesión de servicio público como contrato de derecho privado encuentra su fundamento en la teoría de la doble personalidad del Estado, “...porque, precisamente, en ella tuvo su basamento el criterio –que hoy toca definitivamente a retirada- de que la concesión es un contrato de Derecho Privado. Nada, en efecto, permite asimilarlos, y, sobre todo, es evidente la falta de igualdad jurídica que existe entre el Estado y concesionario si se confrontan los distintos planos jurídicos en que uno y otro han de colocarse”. Cimma Silva, Enrique, *op. cit.*, p. 282.

se somete, y contrato administrativo en lo referente a los derechos y deberes que de común acuerdo establecen el concedente y el concesionario.

Y ello es así porque la situación reglamentaria se encuentra encaminada hacia la regulación del servicio: su organización y funcionamiento, por ello la administración puede modificar las condiciones de manera unilateral, cuando así el interés público lo solicite, y el concesionario se encuentra obligado a aceptar tales cambios; la parte contractual, en cambio busca regular el contenido económico de la concesión, duración, tarifas, caducidad y el régimen jurídico del personal encargado de atender el servicio público. Estas condiciones establecidas por las cláusulas no serán reconocidas en caso de que el servicio público sea gestionado directamente por la administración. Así mismo, las cláusulas se encuentran inspiradas por el principio del equilibrio financiero que debe guardar toda concesión de servicios públicos.

Atendiendo al carácter mixto de la concesión de servicio público se puede afirmar que se esta en presencia de un acto reglamentario, cuya finalidad es fijar todo lo referente a la organización del servicio, establecido de forma unilateral por el concedente, y por ende modificable por éste, lo que es voluntariamente aceptado por el concesionario, por otra parte, se considera también un contrato o convenio, formado por la voluntad de ambas partes (concedente y concesionario), que tiene como finalidad atender todo lo relativo a las condiciones económicas, que por principio no es modificable.

La situación reglamentaria es resultado de un acto condición, por medio del cual el concesionario se encuentra obligado a gestionar el servicio atendiendo a dicha reglamentación, además como ya se señalo la administración se encuentra facultada para modificarla, pero en tal caso la administración tiene la obligación de indemnizar al concesionario, máxime si lo que se esta vulnerando es el equilibrio financiero de la concesión.

Como se puede observar, esta teoría explica de forma sencilla la situación del usuario del servicio público, que sin haber celebrado el contrato de concesión ya se encuentra afectado por sus cláusulas, especialmente las que se refieren a la prestación y las tarifas del servicio, de forma tal que le proporciona al usuario la posibilidad de hacer

uso de dichas cláusulas, en aras de obligar al concesionario a prestar el servicio de la mejor forma posible.

Al respecto Jorge Fernández Ruiz señala lo siguiente: "...la concesión de servicio público viene a ser, pues, un acto mixto, por conformarse de tres partes de distinta naturaleza, a saber: una parte reglada, la cual esta predeterminada en el ordenamiento jurídico, para fijar –como dispone el artículo 28 constitucional –las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación del servicio público, misma que de no incluirse expresamente en la concesión queda implícita en ella y no puede ser modificada por el concedente o el concesionario ni por ambos; otra parte contractual, mediante la cual el concesionario, por lo menos, acepta convertirse en concesionario en los términos previstos en la ley y especificados en la concesión; y una última parte configurada mediante un acto administrativo a través del cual la autoridad concedente otorga la concesión y precisa los términos de la misma."²⁶⁸

La existencia de la reglamentación en la concesión de servicio público, aceptada en todas sus partes por el concesionario, es lo que permite que se extienda a los usuarios, dado que por principio de cuentas el reglamento se concibió para favorecer a estos.

Sin embargo, la concesión de servicio público como un acto mixto no fue ajena a los cuestionamientos por parte de la doctrina administrativa, los cuales se encargó de resumir Héctor Jorge Escola: "...otra gran parte de la doctrina administrativa ha señalado que la teoría del contrato, concebida como un acto mixto, es inaceptable, puesto que, trastrueca conceptos generales solidamente establecidos, y transforma a un acto que siempre aparece como homogéneo –la concesión de servicios públicos- en un instituto heterogéneo, en el cual, sin necesidad, se yuxtaponen dos situaciones que no pueden ser sino debidamente escindidas y limitadas, cada una de ellas, a su campo propio."²⁶⁹ Para reforzar la anterior postura, permítaseme una larga pero esclarecedora cita de Marienhoff:

"...es inevitable o inconcebible que, como consecuencia de un acuerdo de voluntades – llámesele contrato o convención-, una persona, además de quedar colocada en una situación contractual, quede asimismo colocada en una situación legal o reglamentaria.

La vigencia de la ley o del reglamento es extraña en absoluto a todo acuerdo entre el

²⁶⁸ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 404.

Estado y el administrado. La explicación de que la parte legal o reglamentaria tenga su vigencia en un acuerdo de partes, cualquiera sea el nombre que a éste se le dé, trasunta una evidente falla de lógica jurídica. La vigencia de la ley o del reglamento no depende de la voluntad de los administrados, sino del imperium que posee el Estado. Las obvias modificaciones o alteraciones de que pueda ser objeto una concesión de servicio público en curso, tienen un fundamento jurídico distinto al expresado por Duguit y su escuela, fundamento que excluye la existencia del mencionado aspecto reglamentario o legal junto al aspecto contractual. La concesión de servicio público, considerada como acto jurídico de derecho público, es una figura homogénea; contractual en todo su ámbito, circunstancia que en modo alguno obsta a las correspondientes modificaciones que deban introducirse en la organización o en el funcionamiento del servicio”, y por lo que hace a la situación de los usuarios para este autor tampoco es posible que se considere la teoría del acto mixto, porque: “...los usuarios –que también pueden considerarse parte en la concesión- están habilitados para invocar la concesión porque los efectos de ésta se extienden a ellos; más aún: es en su beneficio que la concesión se otorga.”²⁷⁰

D) La concesión como contrato administrativo

De acuerdo a esta teoría, se puede definir a la concesión administrativa de servicio público como un contrato de la administración regulado por el derecho público, diferente de los de derecho privado. Este tipo de contrato tiene una característica muy especial, al crear una relación jurídica muy singular. Por una parte, una situación reglamentaria que se encarga de regular el funcionamiento y la organización del servicio. Por la otra una situación contractual de derecho administrativo que se encarga de regular todo lo referente a las condiciones económicas de la explotación, específicamente a lo que se refiere a la situación económica de la concesión.

De esta forma, la teoría del contrato administrativo de servicio público nos proporciona una solución de derecho administrativo a un asunto administrativo, además de ofrecer soluciones comprensivas y coherentes, toma en consideración aspectos torales de los contratos administrativos tales como: su duración, remuneración para el concesionario, régimen jurídico y la mención de que la concesión el concesionario la gestiona bajo su

²⁶⁹ Comadira, Rodolfo Julio y Escola, Héctor Jorge, *op, cit.*, p. 722.

propio riesgo y ventura, razón por la que dicha teoría se considera sencilla, así las cosas a simple vista se pudiera pensar que no admite cuestionamientos en contrario. Sin embargo, en rechazo a esta teoría Jorge Fernández Ruiz señala: “A esta versión administrativa de la teoría contractual de la concesión se objetan la falta de libertad en la convención, así como su incapacidad para explicar sus efectos respecto de los usuarios del servicio público concedido, que serían terceros ajenos a las partes contratantes; objeciones igualmente formuladas a la versión civilista de la teoría contractual de la concesión, de las cuales ya nos hemos ocupado; a las que se agrega la impugnación basada en la imposibilidad de que figure como objeto del contrato administrativo la organización del servicio público, por ser una materia de la exclusiva competencia del poder público, quien la regula de manera unilateral”²⁷¹. En sentido contrario se expresa Héctor Jorge Escola, al respaldar dicha teoría por las siguientes razones: “...nos adherimos a este criterio, y afirmamos, por tanto, que la concesión de servicios públicos, en cuanto a su naturaleza jurídica, es un contrato administrativo, propiamente dicho, y que como tal debe ser considerado, en cuanto a su formación, ejecución y conclusión, siendo homogéneo y único en su estructura e integración.”²⁷²

4. OTRAS CLASES DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

Una vez establecida la naturaleza jurídica de la concesión, su concepto y causas de aparición, corresponde señalar las diferencias de la concesión de servicio público, respecto de las otras clases de concesión administrativa, habida cuenta del carácter tan controvertido que se ha observado para caracterizar a esta figura jurídica, por lo que conviene desentrañar las semejanzas y diferencias que presenta la concesión de servicios públicos con otros contratos administrativos que le son afines, esto en aras de hacer más entendible dicha figura jurídica.

A) Concesión de obra pública

Este tipo de concesión administrativa, se diferencia de la de servicios públicos por su objeto y su régimen jurídico. La concesión de servicio público lo que busca es la

²⁷⁰ Marienhoff, Miguel S, *op. cit.*, p. 596-597.

²⁷¹ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 401.

²⁷² Escola, Héctor, Jorge, *op. cit.*, p. 32.

prestación del servicio público, mientras que la de obra pública se encarga de la edificación de la obra. Por lo que hace a la concesión de obra pública esta no se encuentra prevista en la Constitución, y tenemos que se compone de dos elementos a saber: un contrato de obra pública y una concesión demanial para explotar dicha obra; en este sentido Héctor Jorge Escola señala:

La concesión de obra pública no es sino un modo de ejecución de ellas, en el que la administración pública celebra un contrato administrativo específico, cuyo cocontratante, que puede ser una persona física o jurídica, se obliga a ejecutar una obra pública determinada, con la particularidad de que el precio no le será pagado por la administración directamente, sino por los administrados que la utilicen o se beneficien con ella, a cuyo fin le serán otorgados temporalmente al cocontratante ciertas facultades para que pueda efectivamente percibir esa remuneración, durante el lapso en que deba hacerlo.²⁷³

La concesión de obra pública es un mecanismo que le permite al Estado la construcción de la obra pública, sin que la financiación corra a cargo del Estado, dado que será al concesionario a quien le toque aportar los recursos , para que al termino de la misma pueda gestionar la operación de la obra, pero ahora como un contrato de concesión de servicio público, cobrando a los usuarios de la misma, para que de esta forma el concesionario se encuentre en posibilidades de amortizar la inversión, para lo cual se fija un plazo, en el cual se busca obtener un lucro moderado por la prestación del servicio público, para que al término del plazo fijado y una vez amortizados, el concesionario entregue la obra a la administración pública, y en ese momento pasa a ser de dominio público.

B) Concesión de dominio público

La concesión de dominio público es el medio por el cual la administración le otorga a un particular el uso especial o privativo de un bien de dominio público²⁷⁴ por tiempo determinado, que por lo general tiene importancia económica y social, de ahí que la

²⁷³ *Ibidem*, p. 775.

²⁷⁴ Sobre la teoría de los bienes públicos Richard Posner, hace una interesante interpretación en los siguientes términos: "...la investigación económica que apoya a las posiciones liberales rara vez es acusada de exhibir un sesgo político. Por ejemplo, la teoría de los bienes públicos podría considerarse uno de los fundamentos ideológicos del Estado benefactor,

concesión busca darle un sustento sólido a las posibilidades que el beneficiario tiene sobre el bien público, todo esto con la reserva de que la administración podrá revocar la autorización si así lo exige un motivo de interés público.

Así mismo se habrá de tomar en consideración el carácter especialmente precario del bien público concesionado. Quienes le asignan el carácter de acto unilateral de la administración pública reconocen dicha precariedad en el bien público concesionado, en cambio quienes ven en la concesión un acto bilateral, o dicho de otra forma un contrato administrativo, no admiten el que la precariedad sea inherente a este tipo de concesiones, aun cuando se admita que los efectos cesen cuando existan motivos de interés público que así lo indiquen, por una decisión de la administración pública, sin omitir las compensaciones e indemnizaciones a que haya lugar.

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONCESIÓN DE DOMINIO PÚBLICO EN MÉXICO

La regulación jurídica de la concesión de dominio público se encuentra contemplada en diversos preceptos constitucionales u ordenamientos legales, entre los que cabe destacar la Ley General de Bienes Nacionales, la Ley de Aeropuertos, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal, la Ley de Puertos, la Ley de Vías Generales de Telecomunicación, la Ley Federal de Radio y Televisión, la Ley Federal de Telecomunicaciones, la Ley Minera, y la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario.

A) Preceptos constitucionales

En la Constitución la concesión de bienes del dominio público encuentra su fundamento principal, en su artículo 27, párrafos IV, V y VI, que a la letra señalan:

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas, o yacimientos, constituyen depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su

pero no ocurre así; una vez que un punto de vista se vuelve dominante, deja de percibirse como poseedor de un carácter ideológico". *op. cit.*, p. 32.

explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional.

Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional; las aguas marinas interiores, las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanentemente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cause de aquellas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; las de los lagos, lagunas o esteros, cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino; o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que brotan en las playas, zonas marítimas, causes, vasos o riberas de los lagos, lagunas, o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno; pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas, y al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se consideraran como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de esta aguas se considerara de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes

mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y sustancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas. El Gobierno Federal tiene facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, o de minerales radioactivos, no se otorgaran concesiones ni contratos, ni subsistirán los que, en su caso, se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva.²⁷⁵

Además en el primer párrafo, fracción I, del artículo 27 constitucional se señala que se reserva a los mexicanos, a las sociedades mexicanas y a los extranjeros que acuerden ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y, por tanto, no invocar la protección de sus gobiernos en lo que se refiere a tales bienes; y señala la prohibición a los extranjeros de adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas situadas en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en el caso de las playas.

Por otra parte el párrafo III, fracción VII del señalado artículo, establece: “La ley considerando el respeto y fortalecimiento de la vida comunitaria de los ejidos y comunidades, protegerá la tierra para el asentamiento humano y regulara el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores.”

En tanto que, el artículo 28 constitucional, párrafo décimo, faculta al Estado, en casos en que se contemple el interés general y con sujeción a la legislación, a concesionar la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio público que sean propiedad

²⁷⁵ Los bienes afectos al servicio público revisten una particularidad muy especial, si dichos bienes formaran parte del patrimonio de los particulares y por ende se encontrasen sujetos a una normatividad propia del derecho civil, podrían en determinado momento ser enajenados por sus propietarios o embargados por un tercero, lo que generaría graves problemas para la prestación del servicio, lo cual no es correcto de acuerdo a la noción y los fines de esta figura jurídica. Así pues, la indisponibilidad de las cosas afectadas al servicio público resulta crucial.

de la federación, cuando así lo permitan las normas jurídicas, evitando fenómenos de concentración que contrarían el interés público.

B) Ley General de Bienes Nacionales

La concesión de bienes de dominio público hace referencia por obvias razones a la Ley General de Bienes Nacionales, artículos 20 y 27 que establecen disposiciones aplicables a todos los tipos de concesión de bienes de dominio público, los que se transcriben a continuación:

Art. 20. Las concesiones sobre bienes de dominio público no crean derechos reales; otorgan simplemente frente a la administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar los usos, aprovechamientos o explotaciones, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes y el acto o título de la concesión.

Las concesiones sobre inmuebles de dominio público, salvo excepciones previstas en otras leyes, podrán otorgarse hasta por un plazo de cincuenta años, el cual podrá ser prorrogado hasta por plazos equivalentes a los señalados originalmente, a juicio de la Secretaría de Desarrollo Social, atendiendo tanto para el otorgamiento de la concesión como para la prórroga, a lo siguiente:

- I. El monto de la inversión que el concesionario pretenda aplicar;
- II. El plazo de amortización de la inversión realizada;
- III. El beneficio social y económico que signifique para la región;
- IV. La necesidad de la actividad o servicio que se preste;
- V. El cumplimiento por parte del concesionario de las obligaciones a su cargo, y
- VI. La reinversión que se haga para el mejoramiento de las instalaciones o del servicio prestado.

El titular de la concesión gozará de un plazo de cinco años, previo al vencimiento de la concesión, para solicitar la prórroga correspondiente, respecto de la cual tendrá preferencia sobre cualquier solicitante. Al término del plazo de la concesión, o de la última prórroga en su caso, las obras e instalaciones adheridas de manera permanente al inmueble concesionado revertirán en favor de la Nación.

Con relación a lo anterior, resulta correcta la preescisión que se hace en base al interés público, en el párrafo primero del numeral en comentario, que establece que la concesión no crea derechos reales, no así lo establecido en el párrafo final que a juicio de Fernández Ruiz es injusto "...al permitir que el concesionario goce de una prórroga, otorgándole una situación de privilegio frente a otros solicitantes, dado que si acudimos al principio de equidad sería inaceptable, toda vez que el concesionario ya dispuso de un tiempo determinado para la explotación del bien de dominio público, por lo que me parece que sería muy adecuado que se permitiera gozar de dicho bien a otro postor, en similares condiciones."²⁷⁶

En todo caso al finalizar el plazo de la concesión sería conveniente que se revirtieran los bienes afectados a la concesión del servicio público, de manera que, en el caso de que se considerara procedente el otorgamiento de una prórroga o de una nueva concesión provocaría que: "...los bienes revertidos se consideraran en incremento de los bienes objeto de la concesión original para los efectos de la determinación del monto de los productos que la misma deba generar, pues la existencia de los bienes revertidos evita al concesionario realizar una inversión para disponer de unos equivalentes; lo contrario significa, en el caso de prórroga, hacer una donación implícita, injusta e indebida al concesionario, significaría la ilógica situación en que un bien público pasa a formar parte del dominio privado, con la consecuente pérdida de soberanía del Estado."²⁷⁷

6. ELEMENTOS DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

A) Sujetos

La concesión de servicio público se encuentra integrada por dos sujetos que celebran el contrato: concedente y concesionario. El primero de estos es quien otorga la concesión, y viene a ser la administración pública; El segundo de los elementos es en quien recae la concesión. Un tercer sujeto ha considerado la doctrina administrativa que pudiesen ser los sujetos a quienes pueden alcanzar los efectos, que son los usuarios del servicio y por quienes se formaliza la concesión.

²⁷⁶ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 415.

²⁷⁷ *Idem*

En México le corresponde al ordenamiento jurídico establecer cuales servicios serán prestados directamente por el Estado, y cuales serán prestados mediante concesión administrativa de servicio público, lo mismo sucede en el ámbito estatal y municipal, donde la administración pública será la encargada de concesionar el servicio.

Tratándose de la prestación o satisfacción de un servicio público, es natural que el concedente sea la administración pública, en este sentido se acepta que empresas estatales, creadas como entidades autárquicas institucionales, puedan actuar como un sujeto administrativo en la concesión, siempre y que tuvieran competencia para celebrar este tipo de contratos, ya sea por mandato de ley o de los regímenes específicos que las rijan.

El contratante particular puede ser cualquier persona, además puede ser también una persona pública de carácter estatal, requiriendo ambas de capacidad y competencia para poder obrar como concesionarios. Sin embargo, es muy común que las concesiones recaigan en empresas particulares, por ser este tipo de empresa la que cuenta con un mejor capital y organización para poder atender de forma conveniente las obligaciones que implica la prestación de los servicios públicos, de otra forma la administración pública puede verse abocada a atender problemas que pueden redundar en una mala prestación del servicio público, o en el mejor de los casos a una suspensión de este, lo que termina siendo objeto de molestias, que pueden evitarse si se hace una correcta selección del concesionario del servicio público.

Por lo que se refiere a los usuarios del servicio público, estos no forman parte del contrato de concesión, en el sentido de que no son sujetos de la relación contractual establecida, sino son terceros que se benefician de los efectos que produce el contrato administrativo de concesión de servicios públicos, en la parte que les incumbe, o sea en la prestación del servicio público, debiendo aceptar, al manifestar dichos beneficios, el cumplimiento establecido en las condiciones y requisitos fijados por la administración pública en el contrato administrativo, o en las condiciones establecidos por aparte por el concesionario.

B) Las facultades del concedente

Siendo la concesión administrativa un mecanismo que surge de la necesidad de satisfacer necesidades de carácter general descargando de la responsabilidad de prestar el servicio directamente al Estado. El concedente debe de disponer de todos los medios indispensables que le permitan llevar a cabo una exitosa vigilancia del funcionamiento del servicio público. El concedente en ningún momento se despojara de los poderes de vigilancia, control y fiscalización requeridos para llevar a cabo tal labor, además de encargarse de aprobar las tarifas aplicables al servicio, así como de imponer las sanciones a que se haga acreedor el concesionario en caso de que se violente una disposición legal que le sea aplicable a la concesión administrativa, entre las que se deben contemplar de manera obligada la caducidad de la concesión administrativa.

Además con el fin de garantizar la continuidad y permanencia de la concesión, el concedente debe tener muy presente intervenir la concesión y requisar los bienes afectados al servicio, en caso de huelga o quiebra. Lo que incluye el derecho de reversión de los bienes públicos afectados a la concesión.

Por otra parte, el concedente se encuentra en la obligación de transferir al concesionario las facultades necesarias para la prestación del servicio público, por el tiempo que dure esta. Además el concedente se encuentra en la obligación de proporcionar la vigilancia policíaca que impida en todo momento la obstaculización de la prestación del servicio por parte de terceros, así como también la competencia desleal.

De igual forma el concedente, debe proteger al usuario del servicio, lo cual se logra en base a la exigencia que se lleve a cabo en todo momento para que el concesionario cumpla con los principios de generalidad, continuidad, uniformidad y regularidad que caracterizan a todo servicio público, de conformidad con la normatividad aplicable.

C) Las facultades del concesionario

Son las personas físicas o morales las que se encuentran susceptibles de ser concesionarias de un servicio público, siempre y que estén en posibilidades de dar satisfacción a determinados requisitos: capacidad legal para poder obligarse, tratándose

de las personas físicas, y en el caso de las personas morales estar constituidas legalmente.

El concesionario tiene derecho a exigir al concedente a que cumpla con todas las obligaciones a que se comprometió en el contrato administrativo de concesión de servicio público, como las facultades y los bienes establecidos, así como las exclusividades del caso en concreto, de modo que el concesionario se encuentre en posibilidades de prestar el servicio público de la mejor manera posible.

Asimismo el concesionario tiene derecho a una retribución justa y razonable, que compense su actividad, para lo que se establece el pago de una cuota por la prestación del servicio, según la tarifa fijada para tal efecto por la autoridad competente. De esta forma nace el derecho del concesionario a recibir una retribución como pago a la prestación del servicio, misma que es cubierta por el público usuario del servicio. En el caso de los servicios públicos gratuitos los usuario no pagan ninguna remuneración por la prestación del mismo.

De esta forma, el concesionario tiene la obligación de prestar el servicio de conformidad con los principios de uniformidad, continuidad, generalidad y permanencia, en los términos fijados en la ley y en la concesión, así como acatar las modificaciones establecidas a la normatividad del servicio público por parte de el concedente.

En el caso de que se encuentre prevista por la ley la reversión en la concesión administrativa, el concesionario se encuentra en la obligación de no gravar o enajenar los bienes que se encuentren afectados a la concesión sin previa autorización por parte del concedente, por ser este a quien el concesionario se encuentra obligado a entregar dichos bienes una vez que venza el termino fijado por la concesión administrativa, para que pasen a formar parte de su propiedad desde ese momento.

En caso de incumplimiento a las obligaciones por parte del concesionario procede la aplicación de una sanción en los términos que lo disponga la ley vigente, pudiendo ser la caducidad de la concesión administrativa de servicio público.

D) El servicio público concedido

Objeto de la concesión administrativa son únicamente los servicios públicos impropios, habida cuenta que las funciones públicas en ningún caso pueden ser objeto de concesión, por ser actividades inherentes a la soberanía del Estado. En México, el artículo 27, párrafo sexto y 28, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala los servicios públicos que no pueden ser concesionados, como es el caso del suministro de energía eléctrica, de correos, de telégrafos y de ferrocarriles, por estar estos encomendados directamente al Estado.

Ahora bien, respecto al término de la concesión Jorge Fernández Ruiz señala que los servicios públicos sólo pueden ser concesionados por tiempo limitado, y en ninguna circunstancia a perpetuidad porque "...ello implicaría, desde el momento de su otorgamiento, la transferencia definitiva de las actividades concesionadas, que por tal razón saldrían de la esfera del poder público para ingresar al ámbito privado, significando una renuncia del Estado a tales actividades y privarían al servicio de su carácter público propiamente dicho, lo cual sería un procedimiento absurdo para llegar a tales resultados."²⁷⁸

En este orden de cosas es evidente que el servicio público se concesiona atendiendo solamente a normas de derecho público, ocupando en razón de su importancia el primer lugar la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, las constituciones estatales, legislación estatal, municipal, entre otras, por lo que en caso de inobservancia a dichas normas procede la nulidad de la concesión administrativa de servicios públicos.

E) Los derechos del usuario del servicio público

Una vez satisfechas las condiciones relativas para la prestación del servicio público, el usuario contara con el derecho a exigir la prestación del servicio, además de poder elegir al prestador cuando sea el caso. Una vez cumplidas por el usuario las exigencias establecidas, el concesionario tiene la obligación de ofrecer el servicio de manera regular y continúa. Pero la prestación del servicio no siempre se instituye en beneficio de la colectividad, sino también en razón del servicio en sentido individual, lo que significa que

²⁷⁸ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 408.

en tales casos se debe pagar la tarifa para acceder a la prestación del servicio público. En el supuesto de que se le niegue la prestación del servicio público o que se le interrumpa cabe la posibilidad de exigir su cumplimiento al concesionario del servicio ejercitando su derecho subjetivo propio.

Por consiguiente, el usuario se encuentra en una situación objetiva, estatutaria, creada por la concesión o por los actos jurídicos reglamentarios de la autoridad concedente. Esto es lógico, dado que con independencia de quien preste el servicio público (administración pública o particulares) la naturaleza y contenido del mismo no varían. El usuario pues se encuentra en una relación estatutaria y objetiva frente al concesionario, de la cual habrán de derivarse derechos y obligaciones para ambas partes.

E) Objeto

El objeto del contrato administrativo de concesión de servicios públicos es la prestación del servicio público a cargo de una persona de derecho público o privada que asume desempeñar dicha prestación por su cuenta y riesgo, bajo el control y supervisión de la administración pública.

En este sentido Héctor Jorge Escola ha señalado: "...que en la actualidad las concesiones de servicio público no pueden estar referidas a servicios de orden económico, a las cuales se suele designar, con no mucha propiedad, como "servicios públicos industriales."²⁷⁹

G) Forma

La importancia del contrato de concesión de servicio público ha llevado a la doctrina a sostener que sin perjuicio de la forma consensual, se requiere de la forma escrita aplicable a todo tipo de contratos administrativos, imponiéndose en ocasiones la forma de la escritura pública.

²⁷⁹ Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio, *op. cit.*, p. 727. Asimismo para los autores no existe impedimento alguno para que la concesión de servicios públicos se extienda a otro tipo de servicios públicos, como pueden ser los de policía, impuestos, sanidad, etcétera. En el caso de la policía no estoy de acuerdo en que se les considere servicios públicos, porque considero son funciones públicas y por tanto inherentes a la soberanía del Estado.

Mediante la forma escrita se le puede dar estabilidad y certeza a una relación contractual, ya que sólo la forma de instrumento público garantiza la posición del usuario: en los casos en que se exige la prestación del servicio, en las condiciones en las que tiene que llevar a cabo, o cuando sean sujetos pasivos de obligaciones y cargas que la concesión les pueda señalar.

7. EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

La concesión de servicios públicos puede concluir de diversas maneras, atendiendo a la causa que de motivo a dicha extinción. En nuestro derecho las concesiones de servicio público se establecen en base a un término específico de duración, por lo tanto, el modo normal de conclusión de una concesión se da al vencimiento del plazo, sin embargo, cabe la posibilidad de que la extinción sea generada por otras causas, como pueden ser por incumplimiento de una de las cláusulas, por razones de interés público, de ilegitimidad, por muerte del concesionario, así como también por causas de menor importancia. Respecto a este tópico cabe señalar, que además de la forma normal de extinción de la concesión, que es el vencimiento del término, podríamos añadir otros modos de conclusión anormales y prematuros, entre los que se encuentran la caducidad, el rescate, la rescisión, la muerte o la quiebra del concesionario.

Al momento de extinguirse la concesión, uno de los efectos que se genera viene a ser la desafectación de los bienes que empleaba el concesionario para la prestación del servicio. Lo que significa que la administración pudiese hacerse cargo de esos bienes en el momento en que lo juzgue necesario para encontrarse en posibilidades de asegurar la continuidad del servicio público cuando así lo exija el interés público.

En este contexto, considero que previo al abordamiento de la extinción de la concesión de servicio público por el vencimiento del plazo, debemos referirnos aunque sea brevemente a la anulación de la concesión así las cosas la anulación lo que hace es suprimir del ámbito jurídico a la concesión, lo que para Jorge Fernández Ruiz se lleva a cabo "...mediante un trámite de anulación, al que de manera equivocada también se le conoce como revocación en el derecho positivo y en la doctrina de diversos países."²⁸⁰

²⁸⁰ Fernández Ruiz, Jorge, *Contratos administrativos*, 2ª ed, México, Porrúa, 2005, p. 408.

Todo ello nos conduce a plantearnos que la anulación por ilegitimidad no debe afectar o tener repercusión en los bienes propiedad del concesionario, estos seguirán perteneciendo al particular aspirante a una concesión, dado que no ha lugar a la reversión de los bienes a favor del Estado, toda vez que la anulación tiene por no otorgada la concesión de servicio público.

En los casos de anulación por algún vicio de ilegitimidad tampoco cabe la indemnización al Estado, ni al concesionario, dado que dichos vicios hacen relación a la violación de una disposición legal por parte del concesionario en complicidad con el concedente, o en sentido contrario, en tal caso ninguna de las dos partes puede alegar violación por ignorancia de la ley, en este caso ambas partes adolecen de título legal para estar en posibilidad de reclamar la indemnización correspondiente.

A) Plazo

Como ya se señaló el vencimiento del término conlleva la extinción de los derechos y obligaciones a cargo del concesionario. En el supuesto de que se haya establecido la reversión, al vencimiento del término de la concesión todos los bienes pasan a formar parte del concedente. En tal sentido el concesionario debe cesar en la explotación del servicio público, asumiendo la administración su papel de gestora de nueva cuenta, o bien utilizar otro tipo de procedimiento para la gestión del servicio público.²⁸¹

Además la administración y el concesionario pueden de común acuerdo pactar una prórroga en la concesión, salvo que exista disposición legal que lo impida. En tal caso si existe la opción de la prórroga a favor del concesionario basta el dicho de este para que aquélla surta efectos.

Al vencimiento del plazo los bienes propiedad de la empresa concesionaria continúan siendo de su pertenencia, sin que opere ningún traspaso de la propiedad a la

²⁸¹ Enrique Sayagues Laso menciona que "...la prestación puede estar a cargo de una entidad paraestatal. En este caso estamos en presencia de la gestión directa. La administración para desarrollar su función propia se vale de sus funcionarios, recursos patrimoniales y su capacidad técnica para de esta forma gestionar ella misma el servicio. Desafortunadamente actualmente la prestación directa de los servicios públicos pierda día con día más fuerza, sin que la gestión de los particulares sea del todo positiva, particularmente en las tarifas que son considerablemente mayores a las cobradas por el servicio público gestionado por la administración, lo que tiene como consecuencia que amplios sectores de la población no pueden pagarlas". Sayagues Laso, Enrique, *op. cit.*, p. 72.

administración.²⁸² Pero en ocasiones la ley o las cláusulas establecidas en el contrato de concesión, señalan que se debe llevar a cabo el traspaso de todos o parte de los bienes a la administración concedente, con o sin indemnización al concesionario. En tal caso el concesionario tiene obligación de conservar en buen estado a los bienes afectados al servicio público, y asimismo la administración puede adoptar ciertas disposiciones para conservar los bienes. En el caso de que las concesiones de servicio público se hubieren llevado a cabo a perpetuidad implicarían por parte del Estado una alineación de su poder para organizar el servicio público, lo que afortunadamente en la práctica es muy remoto que se dé el caso.

B) Caducidad

Si el concesionario no cumple atinadamente sus obligaciones, puede llegar a declararse la caducidad de la concesión de servicio público. Por los efectos que pudiera suscitar la extinción anticipada de la concesión y las perturbaciones que se pudieran originar en el funcionamiento del servicio, esta medida debe adoptarse con sumo cuidado, y solo en casos que verdaderamente amerite la caducidad de la concesión es que debe procederse. En tal caso la caducidad debe ser precedida por notificación al concesionario a efectos de que este goce de su derecho de audiencia, y en caso de persistir la caducidad el concesionario cese en su incumplimiento.

Para que surta efectos la caducidad en la concesión de servicio público no requiere estar estipulado expresamente en el contrato administrativo de la concesión de servicio público, por tratarse de una potestad de la administración pública. A la sanción que da lugar a la caducidad de la concesión de servicio público "...se puede agregar a favor de la nación, la pérdida parcial o total de los bienes reversibles"²⁸³. Esto es así dado que al declararse la caducidad de la concesión, esta se extingue pero el concesionario continúa siendo propietario de los bienes físicos afectados a la prestación del servicio, pues ellos se encuentran protegidos por el precepto constitucional que señala la inviolabilidad de la propiedad privada, salvo que se declare la expropiación por causas de utilidad pública, y por ende se indemnice al concesionario.

²⁸² Los bienes de dominio público que en función del servicio se haya valido el concesionario para la prestación del servicio, pero que no le pertenecen, deben ser devueltos a la administración.

²⁸³ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo "contratos", op. cit.*, p. 409.

No hay duda de que la caducidad de la concesión representa la sanción más grave que pueda ser impuesta al concesionario del servicio, y esta puede estar prevista de forma expresa o tácita, en el caso de que no lo estuviese, de todas formas puede declararse la caducidad si ocurriesen las causas que le aportaren legitimidad a tal medida. La caducidad es una medida a la cual solo se debe recurrir por faltas graves por parte del concesionario o ante un desconocimiento sistemático de las obligaciones en la organización técnica y financiera del servicio.

C) Fuerza mayor

Si el cumplimiento de la concesión se ve interrumpido por causas que vuelvan imposible su ejecución, procede la rescisión sin responsabilidad para ninguna de las partes. La fuerza mayor debe tomar en consideración las características de las concesiones de servicio público, los plazos que en ocasiones son muy largos, en donde se señala que el fin de la concesión es dar satisfacción a una necesidad de carácter general. De ahí que proceda la rescisión del servicio público cuando este llega a la imposibilidad absoluta de financiarse económicamente, luego de que ambas partes hayan hecho hasta lo imposible por hacer los reajustes necesarios que permitan continuar con la prestación del servicio público.

D) Rescate

La administración pública puede rescindir el contrato administrativo de concesión de servicio público de forma unilateral y discrecional, por su facultad recisoria cuando así lo dispongan razones de conveniencia, oportunidad o por así estimarlo conveniente la administración pública en razón del interés general, para que la administración pública pase a prestar directamente el servicio, dicha forma de terminación de la concesión se da sin responsabilidad para el concesionario. Esta forma de dar por terminado se da antes de concluir el plazo acordado por las partes y se le conoce en la doctrina con el nombre de rescate. Por rescate entendemos a la revocación de una concesión de servicio público, efectuada por parte de la administración pública en razón de aspectos de conveniencia u oportunidad, en pocas palabras, cuando el interés público así lo exija. En tal caso no existe incumplimiento por parte del concesionario, por lo que el rescate no es una sanción

sino una medida que toma la administración en base a ciertas políticas que le señalan la conveniencia de dicha medida para el interés público

Cuando la conclusión del contrato de concesión no le es imputable al concesionario, como es el caso del rescate, la administración se encuentra en la obligación de indemnizarlo a este de forma íntegra, lo que significa que tiene que compensarle al concesionario por los daños que le cause la rescisión, así como por los beneficios económicos de que se vea privado por esta decisión unilateral de la administración. Además debe darse la liquidación del vínculo contractual y la adquisición por parte de la administración de los bienes que se encontraban afectados a la prestación del servicio público, lo que representa la consecuencia indirecta del rescate. En apoyo a la teoría del rescate, Jorge Fernández Ruiz señala:

El rescate exige preaviso al concesionario y, según la doctrina, implica indemnización no sólo por el valor no depreciado de los bienes afectos a la concesión, en caso de reversión, sino también por el lucro cesante, lo cual equivale a decir que, en teoría, se debe pagar al concesionario no sólo el valor de los bienes y derechos afectos a la concesión que de hecho revierten a favor del concedente, sino indemnización también, en parte, por la totalidad de las utilidades que deja de percibir.²⁸⁴

El pago parcial deriva de la posibilidad de que tales utilidades no se hubiesen dado en la práctica, en el caso de que no se hubiera llevado a cabo el rescate, y por otra el, "...del principio de equidad, consistente en que tales utilidades fueran las referidas únicamente al lapso de tiempo razonable para que el concesionario pudiera destinar el capital empleado en la prestación del servicio público concesionado, en otra inversión rentable"²⁸⁵. De allí que el rescate se pueda definir como una decisión unilateral por parte de la administración en donde se pone fin a la concesión de servicio público, antes de la fecha establecida para su expiración, sin que se considere que el concesionario incurrió en una causa que diere motivo para declarar la caducidad. El rescate en definitiva se considera una forma de reorganización del servicio público.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 409.

²⁸⁵ *Idem*.

E) Otras formas de extinción de la concesión

Existen además otras formas de extinción de la concesión administrativa de servicio público, entre las que cabe mencionar la muerte del concesionario y la quiebra. En el caso de la muerte del concesionario cabe la posibilidad, si la legislación así lo dispone, que los derechos concesionales se transfieran a los herederos. En caso de quiebra del concesionario lo que procede es la caducidad del contrato de concesión administrativo.

8. LA REVERSIÓN DE LOS BIENES A LA ADMINISTRACIÓN

La reversión representa el paso de los bienes materiales objeto de la concesión de servicio público al concedente, de conformidad a lo pactado en el contrato administrativo de servicios públicos, en tal caso al término de la concesión administrativa, procede la reversión de los bienes del concesionario, para que estos pasen a formar parte del patrimonio del concedente para continuar la prestación del servicio público al concluir la concesión. Pero de ninguna manera debe considerarse a la reversión como una forma de extinción de la concesión, pero si como una causa de ello. Sin extinción de la concesión no puede haber reversión.

Resulta lógico que proceda la reversión al termino de la concesión del servicio público, dado que en teoría los bienes dejan de tener algún interés económico para el concesionario, lo que no ocurre con el concedente, para quien si tiene aun un enorme interés económico²⁸⁶. Por eso Celso António Bandeira de Mello señala el siguiente ejemplo: “Los vagones ferroviarios, las locomotoras, los patios de maniobras, las estaciones de embarque y desembarque de pasajeros o cargas, los rieles, sólo se pueden utilizar; adquiriendo de esta forma expresión económica, por un concesionario de transporte ferroviario. Sin esta calidad la empresa no podrá hacer nada con ellos, y poco provecho económico podrá extraer de ellos. Al pasar el poder público ellos constituyen precisamente las condiciones indispensables para continuar el servicio.”²⁸⁷

²⁸⁶ Bandeira de Mello, Celso António, *Curso de derecho administrativo*, trad. Valeria Estefanía Labraña Parra, México, Porrúa, 2006, p. 668. Para este autor los bienes objeto de la concesión de servicio público dejan de tener interés económico para el concesionario al término del contrato, opinión que no comparto del todo, ya que considero que esa pérdida de interés es relativa. Si el bien todavía tiene enorme valor económico no sería raro que el concesionario en uso de su poder económico maniobre en aras de conservar el bien sin importarle lo establecido en el contrato, solo en caso de que el bien pierda valor es posible que pierda interés en el concesionario.

²⁸⁷ *Idem*.

En idéntico sentido se encuentran los bienes afectados a la prestación del servicio público adheridos al suelo, y que como tal no pueden ser removidos, dado que al serlo pierden una parte importante de su valor o en ocasiones todo el valor. Ejemplo de esto son las estaciones eléctricas, torres de retransmisión o generadores de energía. De ahí que para el concesionario del servicio público este tipo de bienes gozan la mayoría de las veces de escasa significación económica una vez que concluya la concesión. En sentido inverso, para el concedente ellos constituyen la condición indispensable para la prestación y continuidad del servicio.

En todos los servicio público, se requiere que los bienes y derechos propiedad del concesionario queden identificados con precisión en actas oficiales en que participen concedente y concesionario, determinados bienes y derechos propiedad del concesionario quedan afectados a la concesión, a fin de que cuando esta termina reviertan dichos bienes a favor del concedente, junto con los bienes objeto de la concesión de dominio público, dado que en caso contrario no podría continuar la prestación del servicio público.

A) Situación que guardan los bienes objeto de la reversión

De acuerdo con lo señalado se pueden identificar dos criterios en el caso de los bienes sujetos a la reversión administrativa. El primer criterio señala que tales bienes pasan a formar parte de la propiedad del concedente desde el momento mismo de la afectación al servicio público, argumentando que tales bienes finalmente pasaran a formar parte de su patrimonio. Por tanto, el concesionario solo goza de un derecho real el cual le permite explotarlos.

Otro criterio establece que el concesionario del servicio público mantiene la propiedad de los bienes afectados a la concesión administrativa durante la vigencia de esta, pero conservando el concedente el derecho real.

B) Indemnización en la reversión

Se puede llevar a cabo la reversión sin indemnización al vencimiento del plazo de la concesión, lo mismo acontece en la caducidad cuando se lleva a cabo como sanción por falta grave, como la que señala el artículo 32 de la Ley de Vías Generales de

Comunicación, por ceder, hipotecar, enajenar o gravar la concesión, o alguno de sus derechos o bienes afectados al servicio público, al extranjero, o por aceptarlos como socios en la empresa concesionaria, o por suministrarle al enemigo en caso de un conflicto de guerra alguno de los elementos objeto de la concesión, y por cambio de nacionalidad mexicana del concesionario, casos en los que: además de perder su garantía constituida conforme al artículo 17, perderá en beneficio de la nación, la vía de comunicación con todos sus bienes muebles e inmuebles, sus servicios auxiliares y demás dependencias y accesorios destinados a la explotación.

En caso de rescate y de rescisión pactada, procede la indemnización en la reversión, de manera proporcional al tiempo transcurrido de la concesión, lo mismo sucede en algunos casos de revocación y de caducidad, lo anterior por no tener el concesionario responsabilidad en la conclusión del vínculo contractual de la concesión administrativa de servicio público.

9. LA CONCESIÓN DE RADIOTELEVISIÓN EN MÉXICO

La realización de la actividad radiotelevisiva en todos los países requiere un título administrativo habilitante: permiso, licencia o concesión. En México la radiotelevisión es considerada una actividad de interés público por lo que es necesario contar con una concesión administrativa para poder prestar los servicios tanto de ondas hertzianas terrestres y vía satélite. La concesión administrativa es un contrato de carácter administrativo que se realiza, en este caso atendiendo lo dispuesto por la Ley Federal de Radio y Televisión.

El objeto de la concesión administrativa en la concesión de un canal de televisión de ondas hertzianas, es la prestación indirecta del servicio mediante la difusión que lleve a cabo el concesionario, ya sea de carácter nacional o regional.

10. LA CONCESIÓN DE DOMINIO PÚBLICO

De conformidad con el artículo 28, antepenúltimo párrafo de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos: “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 fijaran las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitaren fenómenos de concentración que contraríen el interés público”. Por otra parte el artículo 1 de la Ley Federal de Radio y Televisión señala: “Corresponde a la Nación el dominio directo de su espacio territorial y, en consecuencia, del medio en que se propagan las ondas electromagnéticas. Dicho dominio es inalienable e imprescriptible”. Por lo tanto, de acuerdo al artículo 2 de la mencionada ley para prestar el servicio público de radio y televisión se debe adquirir previamente una concesión administrativa para el caso de las frecuencias de carácter comercial y para las culturales un permiso, mismo que habrá de otorgar el poder Ejecutivo Federal.

El otorgamiento de las concesiones de radiotelevisión es mediante licitación pública, por así disponerlo la Ley Federal de Radio y Televisión en su artículo 17: “Las concesiones previstas en la presente ley se otorgaran mediante licitación pública. El Gobierno Federal tendrá derecho a recibir una contraprestación económica por el otorgamiento de la concesión correspondiente”. Para Waline la licitación pública debe quedar excluida, como forma de selección del cocontratante particular, por las siguientes razones: “1) porque, en principio, en el caso de los grandes servicios públicos, en los cuales el esfuerzo económico a cumplir es muy alto, muy pocas personas, podrían presentarse a licitación, por lo que esta carecería de sentido, al no existir una real concurrencia de oferentes; 2) porque en la concesión el concesionario no reclama y, por ende, no cotiza un precio, como ocurre en el contrato de obra pública o en el de suministro, sino que su remuneración resulta de las tarifas que habrá de percibir de los usuarios, de suerte que una fuerte disminución de éstas podría producir la quiebra del contrato y la suspensión o interrupción del servicio, con las naturales consecuencias; y 3) porque en la concesión lo que se pretende es la buena, regular y continuada prestación de un servicio público, por lo cual lo que debe buscarse es un cocontratante que garantice esa mejor ejecución, pasando las consideraciones financieras a segundo plano.”²⁸⁸

²⁸⁸ Waline, Marcel, *op. cit.*, p. 700-701. La postura de Waline aunque cuestionable, es también muy convincente más si recurrimos al derecho comparado para observar el comportamiento que ha tenido esta figura jurídica en la práctica. Como apunta Celso Antonio Bandeira de Mello: “...tanto el permiso como la concesión de servicios públicos se hará “siempre a través de licitación”. De todas formas, entre nosotros, cuando se trata de concesión o permiso administrativo de radio o de televisión, tal regla se ignora totalmente, y se sigue, cuando mucho disimuladamente, la vieja tradición del mero favoritismo. Como se sabe, el número de congresistas que disfruta de tal privilegio es grande. En este sector reina –y no por acaso- un autentico descalabro. La cuestión es particularmente grave porque, en un país con un elevado

Al margen de las desventajas que presenta la licitación pública, si considero que finalmente dicha figura jurídica representa una forma ordenada de elegir al mejor postor, además de que para gestionar el servicio público de radiodifusión se requiere contar con el respaldo de una inversión fuerte, razón por la que los que acuden a competir en la licitación son usualmente grupos con capitales fuertes, pero si considero que debe regularse de forma más eficiente la licitación en la ley, a manera de que se señalen los parámetros que habrá de tomar en cuenta la autoridad concedente para escoger a los concesionarios, y lo deseable sería que también se tomaran en cuenta factores de orden distinto al económico.

11. PLAZO

Establecer una duración temporal en el término de duración de la concesión administrativa es una cuestión de la mayor importancia. Es muy claro que en este punto juegan intereses encontrados: el concesionario siempre tiene la pretensión de buscar plazos largos para así hacer más rentable económicamente su inversión; en cambio la administración busca establecer un justo medio, impulsando por ende un plazo reducido. Pero en todo caso lo que debe privar siempre y en todo momento es el interés general, lo que se habrá de lograr más fácilmente si se logra una rotación en el titular de la concesión, permitiendo que sea una persona diferente al primer concesionario, quien se beneficie con la prestación del servicio público.

Desafortunadamente el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión se encuentra en abierta contradicción con el carácter temporal del plazo que debe tener toda

contingente de iletrados y en el que la porción de alfabetizados que leen, incluso el periódico, es ínfima, la radio y la televisión son los medios de comunicación que verdaderamente informan y, por otro lado, forman, a su gusto, la opinión pública, de tal suerte que los señores de tales medios disponen de un poder gigantesco. En verdad como la abrumadora mayoría de brasileños no accede, o sólo muy episódicamente y de forma restringida, a otras fuentes de información y cultura (libros, periódicos, cine, teatro), los “mensajes” radiofónicos o televisivos no encuentran ninguna resistencia; por el contrario, disculpando la imagen prosaica, “penetran como un cuchillo caliente en la mantequilla”. Bandeira de Mello, Celso Antonio, *op. cit.*, p. 627.

El jueves 7 de junio de 2007 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ratificando sus votaciones de los días anteriores, abolió el uso discrecional –por parte de las empresas de radiodifusión- del espectro radioeléctrico que les ha sido concesionado. Elimino los requisitos que colocaban a los medios de comunicación no comerciales en desventaja para el trámite de nuevas autorizaciones. Asimismo, suprimió la vigencia de las concesiones por 20 años, cancelo su renovación automática, abrogo la licitación como criterio para asignarlas o ratificarlas y considero obligatoria la aprobación de la Comisión de Competencia. También determino que la intervención del senado en la designación de los integrantes de la COFETEL había sido inconstitucional, con lo que se abre la posibilidad para la renovación de ese organismo, ya sea de forma total o parcial.

concesión administrativa, al señalar: “El término de una concesión será de 20 años²⁸⁹ 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.”

En este sentido y con referencia al artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, las palabras de Fernández Ruiz permiten ver la contradicción que guarda dicho artículo con la temporalidad que debe caracterizar a todas las concesiones administrativas de servicio público al “...privilegiar el refrendo de la concesión, como lo hace el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, al preferir al titular de la concesión sobre otros aspirantes a la misma, apunta hacia la perpetuidad de la misma, lo que no sólo contraría su naturaleza temporal, sino que atenta, además, contra la justicia y el sentido ético que debe regir su otorgamiento (...) por lo que sólo cuando no existan otros aspirantes idóneos se puede justificar su prorroga.”²⁹⁰ De otra forma, la perpetuidad del concesionario de radiotelevisión sería totalmente injusta y inmoral, por significar el traspaso de un bien de dominio público al privado, dado que lo que establece el artículo 16 de la referida ley es la eliminación del procedimiento de licitación para el refrendo de la concesión, bastando únicamente presentar la solicitud de refrendo para que esta se renueva automáticamente las veces que sean. Además el presente artículo desalienta la competencia que debe caracterizar a toda licitación pública, que caso tendría presentarse a una licitación pública si el concesionario anterior inmediato lleva ventaja sobre los demás competidores, que se encontrarían en condición de desigualdad frente a los demás competidores, por la postura parcial que tendría la administración hacia una de las partes en pugna en la licitación pública.

²⁸⁹ En este punto sería muy recomendable disminuir el plazo, para darle oportunidad a nuevos concesionarios de gestionar el servicio público de radiotelevisión, así como regular el refrendo estableciendo condiciones para la obtención de este, así como también la fijación de las causas que motiven la pérdida de una concesión de servicio de radiotelevisión. En este sentido la eliminación del refrendo es un buen principio para pugnar por una efectiva pluralidad informativa.

²⁹⁰ Fernández Ruiz, Jorge, “Comentarios a la Ley Federal de Radio y Televisión”, en Huber Rudolf y Villanueva, Ernesto, *Reforma de medios electrónicos ¿Avances o Retrocesos?*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 59. De igual forma para Socorro Apreza Salgado el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión se traduce en “...la transmisión inaudita de la propiedad del espacio radioeléctrico, porque el legislador no dispone ni los requisitos que debe cumplir para refrendarle la concesión, ni las causas de pérdida de una concesión, lo que permite afirmar que bastara la solicitud que el concesionario eleve ante la autoridad respectiva, para obtener el refrendo. Situación bastante grave, ya que de nada sirve que se haya disminuido el término de la concesión, si esta puede ser refrendada de manera automática”. *Ibidem*, p. 77. De igual forma para Socorro Apreza “la Ley vigente de Radio y Televisión surge en un escenario en donde son sólo dos los grupos de comunicación (Televisa y TV Azteca) las que tiene el control de esta

Por todo lo anterior considero que la reforma a la Ley Federal de Radio y Televisión es contraria al interés general que debe caracterizar a la industria de la radiotelevisión, por no contemplar como señala Jorge Fernández, "...las normas jurídicas de carácter general, más que expresiones del imperio del Estado, deben ser sabias y diáfanas manifestaciones de equidad, justicia y probidad, correcta y racionalmente formuladas, dado su propósito de regular la conducta externa humana."²⁹¹

importante actividad económica, por lo que es grave que la presente ley no prevea disposiciones legislativas que inhiban la concentración de medios de comunicación". *Idem*.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 43.

CAPÍTULO V

LA CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO DE RADIO Y TELEVISIÓN

1. LA CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO

La crisis del servicio público es relativa, dado que el fin que animo este concepto sigue inalterado, por lo tanto la crisis se puede valorar desde diversos ángulos, pero en mi consideración, el principal es la nueva orientación ideológica que se observa en las legislaciones,²⁹² aunado a la falta de control que tiene la administración pública en dichas actividades. Por ejemplo Para Alberto Montaña Plata dicha crisis se observa en las concesiones cuando la administración no las regula adecuadamente: "...la institución de la concesión, que teóricamente permitía mantener algunas condiciones de la tradicional concepción de los servicios públicos, adquirió una gran fuerza y comenzó a extenderse esta tendencia que terminó por presentar un panorama en el que muchos eran los particulares que se encontraban ahora en distintos sectores que antes eran ocupados por la Administración Pública, esta situación resulto abiertamente contraria a la concepción subjetiva con que se concebían los servicios públicos, y al mismo tiempo, agregado a la situación anterior, arrojaba una compleja situación de la realidad que resultaba bien lejana de la idea de servicios públicos altamente influida por la escuela de Bourdeaux."²⁹³

Para comprender el alcance de tales aseveraciones, conviene señalar que diversos sectores de la doctrina administrativa se preguntan sobre la crisis del servicio público e inclusive del servicio público en si mismo considerado como institución. En este orden de ideas, los autores que a continuación se señalan, constituyen importantes puntos de vista a partir de los cuales podemos valorar la supuesta crisis.

A) La opinión de Manuel María Díez

El profesor argentino, con gran tacto jurídico hace referencia a la crisis del servicio público, desde la perspectiva de los elementos que integran la definición de este concepto,

²⁹² Por nuestra parte, nosotros creemos que si dicha crisis supone el declive o bancarrota del término, tal crisis no existe; lo cual nos indica que en todo caso estamos en presencia de la evolución conceptual de los elementos servicio público, y en dicho supuesto si cabe hablar de la crisis. En esta nueva concepción de la realidad únicamente se fundamenta la teoría de la evolución sobre dicho concepto.

²⁹³ Montaña Plata, Alberto, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 147-148.

tales como: la persona que atiende el servicio y el régimen que regula dicha actividad, habida cuenta que otro elemento importante en esta figura vendría a ser el fin que persigue el servicio público, mismo que no se encuentra en crisis, ni se encontrara mientras la gente siga teniendo necesidad del servicio público.

Como se ha podido apreciar el servicio público es una actividad técnica, que en sus inicios era prestada por la administración pública, no obstante, dicha crisis sobreviene cuando la gestión del servicio empieza a correr a cargo de los particulares. En tal caso, para Manuel María Diez, la crisis pierde fuerza cuando se acepta que el servicio público sea prestado de forma directa por la administración pública; o de forma indirecta cuando intervienen los particulares, por lo que podemos ver, la evolución consiste en la transición de un Estado social de corte benefactor, a un Estado liberar regulador.²⁹⁴

Con toda razón, para el respetado profesor argentino la crisis del servicio público se localiza en los elementos del servicio público consistentes en el régimen que regula el servicio público y la persona que lo atiende. En el caso del prestador del servicio público, se observa que no solamente la administración presta dicho servicio. Por eso el servicio público será aquel que preste la administración del estado ya sea de forma directa o indirectamente por medio de los particulares.

Sin embargo, la crisis más grave del servicio público en opinión de María Diez, es la que hace referencia al régimen jurídico especial de derecho público, esto se deriva de la aparición de los servicios públicos industriales y comerciales, lo que provoca que el derecho público no sea la única disciplina aplicable para regirlos. Ello es así porque los servicios públicos industriales se rigen sólo parcialmente por el derecho público y el privado.

Como consecuencia de lo anterior Manuel María Diez apunta lo siguiente: “Habría que concluir entonces que la idea del régimen exorbitante de derecho público no es inherente a la definición de servicio público, ya que existen ciertos servicios públicos prestados por las empresas del Estado, donde no se aplica exclusivamente el derecho público sino que rigen parcialmente el derecho público y el derecho privado.”²⁹⁵

²⁹⁴ Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, t. III Plus Ultra, 1979, p. 194.

²⁹⁵ María Diez, Manuel, *Derecho administrativo*, *Ibidem*, p. 346.

B) La opinión de José Luis Villar Palasi

Para el profesor español la crisis del servicio público transita por lo complejo que es lograr una definición homogénea por parte de la doctrina administrativa, hasta que en tanto “no se destruya la tela de Penélope en la que se entrecruzan posiciones doctrinales, políticas y dogmáticas totalmente antagónicas.”²⁹⁶

Así pues, se observa que no es posible hacer referencia a la crisis del servicio público sin que esta figura haya sido previamente definida a cabalidad. No es posible hablar de la pérdida de significado en esta figura jurídica sin saber con certeza su significado.²⁹⁷

Debe destacarse como una cosa sorprendente y curiosa del concepto servicio público, en cuanto una de las más importantes técnicas administrativas así como también pilar y fundamento del viejo derecho administrativo, a pesar de ser uno de los núcleos primordiales alrededor del cual se edificó la especialidad del derecho administrativo, carezca de una definición armónica en la doctrina y que sea aplicable a cuantos supuestos aparecen en nuestra dispersa legislación definidos como servicio público.²⁹⁸

Nos encontramos en presencia de una institución o una técnica administrativa no edificada completamente, razón por la que sería muy útil alcanzar una construcción casi total, aunque inacabada. Para José Luis Villar Escurra: “A diferencia del derecho común,

En Francia dicho problema cobra especial importancia ya que el servicio público cumple una función específica: la delimitación de competencias jurisdiccionales, en donde el concepto de servicio público es la base o no para acudir a la jurisdicción contenciosa, pero fuera de Francia este problema no tiene importancia ya que el servicio público no opera como parámetro de delimitación de competencias.

²⁹⁶ Villar Palasi José Luis, Prologo a: Villar Escurra, José Luis, *Servicio publico y técnicas de conexión*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 10. Para el prologuista lo ambiguo de la definición de servicio publico no es determinante en el sentido de que así sea en un futuro “y ello no quiere decir que este para siempre sea la personalidad del Derecho, sino, por el contrario, la certidumbre de lo que aquí y ahora es un servicio público, utilizándose contradictoriamente el término para algo que quizá esta en la mente del legislador y del operador jurídico, pero que carece de un auténtico deslinde que, de cierta manera, verifique qué actividades son servicios públicos, los agrupe en razón de su homogeneidad y categoría.”

²⁹⁷ “La idea del servicio público empezó a ser en sus comienzos no una idea definida y clara que pudiera estar incluida en una definición legal, doctrinal o jurisprudencial, sino, por el contrario, como una especie de omnipresencia en la actividad administrativa, una categoría jurídica descategorizada, un ente ubicuo, una especie de falta de aparición por doquier y que cada uno interpretaba a su capricho. La trayectoria del servicio público en cuanto categoría jurídica es, pues, justamente, el largo proceso de las ideas básicas del contrato y del dominio. Nacido sin perfiles va recobrando su protagonismo, su categorización positiva y su posible juridización justamente en aquellos momentos en los que deja de ser una idea oblicua y vaga, una especie de espíritu animador de una política del derecho y pasa a ser, agotada ya su fertilidad en el siglo XIX, algo ya aprensible o categorizable.” *Ibidem*, p. 14 – 15.

²⁹⁸ En concordancia con Palasi el francés Laubadère señala: “la causa de este desinterés de la doctrina por el concepto de servicio público se debe al desprestigio del criterio como noción basilar del derecho administrativo. Sin embargo, una cosa es que la idea del servicio público no pueda ser utilizada para explicar toda la actividad administrativa y otra muy distinta que deba ser desconocida, con olvido de su relevante y siempre actual importancia, en cuanto que representa uno de los núcleos más importantes de la administración pública”. *op. cit.*, pp. 562 y ss.

llámese derecho civil, derecho procesal o derecho penal, el derecho administrativo es maestro en esta suerte de artilugios mentales. Son justamente las instituciones claves del mismo las que se resisten a una definición total, completa, que pueda servir además de antecedente a ulteriores investigaciones sobre el tema.”²⁹⁹

A través de las ideas del profesor Palasi se ha constatado la crisis en la definición del concepto servicio público, la cual es para este consustancial a la misma idea de derecho administrativo y por tanto contagia a aquellas instituciones que son los puntales alrededor de los cuales se edifica la idea de esta figura jurídica.³⁰⁰

C) La opinión de Agustín Gordillo

Para el profesor argentino Agustín Gordillo, la referida crisis sobre el servicio público se manifiesta especialmente en dos elementos –el de la persona que lo atiende y el del régimen que lo regula- mismos que entraron en crisis hace ya mucho tiempo.

Respecto a la persona que atiende al servicio, se observa que no era ya sólo la administración por sí misma o mediante concesionarios la que se encargaba de satisfacer necesidades de interés público bajo un régimen especial, sino que también era posible encontrar otras entidades encargadas de satisfacer necesidades semejantes. De esta forma surgen diversas entidades profesionales o corporativas como los Colegios de Abogados los cuales son creados y organizados por la ley, pero con autodeterminación de su régimen de funcionamiento, cuya actividad se encuentra sometida a un régimen exorbitante del derecho común, de lo cual se desprende, que tienen asignadas por ley atribuciones de poder público en algunas cuestiones tales como: ingreso a la profesión, control de la matrícula, habilitación profesional temporal y ulteriores rehabilitaciones temporales, por lo que el autor argentino concluye lo siguiente:

Se asevera que ello constituye una crisis de la noción de servicio público, pues habría allí un servicio público prestado directamente por particulares o al menos por órganos que no forman parte de la administración ni tienen un contrato de concesión con ella para realizar tal actividad. Si un servicio público podía ser prestado no sólo por el

²⁹⁹ Villar Escurra, José Luis, *op. cit.*, p. 73.

Estado o con su autorización, se podía definir al servicio público exclusivamente por su objeto. (...) retoma así su *élan* la “noción funcional” o “existencial” de servicio público.³⁰¹

De manera, que puede haber servicio público sin estar presente el Estado ni existir un acto que exprese la concesión del poder público hacia el particular, es posible sostener de todas maneras que la actividad es materialmente un servicio público y por tanto debe ser considerada jurídicamente como tal. Sin embargo ese aspecto de la crisis del servicio público se puede omitir, pues estas asociaciones profesionales, corporaciones, de oficios, etcétera; No son personas a las que les sea ajeno el proceso administrativo. El contrato temporal de concesión o licencia no es el único medio por medio del cual el Estado puede delegar poderes de naturaleza pública a un ente determinado para que realice una parte de la función administrativa, ya que también puede la ley directamente crear un ente y conferirle tales facultades sin limitaciones de tiempo establecidas.

La ley distinguió, así, dos tipos de entes: unos, en donde los directivos son nombrados directamente por el Estado (entes autárquicos, empresas del Estado) y otros en los que los directivos son nombrados por los administrados (asociaciones profesionales y gremiales, etcétera) en esta interpretación, al decir entonces que el servicio público es una actividad realizada directamente o indirectamente por la administración, no se excluye de la noción a ninguno de los casos traídos a la luz por la doctrina francesa moderna. Por lo tanto, pareciera que no es posible admitir la noción virtual, funcional o existencial del servicio público, con el alcance de las actividades que son un servicio público por su propia naturaleza, con independencia de que exista un acto expreso de reconocimiento por parte del Estado, pues en ese supuesto ya la noción ha perdido límites concretos y su ámbito de aplicación puede abarcar prácticamente a cualquier actividad humana, independientemente de que exista voluntad estatal de considerarla servicio público.

Por lo visto, para Agustín Gordillo atribuirle a una actividad la consideración de servicio público por su esencia o naturaleza resulta tan opinable como hacer una referencia al dominio público por su esencia o naturaleza.³⁰² Por tanto, habrá de ser el legislador el encargado de establecer cuando una necesidad habrá de ser satisfecha por los procedimientos del servicio público.

³⁰¹ Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. 197.

Otro aspecto donde el referido autor aprecia la crisis del servicio público es en los servicios públicos impropios los cuales no son administrados directa o indirectamente por el Estado y que, teniendo por finalidad satisfacer necesidades públicas, se rigen por un régimen exorbitante del derecho privado (servicios públicos impropios). Se trata pues, de un concepto híbrido con el cual se quieren designar a las actividades de ciertos particulares a quienes el Estado exige autorización y reglamenta sus servicios con miras a asegurar su continuidad así como la certeza y uniformidad en las tarifas.

Para Agustín Gordillo, la determinación de aplicar un régimen de derecho público a una determinada actividad estatal no compete a la doctrina, sino al orden jurídico. Lo que piense la doctrina acerca de que se considera público no tendrá sentido, en tanto no se incorpore dicha opinión al derecho positivo, mientras eso no suceda se estará en presencia de meras consideraciones de tipo personal. En caso contrario dichos señalamientos no tendrán importancia ya que: “Solamente el régimen jurídico positivo puede justificar la denominación y ese régimen jurídico tan intervencionista sólo tiene sustento constitucional suficiente cuando antes se ha otorgado un privilegio o monopolio bajo forma de monopolio o concesión o licencia. Es necesario terminar con este experimento esencialista que la doctrina ha ensayado por décadas y volver a aplicar una sana dosis de mínima dogmática jurídica para restablecer el orden.”³⁰³

D) La opinión de Enrique Silva Cimma

Para el profesor Chileno la crisis del servicio público es jurídica y se aprecia en la confusión existente entre lo público y lo privado, de manera principal cuando el Estado se desempeña como empresa. Ante tal aseveración Silva Cimma se pregunta ¿habría que sostener entonces que estamos frente a una noción intrascendente, o que, por lo menos, ha perdido su consistencia jurídica dentro del plano de relatividad histórica del Derecho Administrativo?

De allí que Silva Cimma, señale que lo que está aconteciendo es la evolución natural que a menudo muestran conceptos tan polémicos como el de servicio público. Sobre este particular, Silva Cimma, comenta:

³⁰² Para Miguel S. Marienhoff, “también puede haber servicios públicos cuya índole de tales no derive de un acto estatal expreso o de un hecho o comportamiento de la Administración Pública, sino de su propia naturaleza o esencia.” *op. cit.*, p. 55.

Ya no prima integralmente la noción orgánica, porque se ha abierto camino el criterio activista o funcional para definirlo; y, por otra parte, como bien sostiene Garrido Falla, ya no será siempre necesario acudir al Derecho Público como manera exclusiva de actuar de los servicios públicos, porque la interdependencia y aplicación armónica de esta disciplina jurídica, en relación con el Derecho Privado, hará que el servicio público escoja aquel procedimiento normativo que más convenga a la correcta y expedita satisfacción de las necesidades para que fue creado. Se trata, simplemente, de una cuestión de relatividad de las normas del Derecho Administrativo, pero preciso es concluir, que mientras subsista el Estado de Derecho, la concepción jurídica de servicio público se mantendrá en todo su vigor, porque, a lo menos formalmente, es una de las mayores garantías con que cuenta la colectividad como medio de defensa de los derechos y garantías individuales que la Carta Política Fundamental consagra.³⁰⁴

E) La opinión de Héctor A. Mairal

Apunta el respetado profesor argentino, en su ya clásico estudio intitulado “La ideología del servicio público”, que la mencionada crisis afecta a la noción tradicional de servicio público en sus elementos (objetivo, subjetivo y normativo), los cuales ante la evolución de los cometidos estatales de la sociedad comenzaron a faltar.

Es así, que el rol de la noción de servicio público como definatorio de la jurisdicción administrativa perdió claridad ante el surgimiento de nuevas actividades estatales a las que se les otorgó el calificativo de servicio público con el aditamento de “comerciales o industriales”, pero que no habilitaban el acceso a la jurisdicción ni se encontraban íntegramente sujetas al derecho administrativo. De manera, que se expandió la noción conceptual pero esto a cambio de perder uno de sus atributos: la plena sujeción al derecho y a la jurisdicción administrativa los cuales dejaron de ser ya elementos indispensables de la definición. Posteriormente la mencionada crisis se agrava aun más, al encomendarse la gestión de los servicios públicos a organismos privados sin recurrir al régimen de la concesión. Sobre el particular Héctor Mairal agrega lo siguiente:

Quedó entonces solamente la actividad o fin de interés general, justamente el elemento más impreciso de los tres, como nota definatoria. Agrego un factor más de confusión la aparición de los llamados servicios públicos sociales, o sea aquellos que

³⁰³ Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. 200.

³⁰⁴ Silva Cimma, Enrique, *op. cit.*, pp. 66 – 67.

tienen por objeto proporcionar a los sectores más desprotegidos de la población, prestaciones que los cubran de los riesgos inherentes a su condición social.³⁰⁵

No debe extrañar, entonces, que se sostenga que la noción de servicio público adolece de valor jurídico, al abarcar realidades profundamente diferentes en su régimen jurídico y de alguna manera exige la aplicación del derecho administrativo, que no representaba una verdadera categoría jurídica sino un mero rotulo que los tribunales administrativos utilizan con entera libertad para allegarse competencias en diversas materias. Es en este contexto que Héctor Mairal señala:

...la misma imprecisión de la noción de servicio público lleva a expandir excesivamente el campo del derecho público al extender la regulación estatal a actividades que deberían dejarse libradas a la iniciativa privada (caso del deporte) y en las cuales su caracterización como servicio público no hace sino coartar las libertades individuales.”³⁰⁶

F) La opinión de Jean-Louis De Corail

Para el destacado tratadista, de la Universidad de Toulouse, que ha elaborado la crítica más profunda y acuciosa sobre la crisis del servicio público, que se aprecia en su importante obra intitulada *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, publicada en 1954, en la que desarrolla a detalle el proceso evolutivo de las crisis del servicio público.³⁰⁷

La primera crisis que se aprecia en este proceso evolutivo, es la que se refiere a las empresas que tienen a su cargo los llamados servicios públicos industriales o comerciales.

La segunda etapa de esta gran crisis del servicio público, responde a la creación de organismos de tipo corporativo, los cuales también se les conoce con el nombre de establecimientos de utilidad pública.

Por último, la tercera crisis es la que tiene su origen en la multiplicación de las empresas nacionalizadas, a partir del fin de la segunda guerra mundial, y tienen su

³⁰⁵ Mairal A, Héctor, *op. cit.*, p. 371.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 372.

Sobre el particular Ariño Ortiz: “el Estado no es más que un conjunto de servicios públicos, cuyos límites son indefinidos, el servicio público justifica todas las extensiones del Estado y todas las restricciones de las libertades públicas: él abre la vía a la esclavitud”. *Economía y Estado, op. cit.*, p. 159.

característica principal en que desempeñan su gestión conforme a la regulación comercial e industrial y, por consecuencia se ubican en la esfera de competencia de los tribunales judiciales.

En resumidas cuentas estas crisis son constituidas esencialmente por la admisión de un concepto de servicio público industrial, de una noción objetiva de servicio público, así como también por la aparición de las llamadas empresas nacionales que han contribuido a la degradación del concepto.

Por lo que, si los servicios públicos permanecen sumidos en un mínimo de dependencia estatal y de régimen especial, lo que no permite distinguir el servicio público de la empresa privada dentro de la cual se ubica a veces. Será solamente el interés general de la actividad ejercida lo que permita descubrir verdaderamente al servicio público.

Las anteriores críticas acuñadas por el francés Jean-Louis de Corail, le permitieron reflexionar y analizar dicha crisis, lo que a su vez le permitió encausar un proceso de modificación de dicho concepto, Acerca de esta etapa de reflexión y análisis, el autor francés apunta lo siguiente:

Las crisis sucesivas han contribuido a arruinar una noción jurídica que, desde la época de su aparición, no había sido plenamente satisfactoria, por lo que al término de su estudio cree poder afirmar fundamentalmente que en el derecho administrativa francés la noción de servicio público ya no tiene un valor jurídico significativo ni relevante, habida cuenta que ya no juega más que un rol de segundo plano.³⁰⁷

De esta suerte, se puede señalar que, desde los orígenes de esta noción, la teoría del servicio público no había podido mostrar más que un valor aproximativo. El concepto servicio público había sido definido en función de las condiciones jurídicas de organización de la empresa, esto es, en función del elemento de poder público; sin embargo, una parte

³⁰⁷ Para Jorge Fernández Ruiz este concepto vivió su época de apogeo “a mediados del presente siglo, según la cual el servicio público venía a ser una empresa creada por la autoridad pública, para satisfacer una necesidad de interés general, bajo un régimen exorbitante de derecho común”. *op. cit.*, p. 106.

³⁰⁸ Corail, Jean-Louis, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954, 340. Dicho de otra forma, el contrato administrativo de concesión o licencia no son el único medio por medio del cual el Estado delega poderes de naturaleza pública a un ente determinado para que busque realizar una parte de la actividad de la administración pública; también es posible que por medio de la ley se cree un ente y se le confieran tales facultades sin limitación de tiempo.

había sido hecha contrariamente a la enseñanza del francés Duguit y, por tanto desde la gestión privada.

Por tanto, se debe admitir que esos caracteres se han amplificado; si se toman en cuenta los diversos elementos del régimen especial que la doctrina liga estrechamente a la noción de servicio público, se advierte pues, un relajamiento considerable de ese vínculo dentro de los mismos servicios públicos.

G) La opinión de Luciano Parejo Alfonso

Luciano Parejo Alfonso cuando se refiere a la crisis del servicio público hace referencia a la autonomía que debe tener el derecho administrativo respecto al régimen propio de la actividad administrativa de los servicios públicos. En este sentido nuestro autor señala que la administración se encuentra regida por un derecho propio y especial. Por lo que solo de manera ocasional la administración habrá de adaptarse al derecho común. En este sentido se puede observar que el derecho administrativo se nos presenta con una sólida coherencia interna, y así se encargó de reflejarlo la escuela clásica de burdeos, ya que para esta escuela el derecho administrativo era un derecho de corte autónomo y único capacitado para regir la actividad del servicio público.

Son pues los vaivenes³⁰⁹ a los que nos somete la teoría del servicio público, descuido en su método en busca de un sentido que no se ha dejado formular de una vez por todas. Según Luciano Parejo Alfonso: “Por de pronto un aspecto no desdeñable de la actividad administrativa –la desplegada por empresarios privados a través de la técnica concesional- suponía ya de principio un desafío a la teoría del servicio público, en cuanto dicha actividad no se regía por el derecho público. Pero la distancia entre teoría y realidad se va a ir agrandando a lo largo de la primera mitad de este siglo, alimentada e impulsada por las profundas transformaciones económico – sociales inducidas por las dos guerras mundiales”³¹⁰.

³⁰⁹ Es evidente que la realidad forzó a que paulatinamente se reconociera que el planteamiento original de Duguit no era el correcto. Se trata, pues, de una quiebra motivada por la ruptura que debía guardar la teoría del servicio público

³¹⁰ Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto de derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, p. 99.

2. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO SERVICIO PÚBLICO

Como se ha venido observando, las divergencias doctrinales sobre el concepto de servicio público son múltiples y se extienden hasta el punto de que se comente si ésta noción sufre o no una crisis; sin embargo lo que se debe advertir es que la idea del servicio público es muy cambiante por diversos factores: sociales, culturales, políticos, económicos, por lo que ha continuación se muestran los aspectos más importantes de dicha evolución.³¹¹

Reforzando lo anterior, se puede señalar que a partir de la segunda guerra mundial, las nacionalizaciones fruto de la misma pusieron, a final de cuentas al descubierto que la gestión llevada a cabo por la administración de los servicios público era meramente de carácter instrumental: dicha gestión es posible que opere tanto por régimen de derecho público como de derecho privado. De esta forma el derecho administrativo dejó de explicarse únicamente a partir de un solo principio capaz de sustentarlo por entero, desde el momento en que comienzan actuar en su seno dos principio con igual normalidad. Así la administración se ve en la necesidad de explicar sus cometidos desde un punto de vista dualista.

A) El servicio público y las resoluciones del Consejo de Estado Francés

El servicio público fue poco usual en la primera mitad del siglo XIX, pero su sentido vago e impreciso empezó a aclararse con las resoluciones del Consejo de Estado francés, que tuvieron por propósito afirmar la competencia de los tribunales administrativos respecto de asuntos donde se implicara la responsabilidad del Estado, por lo que también dicho tribunal expresó las razones que impedían a la autoridad judicial conocer de tales asuntos. Acerca de la relación del servicio público con los tribunales administrativos, Jorge Fernández Ruiz precisa:

Entre los argumentos que aduce el Consejo de Estado en su resolución sobre el caso Rothschild, para sostener su competencia y negar la de la autoridad judicial, en materia de responsabilidad del Estado, destaca la consistente en que corresponde a la administración regular –dentro de los límites establecidos por la ley- las condiciones de

³¹¹ Es muy evidente que el servicio público, como cualquier institución jurídica, termina por ser afectada por las transformaciones impuestas por el momento histórico en que le toca desarrollarse. Ese proceso habrá de mostrar una variación según el país, las instituciones jurídicas son muy tendientes a albergar una cierta dialéctica interna, signada por la realidad social, política y económica, que les conduce a transformarse, adaptarse o desaparecer de forma temporal. Es bastante claro que la institución del servicio público no es ajena a las transformaciones sociales, pues al ser dependiente de la realidad social, no puede sobrevivir si no se adapta a dichos cambios.

los servicios públicos cuya existencia está obligada a asegurar, así como determinar las relaciones establecidas entre el Estado, los agentes que actúan en su nombre y los particulares que aprovechan tales servicios.³¹²

Posteriormente con decisiones como la del arret Blanco se continuó consolidando la noción de servicio público como pauta para el deslinde de competencias jurisdiccionales y en consecuencia robustecer tanto la autonomía del juez administrativo, así como también la del derecho administrativo frente al derecho privado.

B) El servicio público en León Duguit

Quien primero abordó de manera concreta el concepto de servicio público es el profesor León Duguit, de la Universidad de Burdeos; al aprovechar las ideas que vierte la jurisprudencia francesa, que le proporcionan la pauta para elaborar el concepto de servicio público, mismo que fue de gran magnitud e importancia, ya que al ser toda la actividad del Estado cuyo cumplimiento deben asegurar, regular y controlar los gobernantes, sustituye a la noción de soberanía, el Estado no es un poder de mando, una soberanía sino una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes.

En este sentido, la noción de servicio público acuñada por el ilustre profesor León Duguit, constituye el punto de partida de un debate inacabado, de un proceso dialéctico e ideológico que aun no concluye, más si se observan los numerosos cambios en la idea, en el concepto y en la definición de esta institución, que tienen por finalidad superar las diversas objeciones que la doctrina y la evolución de la sociedad le han impuesto a esta idea, con lo cual se generan las sucesivas crisis a las que ya hemos tenido ocasión de referir anteriormente.

C) La propuesta de Gastón Jéze

Miembro importante y compañero de Duguit de la Escuela de Servicio Público, realizó importantes aportaciones sobre la figura de servicio público, como consecuencia de las fuertes críticas hacia la postura doctrinal de Duguit, Jéze propone una nueva noción, menos ambiciosa, en la cual servicio público equivale a toda la actividad de la administración pública, pero excluye la actividad legislativa y jurisdiccional. Para Jéze el

³¹² Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 108.

servicio público es la base del derecho administrativo, en tanto que para Duguit era el fundamento de todo el derecho público.

D) La postura de Hauriou

Ante las críticas a la posición de Jeze, hubo necesidad de acotar aun más dicha noción, lo que fue bien recibido por la doctrina administrativa, por tanto, Hauriou propone entender al servicio público solo como una parte de la actividad de la administración pública, lo que al parecer le permitió a la doctrina zanjar la objeción a la enorme postura de Duguit.

Queda claro que no toda la actividad que deba controlarse y regularse debe ser considerada como servicio público, por lo que algunos autores elaboraron la distinción entre servicio público y función pública, una hace referencia a la soberanía, tales como juzgar, o hacerse cargo de la seguridad pública; en tanto que el servicio público se encuentra orientado más que nada a satisfacer necesidades de tipo general.

E) El papel de Arnaldo de Valles en la reconstrucción del concepto de servicio público

La idea de que el servicio público únicamente podía crearse por medio de la ley, no encontró unanimidad en la doctrina, y por tanto dio lugar a una profunda crisis del concepto aludido, que a la postre se traduciría en una de las grandes crisis del servicio público. Sin embargo, dicha crisis fue superada mediante las ideas de Arnaldo de Valles, que tenían por objeto diferenciar a los servicios públicos en dos categorías distintas, los propios o creados por la ley, y los impropios que no son producto de una determinación del legislador, pero que en razón de su importancia para la sociedad son considerados como tales por la doctrina.

F) El servicio público industrial y comercial

Otra forma de apreciar la crisis del servicio público tiene su origen en la aparición y proliferación de un nuevo tipo de servicio que es operado por instituciones en mano pública, en condiciones similares a los servicios públicos regulados por el derecho privado, no obstante, la jurisprudencia francesa los considero servicios públicos industriales y

comerciales. Esto trajo como consecuencia que se desestimara el criterio formal que consistió en sujetar al servicio público a un régimen jurídico especial de derecho público.

De esta forma los servicios públicos industriales y comerciales,³¹³ se regulan en parte por el derecho privado y en parte por el público, cambiando el criterio anterior que señalaba que los servicios públicos debían ser regulados por el derecho público. Sin embargo, dicha situación, exceptuando a Francia careció de importancia:³¹⁴

Entre nosotros el problema carece de importancia, ya que la idea del servicio público no sirve de base para distinguir los supuestos en que tendrá competencia el tribunal en lo contencioso administrativo o el tribunal en lo civil. Lo que interesará será si en el caso sometido a consideración del tribunal en lo contencioso administrativo, se aplica en alguna manera el derecho administrativo. Por ello, la nueva actividad mercantil o industrial que realiza la administración no ha ejercido influencia en la noción de servicio público como delimitadora del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.³¹⁵

Mientras que en Francia los servicios públicos industriales y comerciales tuvieron una mayor penetración, más que en la delimitación conceptual del servicio público, lo importante es ubicar las competencias jurisdiccionales, mismo que fue determinante para clarificar la noción del servicio público.

En tal caso, se puede pensar de forma racional, y calificar como servicios públicos industriales y comerciales a aquellos servicios que se encuentran destinados a realizar actos de comercio, y en consecuencia quedan sujetos a la competencia del tribunal judicial para que resuelvan éstas.

³¹³ Para José Luis Meilan Gil, el servicio público industrial y comercial es un ejemplo de la inflación que ha tenido este concepto por parte de la doctrina en aras de salvaguardar la funcionalidad del mismo, sin darse cuenta que lo que estaba ocurriendo era llevarlo a su crisis de identidad que es donde actualmente se encuentra situada dicha figura, por eso "...la funcionalidad de la categoría es decir, su papel de concepto clave para la definición y práctica contenciosa de la materia jurídica administrativa, se amplió hasta el máximo su ámbito servicios públicos virtuales o impropios, servicios comerciales e industriales, vocación o misión del servicio público "hasta llegar a ponerlo en cuestión, hablándose de crisis del servicio público a mediados de este siglo. Pero la experiencia, una cierta cura de modestia, se podría decir, que ha permitido igualmente hablar en Francia de un lázaro jurídico, de su revalorización o razonablemente, de su redimensionamiento". Meilan Gil, José Luis, *op. cit.*, p. 345.

³¹⁴ Desde hace ya buen tiempo se comenzó a hablar, especialmente en Francia, de la crisis de la noción jurídica de servicio público, crisis que se suponía estar reflejada en los tres elementos que integran el concepto de dicha noción, a saber: el fin que el servicio busca cumplir, la persona encargada de prestar el servicio y el régimen regulador de dicha actividad.

³¹⁵ Díez, Manuel María, *op. cit.*, pp. 195-196.

Así pues, la teoría del servicio público industrial y comercial, se fundamenta en normas de la industria y el comercio. Como apunta Jorge Fernández Ruiz, "el movimiento universal de reprivatización no sólo ha cesado el crecimiento de los servicios públicos industriales y comerciales, sino que ha disminuido sensiblemente, aun en Francia, su país de origen."³¹⁶

Otra forma de apreciar al servicio público industrial y comercial se sitúa en el movimiento político, económico y social en los últimos cuarenta y cinco años; Es en realidad una noción más fruto de la política que de la técnica jurídica.

Definitivamente muchas de las grandes nociones de carácter técnico principian por ser nociones políticas. Por eso, en el caso del servicio público el paso de la política a la técnica es bien complicado: la noción de servicio público industrial o comercial, a más de cuarenta años de haber nacido, no se encuentra construida todavía jurídicamente de forma válida. Esto se explica porque el fundamento político de la noción carece de rigor. Y no podría ser de otra forma cuando corresponde a una aplicación de ideas políticas que estaban ya superadas en 1921, máxime si no cesan de estarlo cada día más. Sobre lo anterior Francis Paul Benoit afirma lo siguiente: "Los magistrados del Tribunal de Conflictos han querido utilizar la técnica jurídica como un freno respecto de una evolución que no les agradaba políticamente. Han creado, pues, a este efecto una técnica jurídica nueva sobre la base de una concepción política superada. Mientras más prosigue la evolución, a pesar de ello, el freno se revela inoportuno".³¹⁷ Está es la razón fundamental de que surjan innumerables dificultades a las que da lugar la noción de servicio público industrial y comercial. En sentido contrario para la doctrina la noción de establecimiento público industrial o comercial, descansa sobre un fundamento que por ser muy discutido, lo es en menor grado que el de la noción de establecimiento público industrial y comercial que genero y aun genera muchas complicaciones, en Francia, país de origen de este concepto.³¹⁸

³¹⁶ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 114.

³¹⁷ Benoit, Francis – Paúl, *op. cit.*, p. 954.

³¹⁸ *Idem.*

3. EL SERVICIO PÚBLICO EN EL ACTUAL ENTORNO JURÍDICO

El concepto servicio público se encuentra motivado por diversos aspectos: cuestiones políticas, económicas e ideológicas, son estas nociones las que han hecho evolucionar a esta figura en uno u otro sentido.³¹⁹ Están ocurriendo diversos fenómenos a una gran velocidad, lo que en principio se consideró servicio público ya no es considerado de esa forma, no obstante las necesidades sociales no solo no han cambiado sino han aumentado, por lo que es prudente reflexionar en aras de encauzar el bienestar para vivir en una sociedad más justa y igualitaria, en la que los hombres puedan convivir en un entorno de solidaridad que les permita desarrollarse y formarse para poder enfrentar con dignidad los retos que les depara el mañana. En este sentido el servicio público, pese a la embestida del proyecto liberal sigue teniendo vigencia, pese a los múltiples cambios que se han sucedido el fin que anima a dicha institución se encuentra más vigente que nunca³²⁰. En tal sentido el jurista de corte anglosajón Roscoe Pound señalaba que: “Las sociedades de hoy demandan servicios que van mucho más allá de aquellos que el Estado liberal, encargado de mantener el orden y reparar las injusticias, podía ofrecer. En una sociedad industrial compleja resulta cada vez más difícil conseguir por propia iniciativa personal muchas cosas que el público desea ver realizadas y rápidamente. Agencias y entidades administrativas encargadas de promover el bienestar general han llegado así a ser una necesidad y están aquí para muchos años. Resultaría fútil luchar contra la idea de un service state que guarde el debido equilibrio con la idea de espontánea iniciativa individual característica de América. Lo que uno debe resistir y combatir, no es la prestación por el Estado de muchos servicios públicos que aquél puede llevar a cabo sin atentar a nuestro sistema legal y político, sino la idea de que todos los servicios deben y pueden solamente ser realizados por el Gobierno.”³²¹

Es pues el servicio público un instrumento maleable que por lo mismo permite su adaptación a una diversidad de circunstancias reales. No ha faltado quien llame a poner atención acerca de la supuesta falsedad en la construcción del servicio público construido

³¹⁹ Hemos visto más arriba que una de las interpretaciones sobre la crisis del servicio público se centra en la diversidad de interpretaciones que se le ha atribuido la doctrina jurídica administrativa, muchas de las cuales mantiene posturas encontradas con otros conceptos, lo que ha dado lugar a que se hable no solo de la crisis del concepto sino del servicio mismo.

³²⁰ En efecto, cuando algo se considera servicio público, bien de gran importancia para la población, por una parte se busca impedir que terceros sean un obstáculo, y que su titular o quien haya sido designado para prestarlo, procedan por acción u omisión, de forma abusiva, ya sea que no se respeten los derechos del administrado o se sacrifiquen derechos de los usuarios del servicio.

por la escuela francesa del servicio público, que busco ser exportada con rango de validez universal y como una categoría estática.

De esta forma, el servicio público puede entenderse como la determinación de determinados compromisos ideológicos, políticos, económicos y sociales, generados por la idea del progreso orientado por las innovaciones tecnológicas. El significado de este proceso se encuentra ilustrado en el vínculo Estado – Sociedad.

Es importante hacer notar que el jurista José Meilan Gil, testifica la postura anterior al dejar señalado que:

Después de la segunda guerra mundial la ola fue el Estado de bienestar y las nacionalizaciones, el auge de las empresas públicas, de la actividad directa del Estado en los ámbitos sociales y económicos. Ahora nos encontramos metidos en el torbellino de las privatizaciones y de la desregulación. Resulta obvio que un Estado no puede ponerse en contra de la corriente de la historia; pero no existe una manera única de encararse con el problema. La primera tarea es enfrentarse con la palabra, cuya magia subyuga y en ocasiones desorienta. Privatización y desregulación no significa siempre lo mismo, ni sirven a idénticas finalidades. Sin mayores precisiones resulta fácilmente admitida la diferencia que la privatización tiene en un país económicamente desarrollado o en otro en vías de desarrollo, en donde la operación no consiste en pasar una empresa de manos públicas a privadas, sino del Estado a inversores extranjeros, en una suerte de transferencia de “soberanía económica”. La desregulación no tiene el mismo impacto cuando se opera en un país o en un sector económico con facilidades claras de competencia o cuando esta sea difícil.³²²

Lo que se planteo inicialmente sobre el servicio público en el siglo XIX y primer tercio del siglo XX, hoy en día continúa arrojando serias dudas, principalmente en lo que se refiere al rol económico que el Estado debe asumir en ciertas actividades. Esto lejos de detallarnos una crisis del concepto servicio público, nos hace valorar más la importancia que tiene dicha institución hoy en día. No olvidemos que el servicio público vino a proporcionar una nueva legitimidad y estabilidad al Estado.

³²¹ Pound, Roscoe, “The Rise of the Service State and its Consequences”, *Harvard Law Review*, 1949, p. 77.

³²² Meilan Gil, José Luis, Villar Palasi, *op. cit.*, p. 343.

No se debe olvidar que buena parte de la legitimidad de los gobernantes se expresa en las obligaciones que el gobernante contrae con los ciudadanos. Para fundamentar esta cuestión Duguit afirma:

En todos los tiempos han advertido las masas que los que ejercen el poder no podían imponer legítimamente la obediencia sino cuando prestan ciertos servicios y en la medida que los prestaban. Son numerosos los ejemplos históricos de clases sociales que pierden su poder político por no administrar los servicios sociales, que eran precisamente la condición de este poder. Ese sentimiento, confuso durante mucho tiempo en el espíritu de los hombres, ha llegado hoy a ser una concepción clara. Y es porque no nos contentamos con afirmar la cosa; se trata apasionadamente de determinar el fundamento jurídico de esas obligaciones, y he ahí uno de los problemas sociales que preocupan al hombre moderno.

Por otro lado, si es verdad que el poder de los gobernantes es animado por causas muy diversas, materiales, económicas, morales y religiosas, parece evidente que ese poder no se podrá mantener por mucho tiempo, sino merced a la creencia, por parte de los gobernados, de que los detentadores del poder les prestan servicios, ya que en la medida en que el gobernante sea insensible, y por ende indiferente ante las necesidades de la población se podrá considerar que su gobierno será cada día menos gobierno, y buen ejemplo de esto es el actual viraje ideológico económico que se observa actualmente en diversos países de América Latina: Venezuela, Uruguay, Brasil, Argentina y Bolivia. ¿Estamos acaso asistiendo a la revitalización del servicio público como instrumento esencial del derecho público? Una pregunta que encuentra fundamento en la reconfiguración del mapa político en América Latina, particularmente con el arribo de políticos de viejo cuño, los cuales se caracterizan por la defensa de lo público como elemento central del desarrollo nacional.

4. LA TELEVISIÓN DEBE ESTAR REGIDA POR LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO

Si lo que se pretende es que la televisión, ya sea pública o privada cumpla cabalmente su función de servicio público no debe haber diferencias entre las obligaciones señaladas a una u otra, "...la falta de distinción entre las obligaciones de las cadenas públicas y privadas y la indeterminación de las obligaciones o cargas básicas a los concesionarios

del servicio público, orientadas a garantizar el pluralismo informativo interno, es una de las razones que ha fomentado la falta de calidad de las informaciones y la reducción del pluralismo informativo interno y, finalmente, lo que ha contribuido “a dotar de cierto carácter retórico a la declaración de la televisión como servicio público”³²³. En este sentido la eficacia de la declaración de la televisión como servicio público dependerá en gran medida de la correcta apreciación del legislador para dotar a dicha actividad de la adecuada normatividad y de los instrumentos normativos que hagan posible que dicha actividad se desarrolle de manera adecuada, y buscando siempre el bien común.

La imposición de obligaciones de servicio público a la televisión privada es muy importante al permitir adaptar la liberalización del servicio público con los fines sociales que debe prestar la televisión de servicio público. Las obligaciones de servicio público, por razones sociales o de interés general, es conveniente que se impongan a las empresas privadas de comunicación, las que deben estar vinculadas a la calidad con que habrá de ser prestado el servicio público, sin importar su rentabilidad. Obviamente, en la medida en que esto suponga un sacrificio mayor para el empresario, la imposición de estas obligaciones debe estar acompañada de ciertos estímulos o ser indemnizado el empresario. La televisión, en este sentido se encuentra sometida a un intenso régimen de policía, moderado por las obligaciones del servicio público, como, por ejemplo emitir ciertos porcentajes de programación con alto contenido cultural.

5. LA COMPETENCIA Y EL MERCADO

Si inicialmente se considero que el servicio público debía ser prestado en monopolio, argumentando que la competencia atentaba contra el servicio público, dado que si éste “consiste en una prestación que se impone a los habitantes, obligándoles a recibirla, como el alumbrado público, barrido y limpieza, esa obligatoriedad se vería amenazada, si hubiera libre competencia en el servicio y por ello se justifica que no se conceda libertad de elección acerca de quien habría de prestarlo”³²⁴. Actualmente la postura del monopolio aplicada al servicio público no resulta aceptable, dado que existen muchos ejemplos de la prestación del servicio público en forma competitiva aun y con uso del dominio público. En tal caso, lo que se debe buscar es una buena regulación para las prestaciones del servicio

³²³ Apreza Salgado, Socorro, *op. cit.*, p. 152.

³²⁴ Díez, Manuel María, *op. cit.*, p. 196.

público, y una buena regulación será únicamente aquella legislación que se encuentre orientada hacia el bien común de la población.³²⁵

Lo cierto es que el concepto de servicio público atraviesa por un momento difícil no solo por los ataques de que es objeto cada día buscando cuestionar su justificación intelectual, dándole paso a las ideas neoliberales, que considera que las prestaciones de este tipo de actividades por parte de los particulares resulta más eficiente.

6. LA COMPETENCIA Y LA TELEVISIÓN

La competencia acompañada de una correcta y adecuada regulación, donde se tomen en cuenta las obligaciones del servicio público en la legislación, es la mejor opción para asegurar la garantía de las libertades públicas. Así, el servicio público es un excelente instrumento para el aseguramiento de los derechos fundamentales, que habrá de garantizar en condiciones de igualdad el goce de los mismos. En situaciones de limitación técnica como ocurre con la radiotelevisión el servicio público y el régimen jurídico que le acompaña es más favorable a la libertad que la libre iniciativa.³²⁶ La postura contraria señala que entre el servicio público y las libertades públicas existe una postura contraria. El servicio público entraña la reserva del Estado, mientras que las libertades públicas suponen un derecho de acción. Pero en todo caso el mejor sistema para salvaguardar los valores implicados en la televisión, con todos los defectos que se quieran ver es la competencia acompañada de una buena regulación económica del servicio público, que por supuesto debe estar orientada hacia la satisfacción de las necesidades sociales,

³²⁵ Es falaz suponer que se puede beneficiar a la colectividad sobre la base de eliminar los derechos individuales de corte económico, al limitar los derechos de los individuos en aras de favorecer a la colectividad, se destruye de forma paralela la base necesaria de orden y justicia sobre la que debe reposar una sociedad democrática. El interés a proteger, se encuentra constituido por una serie de factores diversos; tales como: principalmente la justicia y posteriormente la conveniencia. Sobre el interés público Radbrucch ha señalado que se entiende tan solo como una cuestión de conveniencia material o económica. Ello conlleva un error trascendental. El orden jurídico no se encuentra orientado únicamente a solventar valores de seguridad y conveniencia, sino fundamentalmente al valor justicia: "En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en último lugar a la conveniencia del derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo lo que el pueblo aprovecha, sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia". Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, trad: M. I. Azaretto, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1962, p. 36. El Estado busca organizarse en beneficio de la comunidad, de los individuos, buscando una procura social por medio de los servicios públicos, aclarando que la actividad del Estado no se limita exclusivamente al servicio público: El Estado también busca satisfacer otros fines que no necesariamente son considerados servicios públicos. Si los servicios públicos se encuentran organizados del mismo modo en el interés de la colectividad, no deben estar contrapuestos a la mayoría de los intereses de los individuos, mismo que se habrán de concretar en las necesidades sociales de la población; podrán en determinado caso encontrarse en conflicto, pero como principio de la satisfacción de los intereses públicos deben buscar la satisfacción de la mayoría de los intereses de tipo individual.

³²⁶ Ver. Chinchilla Marín, Carmen, en "El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Madrid, Civitas, 1991, p. 943.

máxime si se considera que la televisión tiene una fuerte vertiente comercial, razón por la que simplemente debe ser encauzada por obligaciones de servicio público y policía administrativa, principalmente los medios privados, que difunden a menudo contenidos informativos de muy baja calidad, y que desafortunadamente van a perdurar en tanto no se frene la ambición de los concesionarios. De igual manera, es necesario frenar la concentración y favorecer el pluralismo en todo sentido.

7. LA TELEVISIÓN PÚBLICA Y EL SERVICIO PÚBLICO

La consideración de la televisión privada con obligaciones de servicio público es deseable que se complemente con el sostenimiento de una televisión pública que se encuentre al margen del mercado, y que atienda a aquellos contenidos que la televisión privada es un tanto reacia a atender. Así la televisión pública debe ser la depositaria de aquellas funciones y objetivos que por sus propios fines no están dispuestos a satisfacer los particulares. Sin embargo, se debe tener presente que el carácter no comercial de la televisión pública tampoco debe asociarse con la falta de competitividad en ningún sentido. En esta línea de pensamiento, Socorro Apreza Salgado considera que "...la actividad de las televisiones públicas no debe ser solo complementaria de los canales privados, sino la principal fuente de información plural y de expresión de los grupos sociales y políticos, además de garantizar las funciones de formación y entretenimiento"³²⁷. Pero el carácter no comercial de esta clase de televisoras –pública- no debe vincularse con la falta de competitividad. Esto es una cuestión de calidad, pero en todo caso, serán estas funciones de servicio público las que habrán de darle sentido a la existencia de una eficiente televisora pública que incluso por mantenerse al margen de cuestiones comerciales, pudiere gozar de un régimen de financiamiento especial.

³²⁷ Apreza Salgado, Socorro, *op. cit.*, p. 153.

CAPÍTULO VI

LA RADIO TELEVISIÓN Y EL CONTROL SOCIAL

1. EL CONTROL SOCIAL

Por control social entiendo al conjunto de mecanismos de los que se sirve el poder político para orientar a la sociedad, en aras de generar un consenso que asegure su aclimatación en la sociedad. Una caracterización tan general admite un sin número de situaciones en ella, como aquella que define al control social como el conjunto de mecanismos a los que busca acudir un grupo de personas para por medio de estos ejercer dominio sobre un conglomerado social³²⁸. Frente a esta tendencia se advierte que un sin número de actividades caben en el control social. Se advierte que este mecanismo es de enorme importancia en la sociedad, en razón de la función de este. De modo que lo que se busca es controlar y encauzar el comportamiento de los miembros de dicha sociedad hacia determinados fines.³²⁹ En este sentido, el control social, debe asumirse desde una perspectiva realista y no idealista, lo que se pretende obtener por medio de estos mecanismos es preservar un determinado orden social sin afectar los derechos de la

³²⁸ Para L. Althusser, los mecanismos de control social pueden ser: "El sistema de las distintas iglesias, el sistema de las distintas escuelas públicas y privadas, familiar, jurídico, el sistema político, el sindical, la prensa, radio y tv, la literatura el arte y los deportes". Althusser, L, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, 9ª ed, México, Ediciones Quinto Sol, 1990, p. 28. con ello a juicio del autor, va a producirse esta consecuencia fundamental: "Cada uno de ellos concurre a ese resultado único de la manera que le es propia: el aparato político sometido a los individuos, a la ideología política de Estado, la ideología "democrática" , "indirecto"(parlamentaria) o "directa" (plebiscitaria o fascista); el aparato de información atiborrando a todos los "ciudadanos" mediante la prensa, la radio, la televisión, con dosis diarias de nacionalismo, chauvinismo, liberalismo, moralismo, etcétera. Lo mismo sucede con el aparato cultural (el rol de los deportes es de primer orden en el chauvinismo), etcétera; el aparato religioso recordando en los sermones y en otras grandes ceremonias de nacimiento, casamiento o muerte que el hombre sólo es polvo, salvo que sepa amar a sus hermanos hasta el punto de ofrecer su otra mejilla a quien le abofeteó la primera. El aparato familiar..., no insistimos más". Todos estos mecanismos de control social concurren al mismo fin: la reproducción de las relaciones capitalistas de producción". *Idem*, p. 42.

³²⁹ La función de manipulación ejercida a través de determinados instrumentos es un mecanismo que desde tiempos muy remotos ha existido al interior de las sociedades como se advierte ya en las "influencias embrutecedoras, los romanos, con sus anfiteatros, sus peleas de animales, sus juegos de lucha a muerte y sus espectáculos de ejecución, tenían montada la red de medios para el entretenimiento de masas más exitosa del mundo antiguo. En los rugientes estadios de toda el área mediterránea, el desinhibido *Homo inhumanus* lo pasaba tan a lo grande como prácticamente jamás antes y raras veces después. Durante la época del imperio, la provisión de fascinaciones embrutecedoras a las masas romanas había llegado a ser una técnica imprescindible de gobierno cuya estructura se ampliaba y se perfeccionaba de manera rutinaria: algo que gracias a la jovial fórmula de pan y circo se ha mantenido hasta hoy en la mente de todos". Sloterdijk, Peter, *Normas para el parque humano*, 4ª ed, trad. Teresa Rocha Barco, Madrid, Siruela, 2006, pp. 33-34.

sociedad. A este último aspecto, se le puede dar una especial relevancia ya que de ser así las cosas, se puede considerar que controlar en si no es tan malo.³³⁰

Para entender con más claridad el problema del control social, se debe partir de la existencia de mecanismos de control social alternativos, que se caracterizan como el conjunto de medidas destinadas a coordinar y orientar a la sociedad por encima y suprimiendo los controles formales y represivos, tales como el sistema penal³³¹. Así, el control social de tipo extra-penal se entiende como el conjunto de instrumentos empleados por el poder en aras de sostener el orden impuesto, que se presenta en las instituciones económicas, religiosas, familiares, culturales, etc. Yo sostengo aquí que estamos frente a un proceso de aculturación política que designa la estrategia del poder que se aspira a imponer, merced a la acción psicológica de los medios, que busca imponer modelos de comportamiento y de pensamiento de tipo uniformes que favorecen la integración sin poner en riesgo el sistema de dominación social, de esta forma la idea que se generan los individuos del orden social es objeto de la influencia psicológica de que son objeto.

Visto lo anterior, parece indudable que el control social informal es aquel que no tiene coercibilidad. Por consiguiente, se puede estimar que este tipo de control lo que busca es la manipulación, a partir de lo religioso, de lo educativo, de lo económico, tecnológico y a través de los medios de difusión para buscar moldear el comportamiento de la sociedad.

³³⁰ “Cuando se señala que controlar en si no es malo es porque finalmente el fin del derecho es buscar preservar el orden social, no obstante cuando el sujeto se le revele a ese control se aparta de la inclusión que prevé ese sistema social y por ende se ubica en “lo otro, lo que queda afuera de la “universal inclusión”, se convierte como su consecuencia, en “universal exclusión”, esto es, en lo que no es posible y no existe, para la inclusión, aunque esté ahí. “la selectividad del derecho implica que todo es posible a través del derecho, pero además significa que aquello que es posible, lo es sólo a través del derecho. Esta es la razón del universo ciego y cerrado de la inclusión, que provoca violencia contra aquellos sujetos que no se ajustan al prototipo de las instituciones jurídicas”. Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistema ideológico y control social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 22.

³³¹ Bobbio trae en apoyo de su interpretación sobre el control social la experiencia de la pérdida de efectividad del derecho: “Se puede establecer la hipótesis de que a medida que se acrecienta la potencia de los medios de condicionamiento psicológico, de los medios del consenso (no importa que sea manipulado), disminuye la modalidad de medios coercitivos, es decir del derecho En el límite, una sociedad sin derecho no es solamente el reino de la libertad hipotetizado por Marx sino también aquella en la que todos sus miembros están condicionados por la manipulación ideológica hipotetizada por Orwell”. Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, trad: Alfonso Ruiz Miguel, 1980, Fernando Torres Editor, 1980, p. 269. Esto sucede con mucha mayor facilidad en las sociedades tecnocráticas, por ser aquí donde se advierten mayormente las condiciones de la pérdida de eficacia del derecho. Por su lado Niklas Luhmann, en su monumental estudio “La sociedad de la sociedad”, pone en evidencia la persistencia de que en “...las últimas décadas, han aumentado considerablemente tanto el refinamiento alcanzado por los medios de masas para fijar realidades, como también la seguridad de sus efectos, sobre todo en el sector de la publicidad”. Luhmann, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, trad: Javier Torres Nafarrete, México, Herder, 2007, p. 875.

En esta postura, el poder³³² ejercido por medio del control lo que busca es imponer una determinada y única visión de las cosas. La realidad impuesta desde la cúspide del poder se ha de volver norma y verdad para la sociedad. Esto significa que los que no acepten dicha verdad quedarán marginados de la sociedad, y en consecuencia habrán de ser tratados como tal.

En el caso del control social formal se dice que este se materializa en el sistema penal. Dicho esto, lo cierto es que “El Estado, como expresión de la sociedad, está legitimado para reprimir la criminalidad, de la cual son responsables determinados individuos, por medio de las instancias oficiales del control social (legislación, policía, magistratura, instituciones penitenciarias). Estas interpretan la legítima reacción de la sociedad, o de la gran mayoría de ella, dirigida a la reprobación y a la condena del comportamiento desviado individual, y a la reafirmación de los valores y de las normas sociales”³³³.

De allí que se deriva el sistema penitenciario, que me parece que viene a representar el momento final del proceso de selección de estigmatización del sujeto que inicia con la discriminación que hacen de este la escuela, los institutos de readaptación de menores, la sociedad, etc. Creo por lo tanto, que bien puede parecer la cárcel la consolidación definitiva de la carrera criminal del individuo³³⁴. Con ello lo que pretende demostrar el sistema penal es que forma parte de un subsistema social³³⁵ muy específico dentro de los procesos de socialización y educación que ejerce el Estado por medio de los diversos aparatos ideológicos. En el fondo lo que pretende el Estado es señalar los

³³² La vinculación entre medios de comunicación y poder político ha sido particularmente intensa en las últimas tres décadas. En efecto, los medios de comunicación son los encargados de marcar el ritmo hoy en día, a grado tal que han modificado el modo de hacer política imponiendo su propia agenda al proceso político. El poder político se encuentra hoy más que nunca dependiente de los medios de comunicación. Actualmente los medios de comunicación de masas se han convertido en el factor más importante para conquistar y sostener el poder político. Nada que realmente sea importante políticamente puede existir al margen de los medios de comunicación.

³³³ Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 7ª ed, trad. Álvaro Búnster, México, Siglo Veintiuno, 2001, p. 36. “Los intereses que busca proteger el derecho penal guardan afinidad con todos los integrantes de la sociedad. Únicamente una pequeña parte de estos delitos representan la trasgresión de determinados ordenes políticos y económicos y serán castigados en función de la consolidación de estos. Respecto a la forma de estigmatizar al delincuente que no ha sido alcanzado por el control que ejercen los órganos penales, se cuenta con el *labelling approach*”.

³³⁴ La cárcel es un instrumento indispensable del control social que se ejerce en las sociedades burguesas, donde la readaptación queda en última instancia, de ahí que se señale que en las sociedades burguesas existan seres humanos que no sirven siquiera para ser explotados.

³³⁵ Para comprender el tema de los sistemas y subsistemas sociales se recomienda ver principalmente el capítulo 3 de la excelente tesis doctoral de la Dra. Adriana Berruero García, *La normatividad jurídica de los medios de comunicación en*

modelos de comportamiento del individuo, atendiendo al status social de estos. En una palabra lo que se pretende es el desplazamiento de los sistemas de control social represivo por los no represivos, comportamiento clásico de las sociedades post – industriales.

Con independencia de que se hable de control social formal o informal el poder guarda vinculación con estos instrumentos por medio del concepto de ideología, el cual se presenta como aquel instrumento del que se sirve el poderoso para crear artificialidades y orientar el comportamiento humano hacia un determinado “complejo de ideas (teorías, convicciones, creencias, procedimientos argumentativos); ideología en su externalidad, es decir, aparatos ideológicos del Estado; y finalmente el dominio más elusivo, la ideología “espontánea” que opera en el corazón de la propia “realidad” social.”³³⁶

Zizek da como ejemplo el caso del liberalismo: “El liberalismo es una doctrina desarrollada de Locke a Hayek materializada en rituales y aparatos (medios de comunicación, elecciones, mercados, etc.) y activa en la auto experiencia “espontánea” de los sujetos como “individuos libres”.³³⁷ En este sentido, si tomamos en cuenta que la eficacia de los controles sociales se materializa en la dominación del sujeto respecto al

México, en las postrimerías del segundo milenio (1994-2000), Escuela Nacional de Estudios Profesionales ACATLAN, noviembre 2002.

³³⁶ Zizek, Slavoj, “El espectro de la ideología”, en *Mapa ideológico de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 1-33. Dicho esto, lo cierto es que en el plano ideológico se advierte una línea de afinamiento del control social con la criminología crítica, que se orienta a “...influir críticamente en los mitos y en las ideologías que sostienen los juristas –favoreciendo el análisis realista y la crítica del sistema social que esos mitos y esas ideologías contribuyen a idealizar y estabilizar- varía entre las diversas teorías. Para la mayor parte de ellas puede decirse que los elementos que ofrecen para una superación de las ideologías jurídicas se ven compensados, a su vez, por la producción de nuevas ideologías. Se trata de ideologías que hunden sus raíces, no ya en el terreno de la ciencia jurídica sino en el sociológico, y que pueden desenvolver aun en este plano diverso, a su vez, una análoga función idealizante y estabilizante frente al sistema social y a las respectivas instituciones penales y penitenciarias”. Baratta, Alessandro, *op. cit.*, p. 39. “Parece por tanto, que el concepto de control social se usa para hacer referencia a tres tipos de problemas: a la forma de conseguir y sostener el orden social, los asuntos referentes a la psicología social propio de la sociología norteamericana, especialmente en lo que hace a la corriente funcionalista, que estudia los procesos de socialización e internacionalización de las normas como instrumentos de control social; finalmente, la escuela reaccionaria que concibe la conducta como una desviación. Vemos entonces que el uso del control social describe a todo tipo de actividades de corte estatal, siempre que se pueda describir como una forma de represión, opresión, control, y siempre bajo la dirección del poder estatal. Esto parte de la premisa de que los agentes del control social de tipo formal (policía, tribunales y penitenciarias) no son correas de transmisión de la voluntad general, sino opciones a favor de una sociedad desigual que por medio de estos busca perpetuar su poder, en demérito de la justicia. Puesto que el control social penal, y por tanto de tipo formal tiene la prevención o represión de la pena, para lo que cuenta con la penalidad y diversas medidas que buscan la seguridad”.

³³⁷ Zizek, *Ibid.*, p. 9. Todo lo anterior, se traduce en el verdadero funcionamiento de la ideología liberal que fundamenta la orientación de los medios de comunicación en este momento. Con relación a este sistema ideológico Chesterton, G. K., nos dice lo siguiente: La economía liberal, muy a menudo, significó simplemente dar a los ricos la libertad de ser más ricos, y aseguró generosamente a los pobres el permiso de seguir siendo un poco más pobres que antes”. *Lo esencial de Chesterton*, Buenos Aires, Lumen, 2003, p. 10. El soporte de dichas afirmaciones se estudiara más a fondo en el último apartado del presente capítulo.

control que prescribe ciertas conductas como verdaderas, lo que se advierte en la intención del poder que busca sujetar al grupo social, a partir de considerarse como la única realidad validamente posible. Al respecto Augusto Sánchez Sandoval expresa lo siguiente:

Durante muchos siglos el hombre fue considerado propiedad de otro: se nacía y vivía en las tierras de un *pater familias*. Así, en el Imperio Romano, los humanos se dividían en sujetos propietarios con derechos (*sui juris*) y los demás individuos no propietarios sin derechos (*alieni juris*), pero estaban sujetos a quienes los tenían. Durante la Edad Media, el clero y los señores que monopolizaron la tierra dominaron todo lo que en ella había: plantas, animales y hombres. Los señores tenían los privilegios y los siervos la carga de producción. El nacer perteneciendo a alguien, había sido el estado natural en que se había concebido a los seres humanos de occidente durante los treinta siglos anteriores.³³⁸

Nótese como desde siempre el ser humano se ha encontrado en una relación de dominio respecto a diversas fuerzas:³³⁹ clero, señor feudal, monarcas absolutistas, el capital y más recientemente también por los medios de comunicación en esta relación milenaria de dominio.³⁴⁰

³³⁸ Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistema ideológico y control social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 133.

³³⁹ El derecho puede considerarse un instrumento de dominación al servicio del poder político, al ser este quien se encarga de definir los valores que deben ser expresados por la ley, dado que "...detrás del poder político y a través de él operan valores e intereses de las clases y grupos económicos y sociales que le apoyan y, al tiempo, instrumentalizan. En el pasado las leyes de la monarquía estaban al servicio de la corona, pero también al de la Iglesia y la Nobleza. Hoy los partidos no pueden llegar al Poder ni mantenerse en él sin la colaboración de grupos determinados y las leyes forman parte del precio del acuerdo. Los grupos cobran por la ayuda que prestan a los políticos y éstos pagan, entre otras cosas, con leyes que les benefician." Nieto García, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 55.

³⁴⁰ Para Michel Foucault, la dominación da como resultado que entremos "...así en una edad que yo llamaría de "ortopedia social". Se trata de una forma de poder, un tipo de sociedad que yo llamo "sociedad disciplinaria" por oposición a las sociedades estrictamente penales que conocíamos anteriormente. Es la edad del control social". Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 10, ed. trad. de Enrique Linch, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 103. por lo tanto, lo que busca el control es que el mayor número de personas acate el pensamiento que se le impone por uno o unos individuos encargados de la vigilancia de la conducta de las masas. En realidad, hay dos especies de utopías: las proletarias que casualmente nunca se realizan, y las capitalistas que, desgraciadamente, tienden a realizarse con mucha frecuencia. La utopía a la que me refiero en este trabajo es a la de la radio y la televisión que en el fondo responde a la ideología del poder dominación. Situados en estos términos resulta imprescindible señalar que el poder no solo se encarga de prohibir y reprimir, sino también inventa realidades, nuevos objetos de discurso, de áreas de conocimiento, categorías de delincuente y criminalidad y no solo la forma de cómo se reprimen.

Es así que, "... en los países periféricos triunfó el Leviatán en la práctica política y no, la visión democrática de la soberanía popular, pues se impuso un Estado autoritario, que no puede ser controlado por su contraparte, el pueblo."³⁴¹

En suma triunfa el Estado Liberal y con ello la capacidad para generar desigualdades, lo que es obvio por el factor oligárquico de este modelo social, que se ha llegado a considerar que "no tiene derecho, y aun así es posible alcanzar la democracia".³⁴²

La última característica que se le asigna al control social es la funcionalidad, que se traduce en que a la larga sirve siempre a los intereses del Estado, ya sea por medio de la criminalización o encarcelación.³⁴³ Se advierte entonces que los órganos de control social no trabajan siempre en la misma dirección, dado que en múltiples ocasiones se presentan conflictos o intereses enfrentados que no hacen posible que se visualice el proceso en forma lineal.

Es indudable, desde luego que en el supuesto de que fuera posible apreciar una misma dirección en el control social ello no se le atribuiría al Estado o las clases dominantes de la sociedad que solo gozan de un poder limitado para señalar las pautas a las que obedece el control social como condicionante directo de las fuerzas económicas, sin omitir el peso tan singular de las ideas, por eso el control social no puede funcionar de manera lineal.³⁴⁴

³⁴¹ Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, p. 137.

³⁴² Giorgi, Raffaéle de, "Filosofía del derecho y sistemas sociales", *Revista Cuadernos de Posgrado*, UNAM, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, núm. 11, 1998.

³⁴³ La tendencia de los comportamientos desviados obliga a que el sistema de la sociedad se enfrente con situaciones de control social, en caso de tolerar esas conductas desviadas más allá de los límites señalados para tal efecto, traería como consecuencia una eventual erosión en el sistema. El control social lo que pretende es activar su mecánica de motivación aplicado a diversos actores sociales que de manera frecuente reaccionan ante las posturas de desviación. Sentada esta premisa, vemos que lo que le interesa al control social es buscar el equilibrio, ahí donde sea vulnerado, por eso se dice que tienen una marcada tendencia hacia la defensa y el ajusticiamiento respecto a las tendencias de violación en las expectativas de los roles sociales. De esta forma, queda bastante claro que los mecanismos de control social son instrumentos de defensa que tienen por finalidad poner un freno a las tendencias desintegradoras. La consecuencia es que se piense que la función del Estado es definir e implementar mecanismos de control social dentro de la sociedad.

³⁴⁴ En ciertos casos se puede considerar que el control social asume un papel selectivo y discriminatorio de cara a la sociedad. Hoy en día es muy claro que las sanciones que más afectan al status social apuntan preferentemente a los que se encuentran más abajo en la sociedad.

2. EL CONTROL SOCIAL Y LA ECONOMÍA

En las últimas dos décadas, un nuevo sistema económico³⁴⁵ de dimensiones internacionales ha surgido. Este sistema³⁴⁶ supone la implicación de factores internacionales, y es impuesto del centro a la periferia, con el fin de que estos últimos acepten las reglas impuestas del entorno internacional.

En esta sentido, la globalización y la información marcan la pauta a seguir del devenir del ser humano. Es informacional porque la producción y la competitividad de los agentes en este tipo de sistema económico (ya sean los grandes corporativos industriales, regiones o naciones) dependen básicamente de la capacidad que estos manifiesten para generar, procesar, y aplicar de manera eficiente la información aplicada al lucro comercial. Pienso, además que es global porque la producción, el consumo y la circulación, así como sus componentes: materia prima, personal, gestión, tecnología, mercados se encuentran debidamente organizados y conectados con la globalización. Creo que a partir de aquí podemos señalar que es informacional y global porque en estas nuevas conducciones que marcan los cambios en la economía, la productividad se genera y la competitividad se ejerce a nivel internacional por medio de una red global de interacción. Y se ha presentado

³⁴⁵ Vincular cuestiones económicas con temas jurídicos o sociales me parece que no es nada sencillo para el jurista, por lo que me gustaría resumir dicha problemática de la siguiente manera: "...la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales, pensando al mismo tiempo que la mayoría de los juristas y los estudiante de derecho (incluso los muy brillantes) tiene dificultades para relacionar los principios económicos con los problemas legales concretos. Un estudiante toma un curso sobre teoría de precios y aprende lo que ocurre con el precio del trigo cuando baja el precio del maíz, y lo que ocurre con el precio de la tierra de pastoreo cuando sube el precio de la carne de res, pero no entiende qué tienen que ver estas cosas con la libertad de expresión, los accidentes, los delitos, la Regla Contra las Perpetuidades o los contratos comerciales". Posner A, Richard, *op, cit*, p. 11. "Me gustara resumir el papel de la economía a cuestiones de tipo social – jurídico con las siguientes palabras: La economía como ciencia exacta que es posee mayores herramientas que el derecho para señalar el valor que tiene para la sociedad en términos de sacrificio para lograr un fin no económico de la justicia. Dicho lo anterior podríamos señalar que la demanda de justicia es vinculatoria de su precio. Sin embargo, la aplicación del análisis económico al campo del derecho y la sociología también tiene sus críticas, y la más común es la que considera que la economía ha fracasado por no poder explicar de forma exacta ciertas situaciones jurídicas: instituciones, reglas, resultados, desarrollo. Mientras que para otros "La teoría económica del derecho es la teoría positiva del derecho más prometedora que existe". *Idem*.

³⁴⁶ En relación con la posmodernidad ésta se refleja para Perry Anderson en "...su vinculación con la sociedad posindustrial, teorizada por Daniel Bell y Alain Touraine, en la que el conocimiento se había convertido en la principal fuerza económica de producción, en un flujo que sobrepasaba a los Estados Nacionales, pero al mismo tiempo había perdido sus legitimaciones tradicionales. Pues si la sociedad no había de concebirse ni como un todo orgánico ni como un campo dualista de conflicto, sino como una red de comunicaciones. Así, la ciencia y la tecnología se pone al servicio del poder que busca hallar una nueva legitimación en la eficiencia". Anderson, Perry, *Los orígenes de la posmodernidad* trad. Luis Andrés Bredlow, Barcelona, Anagrama, 2000, p. 38. No cabe duda que de acuerdo a lo anterior los medios de comunicación representan el control de la posmodernidad por excelencia. Los vínculos económicos con lo social manipulativo, podemos comprobarlos si consideramos lo apuntado por Luhmann: "La política debe la poderosa expansión del campo de sus posibilidades, al derecho y al dinero". Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad: Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 1998, p. 492.

Para Antonio Negri y Michael Hardt "...del dominio de la industria al dominio de los servicios y la información, es un proceso de posmodernización económica, o mejor aún, de informatización". Negri, Antonio y Michael Hardt, *Imperio*, 2ª

en el último cuarto del siglo XX, gracias a la revolución de la tecnología de la información que proporciona la técnica necesaria para este nuevo tipo de economía. Me parece que puede decirse que el vínculo histórico entre las nuevas tecnologías de la información y su alcance a escala global da nacimiento al sistema económico más poderoso que ha existido hasta este momento. Allí reside lo que podríamos llamar la nueva economía global de la información, cuya dinámica y estructura social me propongo abordar en este apartado. De esta forma economía y tecnología se encuentran íntimamente ligadas.

El rasgo definitorio de este sistema económico, es la pérdida de credibilidad, destruida por el desarrollo de las mismas tecnologías representadas en este caso por los costosos aparatos de comunicación³⁴⁷ dirigidos por el capital o el Estado, encargados en uno u otro caso de falsear la verdad. La tecnología se encuentra al servicio del poder hallando de esta forma una nueva legitimación en la eficacia.

De ahí que se considere que las políticas de control social posmoderno no se interesen por las libertades civiles. De esta forma los derechos humanos no tienen mucha cabida en esta nueva realidad.³⁴⁸

Se trata de dejar por un lado, los principios generales del derecho moderno y de legitimar el actuar abusivo de la autoridad. Lo anterior es muy grave, ya que da como resultado a juicio de Augusto Sánchez Sandoval: "...la Organización de las Naciones Unidas, que por un tiempo defendió los derechos humanos, hoy está al servicio de los intereses neoliberales, acabando la esperanza político-jurídica moderna, a través de tratados y convenciones internacionales que convierten en derecho exclusivo del

ed, trad. Alcira Bixio, Argentina, 2002, p. De esta forma el manejo de la información y de medios de comunicación constituyen el punto toral de la producción económica.

³⁴⁷ En este sentido el papel que han jugado los medios de comunicación como mecanismos de control social que establecen el fin para llevar a cabo la función de domesticación de las masas, que se ejemplifica muy bien en el "...establecimiento mediático de la cultura de masas en el Primer Mundo a partir de 1918 (radio) y de 1945 (televisión) y, más aún, con las últimas revoluciones de las redes informáticas, en las sociedades actuales la coexistencia humana se ha instaurado sobre fundamentos nuevos. Estos son –como se puede demostrar sin dificultad- decididamente post – literarios, post – epistolográficos, y en consecuencia post – humanísticos. Quien tenga por demasiado dramático el prefijo post de estas formulaciones, podría sustituirlo por el adverbio marginalmente, de tal modo que nuestra tesis sería la siguiente: las sociedades modernas sólo ya marginalmente pueden producir síntesis políticas y culturales sobre la base de instrumentos literarios, epistolares y humanísticos". Sloterdijk, Peter, *op. cit.*, p. 28.

³⁴⁸ En su penúltimo libro antes de morir el escritor Edward W. Said, se lamentaba con sobrada razón de la paulatina desaparición del compromiso social de los actuales gobiernos al afirmar que "...las fuerzas deshumanizadoras de la globalización, los valores neoliberales, la codicia económica (calificada mediante un eufemismo de "libre mercado", además de la ambición imperialista, están llevando actualmente en nuestra sociedad un ataque al pensamiento mismo, por no decir a la democracia, la igualdad y el medio ambiente, el humanismo debe ofrecer alternativas hoy día

dominante, lo que la modernidad consideró como garantías para proteger a los ciudadanos del abuso del poder.”³⁴⁹

Esta claro que las nuevas tecnologías y la economía genera los modernos medios de comunicación para buscar proporcionar una aclimatación nueva a las conciencias. Quienes estén inmersos en esta nueva realidad se darán cuenta que la visión que están adquiriendo es una visión mediatizada. Así, “...las noticias inundan la conciencia teleficada con material mundial en partículas informativas; al mismo tiempo, disuelven el mundo en una serie de pasajes fluorescentes de noticias que tiemblan en la pantalla de la conciencia del yo. Efectivamente, los medios poseen la capacidad de organizar la realidad, en cuanto realidad en nuestras cabezas ontológicamente.”³⁵⁰

Lo que me parece históricamente bastante justificado es que sin duda, la información desde siempre ha sido un importante componente de la aceleración de la economía, y el desarrollo de la tecnología ha determinado en gran medida la capacidad productiva de la sociedad y por ende los niveles de bienestar para unos y de carencias para otros³⁵¹, así como las nuevas integraciones sociales de la economía. Creo que lo que puede decirse es que estamos siendo testigos de un punto de inflexión en la historia. El

silenciadas o no disponibles en los canales de comunicación que controlan un reducidísimo número de agencias noticiosas”. Said, Edward, *Humanismo y crítica democrática*, trad. Ricardo García Pérez, Barcelona, Debate, 2006, p. 95.

³⁴⁹ Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, p. 176. Queda muy claro que la era del humanismo moderno ha concluido, ya no es posible sostener por más tiempo la ilusión de que las macro estructuras económicas y políticas se pudieran organizar de conformidad con el modelo amable de las humanidades.

³⁵⁰ Sloterdijk, Peter, *Crítica de la razón cínica*, 2ª ed, trad. Miguel Ángel Vega, Madrid, Siruela, p. 715.

³⁵¹ Asumir cambios con un espíritu pragmático es de un valor muy relativo, ejemplo: La creencia en Stalin era agradable para él y sus seguidores pero desagradable para Troski y los opositores de Stalin. Creer en Hitler es muy agradable para los nacional – socialistas, pero muy desagradable para los que son enviados a los campos de concentración. Lo que quiero señalar es la relatividad y lo excluyente del progreso económico. Este tipo de desarrollos económicos conllevan una ideología de corte represivo, el cual varía en función del desarrollo del capital: “El nuevo sistema de control social de la desviación, que la ideología de las teorías liberales racionaliza, como lo demuestra la experiencia práctica que se ha tenido hasta ahora en los países capitalistas más avanzados, puede ser interpretado como una racionalización y una integración del sistema penal y del sistema del control social en general, con el fin de hacerlo más eficaz y más económico respecto a su función principal: contribuir a la reproducción de las relaciones sociales de producción. Desde el punto de vista de la visibilidad sociológica, esto significa contribuir al mantenimiento de la escala social vertical, de la estratificación y de la desigualdad de los grupos sociales. La ideología racionalizadora se basa sobre todo en la tesis de la universalidad del fenómeno criminal y de la función punitiva” Baratta, Alessandro, *op. cit.*, p. 155. La eficacia ideológica de este principio se basa en la intimidación al proletariado al asumirles la creencia no tan negativa de su forma de vida respecto de quienes ocupan un puesto superior en la jerarquía social, si estos ven que debajo de ellos existe un estrato social todavía menos favorecido, integrado por la población carcelaria y por áreas rurales bastante marginadas donde muchos de sus pobladores se encuentran desempleados. Lo dicho por Baratta es expresado de igual forma pero en otros términos por Th. W. Adorno: “Por lo general (...), la conciencia de clase de las clases superiores estaba más desarrollada que la de las inferiores. Herencias históricas del sistema de dominación feudal inculcaban en aquéllas, muy por encima de la inteligencia de los individuos particulares, peligros no sólo de la praxis política, sino incluso del pensamiento alegado de la praxis. La clase inferior, en cambio, realmente siempre en el hechizo de las relaciones jerárquicas, tuvo que adaptarse a estas para vivir”. Adorno, Th. W, *Escritos sociológicos I*, trad: Agustín González Ruiz, Madrid, Akal, 2004, p. 171.

acontecer de un nuevo paradigma en la tecnología, organizado en base a las renovadas tecnologías de la información más poderosas y flexibles. Esto hace que sea posible que la misma información sea un producto más del proceso de producción industrial a escala global. Estos productos son para ser exactos: las nuevas tecnologías para procesar información. Las nuevas tecnologías de la información se encargan de transformar los procesamientos de información, afectando de esta forma, a todos los dominios de la actividad humana³⁵². Surge así una economía interconectada y interdependiente con cada vez mayor capacidad para aplicar su progreso a la tecnología y al conocimiento. Este esquema tiene por fin conducir a una productividad y eficiencia mayores en la medida en que se den las condiciones adecuadas para llevar a cabo los cambios organizativos e institucionales que requiere este esquema económico – tecnológico que surge a fines del siglo XX, y que muy probablemente habrá de caracterizar a los años por venir. Todo lo dicho, no hace sino confirmar en mi parecer el enorme potencial que tiene la tecnología y la globalización en las sociedades contemporáneas, y lo que aquí pretendemos es vincularlo sociológicamente, para de esta forma demostrar el enorme potencial que tienen estos instrumentos para sujetar a la persona mediante el control social.

El control social ejercido en las sociedades tecnocráticas se caracteriza por asumir una estrategia de control social orientada a satisfacer las exigencias del capital monopólico, basándose: a) maximizando la efectividad de las técnicas de control en aquellos comportamientos desviados y disfuncionales para el sistema de valores del capital; b) asegurando la máxima inmunidad posible a todo tipo de comportamientos socialmente dañinos e ilícitos, pero de alguna forma funcionales para este esquema económico – tecnológico. Típico de estos sistemas son las relaciones de dominio que se ejercen a través del proceso económico global. En este sentido no son ya solo las masas, sino un sector de los que mandan y de sus partidarios los que son sujetos por este sistema económico de dominación, creo también que hay que tomar en cuenta que todas

³⁵² Así, las cosas paso a señalar lo siguiente: “La información fue en toda las épocas un medio de gobierno y de enriquecimiento. Todo gobernante está obligado a ser el primer informado, para estar en condiciones de que la información repercuta, o no, sobre el gobernado. Esta necesidad implica el monopolio de la transmisión a distancia de las señales, que fue un hecho constante común a todas las épocas de la grafosfera. El Antiguo Régimen tenía la exclusividad en los correos (a reserva de arrendar las mensajerías de la realeza) y el Rey tenía sus propios mensajeros” . Debray, Régis, *El Estado seductor*, Trad: Horacio Pons, Argentina, Manantial, 1995, p. 92. El domino ejercido por medio de los medios de comunicación de masas se ha encargado de abatir las fronteras, suprimiendo las distancias y dándole vuelta a las legislaciones en provecho del capital concentrado, y en perjuicio de lo público social.

estas relaciones forman parte de la ideología del libre mercado. No olvidemos que ideología es justificación de la dominación.

De una manera muy precisa, o, en todo caso, que tal vez nos diga más, voy a señalar lo siguiente: “Todo el propósito del control se concentra en el capitalista; el propósito del asalariado no es el producto, sino el salario. El propósito del capitalista es asegurar el máximo de trabajo con el mínimo de salarios; el propósito del asalariado es asegurar el máximo salarios para el mínimo trabajo. De un sistema que implica este conflicto esencial de intereses, no puede esperarse que se trabaje mansa y prósperamente ni que produzca una comunidad orgullosa de su eficacia”³⁵³.

En términos claros podemos señalar que los males de este sistema se concentran en la diversidad de intereses del productor, del consumidor y del capitalista.

Como ven, creo que el problema que constituye la dominación y control del ser humano por medio de la economía y la tecnología, asuntos a los que me he referido en este apartado puede descomponerse de la siguiente manera: “Las llamadas políticas de “reajuste estructural” quieren asegurar la integración a través de la subordinación de las economías dominadas; y ello reduciendo el papel de todos los mecanismos llamados “artificiales” y “arbitrarios” de regulación política de la economía asociados al Estado social, única instancia capaz de oponerse a las empresas transnacionales y a las instituciones financieras internacionales, en beneficio del llamado mercado libre, a través de un conjunto de medidas convergentes de desregulación y privatización, como la abolición de todas las protecciones del mercado doméstico y el relajamiento de los controles impuestos a las inversiones extranjeras (en nombre del postulado darwiniano de que la exposición de la competencia hará a las empresas más eficientes. De esta forma, tienden a asegurar una libertad casi total al capital concentrado y a dar rienda suelta a la

³⁵³ Russel, Bertrand, *Escritos básicos 1903 – 1959*, trad: Juan García Puente, México, Aguilar, 1969, pp. 729 – 730. Sin embargo, decir que un sistema de corte socialista viene a remediar los males que ha causado la economía de libre mercado es una gran mentira, es decir, este sistema sólo vino a sustituir cuando no agravar los males que vinieron a resultar de la anulación de aquellos. Lo que pretendo señalar es que el sistema del control social se da tan eficientemente en un sistema económico como en otro, lo que se podrá corroborar más adelante, cuando se pase a abordar la función de los medios de comunicación en la sociedad.

carrera de las grandes empresas multinacionales que inspiran más o menos directamente dichas políticas.”³⁵⁴

En este aspecto, pienso que esta fuera de toda discusión el que el actual sistema económico, conjuntamente con el desarrollo de la tecnología es a todas luces brutalmente injusto y perjudicial. Por consiguiente es innegable que este sistema de economía es indefendible si se considera la enorme miseria de los seres humanos, así como las innumerables muertes a causa de la pobreza y la marginación.

3. EL CONTROL SOCIAL Y LA CULTURA

Ante las amenazas del proyecto de la globalización³⁵⁵ que se vierte sobre la sociedad y la cultura, muchas veces poco apreciadas por la sociedad en su conjunto, es necesario abordar el punto para dar una explicación sobre dicho fenómeno, en donde se consideren las consecuencias que puede tener en el campo de la cultura y de hecho ya esta teniendo como consecuencia del proceso de la globalización. Creo por lo tanto, que en el actual panorama se ve complicada la independencia de la cultura frente a los procesos de globalización y por la lógica del mercado presente en todo el proceso de producción y circulación de los bienes. Esta descripción nos permite explicar entonces que la gran mayoría de la cultura debe orientarse actualmente hacia el lucro económico, lo que conduce a eliminar la difusión de todo tipo de cultura que no sea rentable económicamente. En efecto, toda cultura difundida por los medios de comunicación por el

³⁵⁴ Bourdieu, Pierre, *Contrafuegos 2*, Joaquín Jordá, Barcelona, Anagrama, 2001, pp. 114 – 115. “por tanto, economía y tecnología- ilustración de la decadencia de nuestra sociedad: todo eso creo que hasta en tanto no adquirió dimensiones industriales, el fenómeno de la dominación y el control no se convirtió en un problema de graves dimensiones. El proceso económico industrial apoyado en los avances de la tecnología a rendido buenos frutos en la dominación y control de las conciencias. Las aportaciones de la televisión, radio y cine no cobraron importancia hasta fines del siglo XIX y en algunos otros países hasta mediados del siglo XX, desde entonces las condiciones técnicas de la dominación industrial de las conciencias se afianzaron en todas partes donde les fue posible, de una vez y para siempre, y hacer que las personas toleren esta situación de forma voluntaria constituye el fin último de la dominación y control de las conciencias”. Así, por ejemplo Peter Sloterdijk, quien en 2002, en un brillante ensayo acerca de la relación de las masas con la cultura en la sociedad moderna, apuntaba lo siguiente: “...bajo el influjo de los medios masivos de comunicación, las masas mediáticas se han convertido de hecho en masas moleculares o abigarradas. De ahí que haya buenas razones para que la crítica cultural de nuestros días, tanto la sumaria como la más sofisticada, lance básicamente sus inectivas contra el desplégue de las masas televisivas y la televisión de masas”. Sloterdijk, Peter, *El desprecio de las masas*, trad: Germán Cano, Madrid, pre – textos, 2005, p. 19.

³⁵⁵ Respecto a la visión que se tiene de la cultura sustentada en dos visiones liberal – social, el filósofo Bertrand Russel hace interesantes comentarios que por su relevancia nos permitimos mencionar: “Paradójicamente, el liberalismo político ha estado vinculado a la creencia en una educación controlada y obligatoria, mientras que la idea de libertad en educación se da en gran medida entre gobiernos de corte social. A pesar de ello, la libertad en la educación es una idea vinculada ideológicamente con el liberalismo, y contiene el mismo grado de verdad y falsedad que puede encontrarse en la concepción de libertad en relación con otras esferas”. Russell, Bertrand, *La educación y el orden social*, trad. José Vicuña y Ángeles Ortuño, Madrid, Edhasa colección los libros de Sísifo, 2004, p. 36.

hecho de ser costosa su propagación, se organiza en aras de lograr la manipulación de las masas. Por ello afirma Bourdieu que la globalización "...funciona como un santo y seña y una consiga, es en realidad la mascara justificadora de una política que aspira a universalizar los intereses particulares y la tradición particular de las potencias económica y políticamente dominantes sobre todo los Estados Unidos, y a extender al conjunto del mundo el modelo económico y cultural más favorable para dichas potencias presentándolo a la vez como una norma, un deber ser; y una finalidad, un destino universal, para obtener una adhesión o, al menos, una resignación universales."³⁵⁶

Establecido lo anterior se puede señalar que el poder que se ejerce sobre los medios de comunicación, es decir sobre los instrumentos de distribución de los bienes culturales, los círculos tecnocráticos buscan ejercer un proceso de dominación y control sobre las grandes masas, a través de procesos de manipulación cultural.³⁵⁷ Para Baratta "Este fenómeno es complementario de aquel por el cual el sistema de control social, en las sociedades pos – industriales, tienden a desplazar su campo de gravitación de las técnicas represivas a las no represivas de la socialización, de la propaganda de la asistencia social. El sistema de derecho penal tiende a vincularse en este proceso de control social que tiende a evadir el cuerpo para centrar su ataque en los aspectos emotivos de la persona."³⁵⁸

Es importante hacer notar que Adorno testimonia la postura de los autores anteriores al dejar escrito que: "Los síntomas de la decadencia de la cultura visibles por doquier, también en la clase de los cultos mismos, no se agotan ya en las insuficiencias, censuradas generación tras generación, de sistema y métodos educativos. Las reformas pedagógicas aisladas, exclusivamente, por muy indispensables que fueren, no sirven. A

³⁵⁶ Bourdieu, P, *op. cit.*, pp. 91 – 92.

³⁵⁷ Bertrand Russell, uno de los filósofos más conspicuos en el estudio de la cultura y de la educación afirma: "Cuanto más cultos son los Estados burgueses, más sutilmente engañan al afirmar que la escuela puede quedar al margen de la política y, por tanto, servir a la sociedad en general. En realidad la escuela es un instrumento de dominación de clases en manos de la burguesía; está impregnada del espíritu de casta, y su finalidad es proporcionar a los capitalistas siervos complacientes y trabajadores competentes. En el Estado comunista, la escuela es, lisa y llanamente, un instrumento del dominio de clases en manos del proletariado, y no se enseña en ella más moral que la que resulta útil a los trabajadores en la lucha de clases". Russell, Bertrand, *La educación y el orden social*, José Vicuña y Ángeles Ortuño, Madrid, Eshasa, 2004, pp. 227 y 228. En esta actividad, que podemos calificar entonces de cultural se advertirá que en realidad, lo que la ha perjudicado son los índices de audiencia y lo comercial. De esta forma, impera en la actualidad una mentalidad hacia el lucro, en las salas de redacción, editoriales, etc. Hoy en día en todos lados se piensa en términos de la ganancia y del lucro. Así las cosas el mercado es reconocido como instancia legítima de legitimación de la dominación. De una manera general podemos agregar que a través de los índices de lo comercial la lógica del mercado se impone a las producciones culturales, ya sean estas visuales o escritas.

³⁵⁸ Baratta, Alessandro, *op. cit.*, p. 178.

veces podrían reforzar más bien la crisis, al suavizar la exigencia intelectual a los educandos, también al despreocuparse cándidamente frente al poder que ejerce sobre estos la realidad extrapedagógica.”³⁵⁹

En cuanto a los efectos de la cultura manipulada en las masas podemos señalar que a estas siempre se les ha buscado abastecer de buenas dosis de información manipulada.³⁶⁰ Esto para procurar neutralizar y disuadir las conciencias, y para buscar favorecer a aquellos que detentan el poder en cualquiera de sus modalidades. Esto es posible que se consiga si se adaptan los contenidos de la educación mediante la ley del mercado, para orientar la conciencia de los excluidos de la sociedad, y por ende en ocasiones también de la educación, para lograr una cómoda transformación de los individuos. En este sentido el sector de los propietarios disponía del monopolio de la educación, lo que le fue de enorme utilidad ya que por medio de este instrumento se ejerció una relación de domino y control sobre las masas,³⁶¹ llegando en muchas ocasiones a un trato deshumano a raíz de las relaciones de producción capitalista, propiciando una severa explotación en la persona, a su vez que se le impedía acceder a

³⁵⁹ Adorno, Th W, *op. cit.*, p. 86.

³⁶⁰ Consecuencia del sometimiento comercial al que se encuentran sometidos todos los medios de comunicación podemos afirmar: el crecimiento del peso relativo de la televisión en los medios de comunicación, y del peso de lo comercial sobre la televisión la cual es el instrumento comunicativo dominante hoy en día, en donde se observa la involución de lo cultural en demagogia, tiene mayor fuerza en la televisión, pero que día con día gana terreno también en la prensa escrita, dando cabida ambos tipos de medios a información sin la más mínima calidad cultural y la máxima capacidad comercial. Pese a lo anterior, no debe pensarse que una vuelta al pasado sería lo más deseable, en donde unos medios de comunicación populistas y paternalistas de lo pasado, es también totalmente contraria a una política de medios de comunicación con vocación democrática.

³⁶¹ Con sobrado merecimiento la escuela y la cultura son el principal aparato de control del Estado, por eso con razón Althusser señalaba: “Hacia el sexto año, una gran masa de niños cae “en la producción”: son los obreros o los pequeños campesinos. Otra parte de la juventud escolarizable continúa: bien que mal se encamina y termina por cubrir puestos de pequeños y medianos cuadros, empleados, funcionarios pequeños y medianos, pequeño – burgueses de todo tipo. Una última parte llega a la meta, ya sea para caer en la semidesocupación intelectual, ya para proporcionar, además de los “intelectuales del trabajador colectivo”, los agentes de la explotación (capitalistas, empresarios), los agentes de la represión (militares, policías, políticos y administradores, etc.) y los profesionales de la ideología (sacerdotes de todo tipo, la mayoría de los cuales son laicos convencidos). La superioridad de la escuela como instrumento de control se acredita con el tiempo al que se encuentra expuesto un ser humano (seis días a la semana por durante más de diez años. Sin embargo, no debemos tampoco pensar de ninguna forma que no existe remedio, aun existen instituciones educativas y maestros con disposición de educar y de formar al alumno en libertad. Ante ello Althusser moderara su postura en base al perdón “...por esto a los maestros que, en condiciones espantosas, intentan volver contra la ideología, contra el sistema y contra las practicas de que son prisioneros, las pocas armas que pueden hallar en la historia y el saber que ellos enseñan. Son una especie de héroes. Pero no abundan y muchos (la mayoría) no tienen siquiera la más remota sospecha del trabajo que el sistema que los (rebase y aplasta) les obliga a realizar y, peor aún, ponen todo su empeño e ingenio para cumplir con la última directiva (los famosos métodos nuevos). Están tan lejos de imaginárselo que contribuyen con su devoción a mantener y alimentar esta representación ideológica de la escuela, que la hace tan natural e indispensable, y hasta bienhechora, a los ojos de nuestros contemporáneos como la iglesia era “natural” indispensable y generosa para nuestros antepasados hace algunos siglos”. Althusser, L, *op. cit.*, pp. 45 – 46.

buena educación y por ende al ocio³⁶². Sin embargo, resulta difícil creer que lo anterior se aplique a las clases burguesas, es más se puede afirmar que sin educación el burgués jamás hubiera tenido éxito como empresario o en cualquier otro papel. De hecho la cultura era y es signo de emancipación del ser humano en la sociedad.

4. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL PODER

En el presente apartado se abordara un problema que en mi opinión resulta de capital importancia para la teoría política y del estado³⁶³: el problema del poder. Y así estar en posibilidades de entender como funciona la sociedad moderna. De las circunstancias expuestas, y en función del tema de la investigación nos surge el interés por explicar: que es el poder.

La explicación del concepto de poder, así como los de clase, Estado y partido, atendió en el siglo veinte, de forma reiterada a las contribuciones de Marx³⁶⁴ y Weber³⁶⁵.

Sin embargo como consecuencia de la evolución social, para comprender de mejor forma el poder, hoy es necesario recurrir a posturas como la de Foucault, que entienden al poder como una relación que va más aya de los tradicionales aparatos del Estado. Así

³⁶² Uno de las funciones principales del control ejercido por medio del aparato cultural es atribuir a cada sujeto los modelos de comportamiento y conocimientos correspondientes a los diversos status sociales, además de encargarse de lograr imponer una situación de total aceptación respecto de los status asignados.

³⁶³ Los contenidos de la teoría del estado se encuentran en la estructura del estado, o lo que es lo mismo en sus elementos constitutivos, toda vez, que la institución del estado comprende: territorio, población y poder.

³⁶⁴ El espíritu que domina hoy en día a la teoría política es abandonar la noción de Marx que sitúa la discusión del poder, a partir de la noción de clase, de relaciones sociales y recurrir a una formulación subjetiva, a partir del individuo, de un grupo, etc.

A los anteriores razonamientos habría que agregar que las concepciones de poder postuladas por la escuela liberal y marxista son sumamente estrechas para poder lograr una representación de lo que debe comprender una estructura política. De manera muy general podemos afirmar que ninguna de estas dos posturas políticas ha explorado impedimentos contra la participación democrática diferentes a las impuestas por el poder político estatal y las finanzas. El origen de este impedimento se encuentra en la estrechez de miras de ambos pensamientos políticos. Por lo que para encontrar los condicionantes básicos para consolidar el principio de autonomía, se requiere ubicar al poder en una relación de poderes más amplia de la que plantean estas tradiciones políticas.

³⁶⁵ El destacado sociólogo, Max Weber señala que "La mayor influencia efectiva en lo político no proviene fundamentalmente, de los factores económicos; su origen hay que buscarlo en sentimientos de prestigio frecuentemente muy arraigados en las masas pequeño burguesas pertenecientes a formaciones políticas que han accedido a posiciones de poder". Weber, Max, *Estructuras de poder* trad: Rufino Arar, México, Ediciones Coyoacan, 2001, p. 18. Pero más importante aun es que para Weber el poder significa la probabilidad de conquistar la propia voluntad aun en contra de la voluntad de quien deseen oponerse al poder. En efecto, para Weber en todo organismo político se encuentra la fuerza como instrumento del cual pueden servirse los detentadores del poder para imponer su voluntad y preservar de esta forma su prestigio. Queda pues claro que para Weber: "Lo común a todas las formaciones políticas es el empleo de la fuerza; lo que las diferencia es el modo y el grado en que usan o amenazan usar dicha fuerza contra las demás organizaciones políticas. Estas diferencias, determinan a su vez, la conformación y el destino específico de las comunidades políticas". *op. cit.*, p. 17. Sin embargo, nuestra consideración del poder dista de la centralidad weberiana de la categoría del poder que se desvía del eje representativo del sistema político moderno y da prioridad y peso conceptual a las técnicas tradicionales de la fuerza.

pues, Foucault, se da a la tarea de "...conocer esta cosa tan enigmática, a la vez visible e invisible, presente y oculta, investida en todas partes, que se llama poder"³⁶⁶. En este sentido, cabe preguntarse entonces: ¿quién ejerce el poder? y ¿dónde lo ejerce? En este contexto bien podemos decir que no necesariamente son los gobernantes quienes se encargan de ejercer el poder como se creía antaño. En consecuencia el poder es una energía sumamente difusa, es por eso que se puede considerar que quienes lo ejercen son las diversas clases dominantes en base a sus muy particulares intereses. En relación con esto es necesario desmarcarse de posturas como la de Weber que le otorga a la noción de fuerza una importancia capital. En efecto, reducir el poder hoy en día a una mera relación de fuerza trae como consecuencia que este se vuelva débil, dificultándose por tanto, la producción de los efectos deseados en el grupo que ejerce el poder. De ello se infiere, naturalmente, que el concepto de fuerza, al que aducen cierto sector de la doctrina para caracterizar a los mecanismos de poder, creo de verdad que hoy se encuentra en crisis por ser insuficiente para dar una explicación sobre lo que es el poder hoy en día.³⁶⁷

Antes de continuar en el estudio de este tópico: el poder, es conveniente situarnos en el contexto de lo que esto significa. Por mi parte considero que el poder es el fenómeno que se refiere a la capacidad de los diversos sectores de la sociedad para sostener o transformar su entorno social; por lo que se refiere también a los recursos que hacen posible el accionar de dicha capacidad, así como las fuerzas que moldean e influyen sobre su ejercicio. Por tanto, el poder es un fenómeno que se encuentra presente en todos los grupos, instituciones y sociedades, atravesando de esta forma las vidas públicas y privadas. Así pues, el poder crea y condiciona todas las dimensiones de nuestra existencia: desde el nacimiento hasta nuestra muerte, siendo de esta forma un aspecto central del desarrollo de los problemas colectivos y de sus formas de resolución. En estas circunstancias, para Russel el poder se reduce a la capacidad de provocar los efectos

³⁶⁶ Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, trad: Julia Varela y Fernando Alvarez – Uría, 2ª ed, Madrid, La Piqueta, 1980, p. 83. La discusión en torno al poder, entendido como una relación de diversos centros de poder en la sociedad contemporánea, es continuada por Held, David, *La democracia y el orden global*, 3ª ed, trad: Sebastián Mazzuca, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 197 – 231. Como dato adicional se puede señalar que el autor a contrario de Foucault no manifiesta una influencia marxista de la política.

³⁶⁷ Se ha señalado que inicialmente, "la teoría del derecho desde la Edad Media, tiene esencialmente el papel de fijar la legitimidad del poder, es decir que el principal problema alrededor del que se organiza la teoría del derecho es el de la soberanía, (...) quiere decir en el fondo que el discurso y la técnica del derecho han tenido esencialmente la función de

deseados sobre quien se pretende ejercer una relación de poder³⁶⁸. Esto me conduce a señalar, que para los efectos de este trabajo considero a los medios de comunicación como una organización investida de ciertos instrumentos que le permiten ejercer un poder disuasivo, por medio de la información, por lo que este tipo de poder se puede ubicar “junto a las estructuras de poder formalmente reconocidas puede haber, y normalmente hay, estructuras de poder informales, que ejercen sobre las primeras una influencia mayor o menor”³⁶⁹. Son pues, los medios de comunicación un poder informal de tipo disuasivo. Este desarrollo a contribuido decisivamente a que, como certeramente a destacado Foucault continúen existiendo los mecanismo de poder por medio de los cuales una sociedad transmite su saber y se afiancé a si misma. Este tipo de estructuras de poder se encuentran sin duda en los medios de comunicación³⁷⁰. Por lo tanto, no debe causar extrañeza el que el poder ya no se encuentre solamente localizado en las estructuras del Estado. En nuestra época se percibe claramente “que nada cambiará en la sociedad si no se transforman los mecanismos de poder que funcionan fuera de los aparatos del Estado, por debajo de ellos, a su lado, de una manera mucho más minuciosa. Si se consiguen modificar estas relaciones o hacerlas intolerables los efectos de poder que en ellas se propagan, se dificultará enormemente el funcionamiento de los aparatos del Estado”³⁷¹. Esto significa que los medios de comunicación forman un subsistema independiente, pero interrelacionado y vinculado con el poder formal. Por eso se dice que este tipo de poder se encuentra ajeno a los instrumentos de represión. Lo que hace efectivo el poder de los medios de comunicación es que produce cosas, forma conocimientos, produce discursos, placer, etc, para de esta forma permear en toda la sociedad, produciendo un efecto disuasivo que de certidumbre y beneficie a los poderes: formal e informal.

No obstante, aquí habría que destacar ciertos hechos con frecuencia no ponderados adecuadamente. El fundamento económico – político del poder en la sociedad

disolver en el interior del poder el hecho de la dominación para hacer aparecer en su lugar dos cosas: por una parte, los derechos legítimos de la soberanía y, por otra, la obligación legal de la obediencia”. *Ibidem*, p. 141.

³⁶⁸ Para Russel el poder se puede lograr por medio de las siguientes formas: a) por el poder físico directo sobre su cuerpo, por ejemplo, cuando es encarcelado o muerto; b) por las recompensas y los castigos utilizados como alicientes, por ejemplo, dando o retirando empleos; c) por la influencia de en la opinión, por ejemplo, la propaganda en su sentido más amplio”. Russel, Bertrand, *Antología*, 18ª ed, México, Siglo XXI, 2004, PP. 130 – 131.

³⁶⁹ Stoppino, Mario, en Bobbio, Norberto, Matteucci y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de política*, 8ª ed, México, Siglo XXI, 1991, P. 1200.

³⁷⁰ Otro rasgo que justifica el enorme éxito de los medios de comunicación como estructuras de poder es apreciándolos desde una lógica de tipo económico, es decir la economía del poder señala que es más eficaz y económico disuadir que ejercer el poder por medio de la fuerza.

actual, que se encuentra caracterizado en base a cinco características: "...la verdad está centrada en la forma del discurso científico y en las instituciones que lo producen; esta sometida a una constante incitación económica y política (necesidad de verdad tanto para la producción económica como para el poder político); es objeto bajo formas diversas de una inmensa difusión y consumo (circula en aparatos de difusión y de información cuya extensión es relativamente amplia en el cuerpo social pese a ciertas limitaciones estrictas); es producida y transmitida bajo el control no exclusivo pero sí dominante de algunos grandes aparatos políticos o económicos (universidad, ejército, escritura, medios de comunicación); en fin, es el núcleo de la cuestión de todo debate político y de todo un enfrentamiento social (lucha de ideologías)."³⁷²

No hay duda de que el poder forma parte de la naturaleza humana, pero si la vida social ha de satisfacer deseos sociales, debe basarse en una ideología que no tenga como su razón de ser el amor al poder.

En último término, se debe señalar que no es por medio de la violencia como se domina a los seres humanos, sino por medio de la razón de quines suelen apelar a los deseos comunes de la humanidad: felicidad, paz y buena comprensión de la sociedad en la cual se ejerce el poder. No olvidemos que el poder que se ejerce sin uso de la razón se convierte en barbarie.

Los medios de comunicación como base y fundamento para una teoría del poder, surge de la vinculación que estos guardan con el poder político³⁷³, en este caso ambos lo que pretenden es persuadir al sujeto para orientar la conducta del sujeto de acuerdo a determinados intereses de las fuerzas de dominación: poder político y poder mediático. En resumen, los medios de comunicación de los que no se debe escatimar su importancia y

³⁷¹ Foucault, Michel, *op. cit.*, p. 108.

³⁷² *Ibidem*, pp. 187 – 188. Asimismo considero que es importante liberar el monopolio de la verdad de los instrumentos de poder, desafortunadamente esto es mucho pedir, es utópico, pero lo que si se puede intentar es separar el poder de la verdad de los diversos instrumentos de poder: sociales, económicos, culturales, lograr esto sería un gran paso para conquistar una sociedad un poco más incluyente, y de esta forma dejar atrás la exclusión en la que nos mantiene el neo – liberalísimo.

³⁷³ Dando un repaso a la historia, podemos descubrir que es más que evidente que el papel que han desempeñado los medios de comunicación en gobiernos de corte comunista, donde supuestamente se busca la igualdad es si observamos una utopía, ya que también en estos sistemas políticos los medios de comunicación ejercen su capacidad de control, que es en muchas ocasiones más severo que en otros sistemas políticos: ahí salvo honrosas y heroicas excepciones, se sabe que la prensa mediante una fuerte y constante propaganda, llega a obtener de los individuos la actitud pasiva que requieren los fines del régimen. Con la diferencia de que en este tipo de sistema político los medios de comunicación son un monopolio gubernamental.

poder de influencia en las sociedades contemporáneas³⁷⁴, se refleja en su capacidad de ejercer un rol de dominio y control social no violento sobre los sujetos, distinto del que realiza el derecho, un control de tipo flexible, que por ende no se basa en la coercitividad y la legalidad. Es tal la importancia de este poder de persuasión que llega un momento en que vuelve inútiles otras formas que a primera vista se advierten más intensas por estar basadas en la coactividad, como sucede en el caso del derecho.

Es importante hacer hincapié en que, desde la perspectiva de las teorías de poder analizadas, los medios de comunicación generaron nuevos centros de poder, y si estos fines no son adecuadamente representados, las consecuencias son la generación de tensiones en la estructura de poder tradicional, además tenemos que los medios de comunicación han ido erosionando poco a poco el control ejercido por medio del conocimiento social y la legalidad al difundir informaciones tendenciosas y con alto grado de manipulación. En otras ocasiones, y esto es lo más grave, los medios pasaron a superar en fuerza a las estructura del poder tradicional, al demostrar su capacidad de alterar y modificar los comportamientos sociales – políticos – culturales y económicos³⁷⁵.

³⁷⁴ Edmund Burke, una de las figuras de mayor importancia del pensamiento político inglés del siglo XVIII, es a quien se le responsabiliza de atribuirle a la prensa el carácter de cuarto poder. Se ha llegado a afirmar que en uno de los celebrados debates llevados a cabo en la Cámara de los Comunes, y al dirigirse al lugar que se encontraba destinado a los periodistas, exclamo: "Vosotros sois el cuarto poder". A muchos años de distancia, la frase acuñada por Burke continua vigente y por ende forma parte de las creencias y mitos que se han creado en torno a los medios de comunicación".

Nadie niega que los medios de comunicación ocupan un lugar de privilegio entre los demás factores de fuerza organizada, máxime si se consideran los variados trabajos que desempeña esta fuerza de persuasión en la sociedad. En este sentido y en razón del rol que desempeñe de cara a la sociedad será apreciada como un poder con todo lo que implica la connotación de este término o en un instrumento de libertad del ciudadano. Estos razonamientos tienen su base de sustentación en las siguientes consideraciones que a continuación precisamos. Como ya señalamos es muy importante "...que la prensa informe, pero informar es instruir y toda instrucción, por las alternativas que implica y los temas que utiliza, es necesariamente orientada. Se quiere que de a conocer el estado de la opinión ¿pero se ha visto nunca que una opinión preexista a la expresión que la formula? Se la quiere libre de toda atadura, pero eso es olvidar que es una industria. Se la quiere al servicio de todos, pero cuando el gobierno la utiliza se habla de abuso de poder. Para unos es una guía, una protección y un recurso; para otros es una fuerza irresponsable, embrutecedora y opresiva". Burdeau, Georges, *Tratado de ciencia política*, t. III, trad. Brunilda Gordon, México, Universidad Nacional Autónoma de México Escuela Nacional de Estudios Profesionales de ACATLAN, 1986, p. 353. Así las cosas hoy en día los medios de comunicación son más que nada una industria, y por tanto su poder se encuentra vinculado al capital que moviliza, en donde lo desafortunado es la falta de ideas claras de estos medios, y como muestra tenemos la desaparición de la prensa de opinión.

³⁷⁵ Con el surgimiento de la publicidad comercial, principia el proceso de independencia de la publicidad gubernamental. Dando lugar a una mayor independencia por parte de los propietarios, al hacer los propietarios de los medios más lucrativa la publicidad y por ende aumentar la circulación sin hacer uso de las ayudas públicas. Además en la publicidad se observa claramente la función del poder al lograr "...este presupuesto de manipulación que la acompaña, quede firmemente establecido. Así la publicidad por medio de la manipulación adquiere un grado de verdad". Luhmann, Niklas, *La realidad de los medios de comunicación*, trad. Javier Torres Nafarrete, Barcelona, Anthropos, 2000, p. 66. Por otra parte, para Ryszard Kapuscinski, la potencialización de los medios de comunicación para hacer de la información un gran negocio dio lugar a que de pronto "...al frente de los más grandes grupos televisivos encontremos a gente que no tiene nada que ver con el periodismo, que sólo son grandes hombres de negocios, vinculados a grandes bancos o compañías de seguros o cualquier otro ente provisto de mucho dinero. La información ha empezado a rendir, y a rendir a

De esta forma, los medios de comunicación han contribuido al paulatino declive de los partidos políticos, mismos que son un elemento clave de la democracia de nuestros días.³⁷⁶

Ahora bien, otra faceta del poder de los medios de comunicación es verlos como un instrumento de presión, lo que se observa en la desviación que los medios de comunicación llevan a cabo de sus fines informativos, pasando los medios de comunicación a utilizar la influencia sobre su clientela para hacer de ellos un instrumento de su propia fortaleza en su negociación con los gobernantes; en donde por supuesto las presiones que ejerce son las que corresponden a los intereses de los que les proveen buenas cantidades de recursos a cambio de adoptar una actitud complaciente para con la elite del poder. Así las cosas poder político y mediático son las dos caras de una misma moneda.³⁷⁷

El control efectuado por parte de los medios de comunicación ha resultado tan efectivo que han ejercido un efectivo papel de legitimación o deslegitimación social, según sea el caso del sistema político. Es por esto que los medios de comunicación son una expresión de la dominación, y un eficaz instrumento para llevarla a cabo. En abono de lo

gran velocidad". Más adelante el autor ejemplifica lo anterior señalando que "Mr. Turner, que en su vida ha ejercido el periodismo y que rara vez lee los periódicos o mira la televisión: no podrá darnos ningún consejo, porque no tiene la más mínima idea de cómo se realiza nuestro trabajo. Su misión y su regla no son mejorar nuestra profesión, sino únicamente ganar más dinero". Kapuscinski, Ryszard, *Los cínicos no sirven para este oficio*, 2ª ed, trad. Xavier González Rovira, Barcelona, Anagrama, 2006, p. 37. "El concebir a la información como una mercancía facilitó la adaptación de los medios de comunicación como instrumentos de poder, donde lo que importa es la búsqueda de alianzas con las diversas fuerzas políticas que les garanticen una legislación adecuada para hacer de la información una maquina de fabricar dinero. Dinero y poder son dos elementos importantes de los medios de comunicación hoy en día. Habitamos un mundo en que los receptores de la información reciben una información ficticia de los hechos, no verdadera. El hombre se genera así una visión única de la historia, que a menudo resulta ser confusa. "En las dictaduras tenemos la censura y en las democracias la manipulación" Kapuscinski, Ryszard, *Lapidarium IV*, 2ª ed, trad. Agata Orzeszek, Barcelona, Anagrama, 2003, p. 113.

³⁷⁶ Lo anterior es bastante grave si pensamos que el poder para que genere efectos benéficos en la sociedad debe encontrarse politizado, lo que desafortunadamente no sucede como consecuencia de las manipulaciones ejercidas por los medios de comunicaciones en complicidad con el poder político, por tal razón dicho poder tiende a decaer haciéndose obsoleto en su funcionamiento. De esta forma el poder que pudieran ejercer en un momento dado la sociedad es neutralizado y eliminado por la manipulación informativa, aunado al reparto de dadas que suele realizar el poder político.

³⁷⁷ "En efecto si observamos la actitud de muchos de los periodistas, algunas de les veces irresponsable. Por este sendero se arguye que los periodistas han conseguido colocarse en una posición de impunidad, o lo que es lo mismo en una casta de intocables. Dado lo variable del comportamiento de la prensa Georges Vedel afirma: "¿Cómo no sorprenderse, se preguntaría G. Vederl de que en este país democrático en donde se puede decir todo y en donde se puede saber todo sobre alguien, desde el diputado, el industrial, el responsable sindical, el Primer Ministro, hasta el mismo Presidente, de la República, no haya más que un poder que tenga la posibilidad de lograr que no se sepa lo que dicen de él?. Este poder es la prensa. Encuentro eso muy inquietante. Burdeau, Georges, *op. cit.*, p. 358. Además si ante la actitud irresponsable de la prensa se le piensa sancionar a esta, aunque fuese con sobrada razón, estas tendrán siempre un carácter autoritario. De esta forma se afirma que hoy en día la prensa se le considere como una mercancía objeto de comercio, paralelamente de que se le considere un poder político".

anterior y en aras de justificar tal afirmación afirmamos que los medios de comunicación hoy en día se encargan de lo mismo en todas partes: perpetuar las relaciones de fuerza existentes, con independencia de su naturaleza. Su objeto es inculcar una determinada forma de pensamiento, y explotarla política y económicamente en todas sus formas.

Bien, una vez que se ha estudiado la naturaleza y la tipología del poder, es importante subrayar el carácter de fuerza – poder que poseen los medios de comunicación hoy en día. Podemos naturalmente mostrar la actual realidad de los medios de comunicación, recurriendo a Robert Musil, en el capítulo 54 del *Hombre sin atributos*. El punto central del argumento del autor se desarrolla en el diálogo entre Walter y Ulrich que reza así:

-Hay que saber apreciar el que hoy día un hombre pretenda ser un todo-dijo Walter.

-Eso ya no existe- replicó Ulrich-. No tienes más que echar un vistazo al periódico. Esta penetrado de inconmensurable opacidad. Allí se habla de tantas cosas que superaría la capacidad de pensamiento de un Leibniz. Pero ni siquiera se nota, nos hemos hecho distintos. Ya no es un hombre completo el que se enfrenta a un mundo entero, sino un algo humano que se mueve en un líquido nutricio.”³⁷⁸

5. LA INFLUENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA SOCIEDAD

Hoy en día el universo del periodismo es un campo sometido a los vaivenes de la economía a través de la audiencia. Y esta realidad heterogénea, tan sometida a los índices de la audiencia, y por ende de lo comercial, se impone a su vez sobre todos los demás campos, en tanto que forman parte de un todo. Este efecto, nada tiene que ver con lo que se ve directamente en los medios. Para Pieré Bourdieu: “a través de la presión de los índices de audiencia, el peso de la economía se ejerce sobre la televisión, y, a través del peso de ésta sobre el periodismo, se ejerce sobre los periódicos, incluso los más

³⁷⁸ Musil, Robert, *El hombre sin atributos*, p. 217.

Los medios de comunicación poseen una cierta forma de monopolio sobre la formación de las conciencias. Al privilegiar los sucesos llenando ese tiempo con contenidos de extrema vacuidad, se dejan de lado las noticias que en realidad debería conocer el ciudadano para estar en condiciones de ejercer sus derechos democráticos

puros, y sobre los periodistas, que, paulatinamente, se van dejando imponer los problemas de la televisión”.³⁷⁹

A sido tal el poder que han cobrado los medios de comunicación en la sociedad contemporánea, que la visión de estos adquiere un grado de certeza tal que no admite otras opiniones. Kapuscinski, gran conocedor de los medios de comunicación señaló que “...el acceso a los documentos sigue siendo difícil, la versión que difunde la televisión, incompetente e ignorante, se impone sin que podamos cuestionarla³⁸⁰. El ejemplo más esclarecedor de este fenómeno es, quizá, Ruanda, país que conozco bien. Cientos de millones de personas en el mundo han visto las imágenes de las víctimas de las matanzas étnicas con comentarios, en su mayor parte, completamente erróneos. ¿Cuántos telespectadores han completado esta visión recurriendo a otras fuentes fiables sobre Ruanda?. El peligro es que se consumen mucho más fácilmente los medios que los libros.”³⁸¹

En apoyo a la consideración anterior, se puede señalar que el papel que desempeñan los medios de comunicación hoy en día, es un reflejo de los factores de poder que influyen en la agenda de los medios. Por lo tanto, sólo expresan lo que previamente les imponen factores tales como: ideología, economía, cultura e historia. Es tal la influencia de los medios de comunicación que casi todo lo que sabemos sobre lo que está sucediendo en la sociedad lo apreciamos por medio de los medios de comunicación. Además dicha capacidad persuasiva se manifiesta en la inhibición que genera en la población para disuadirla de ejercer a plenitud de sus capacidades sus derechos políticos. Así, para Luhmann, la mejor forma de apreciar los medios de comunicación es aceptar que estos “crean una ilusión trascendental. Entendiéndolo de esta manera, el quehacer de los medios ya no se verá simplemente como secuencia de operaciones, sino como secuencia de observaciones”.³⁸² Por tanto, para lograr esta comprensión sobre los medios de comunicación se habrá de observar lo que ellos expresan. Como dijera Goethe “Ver

³⁷⁹ Bourdieu, Pierre, *Sobre la televisión*, 5ª ed, trad. Thomas Kauf, Barcelona, Anagrama, 2003, p. 81.

Aunque se puede advertir que el actual sistema económico, no es de ninguna manera la causa única y exclusiva de la evolución historia y del derecho, en el momento actual no es extraño señalar que el sistema económico, es, en última instancia, el factor determinante y por mucho el de mayor relevancia en la evolución estatal hoy en día.

³⁸⁰ Kapuscinski, Ryszard, “La historia telefalsificada”, en *Gaceta del fondo de cultura económico*, febrero 2007, número 434, p. 1.

³⁸¹ *Idem*, p. 2.

³⁸² Luhmann, Niklas, *La realidad de los medios de masas*, trad. Javier Torres Nafarrate, Barcelona, Anthropos, 2000, p. 6.

acontecer las cosas es el mejor modo de explicárselas”.³⁸³ Otros autores, como Giovanni Sartori sostienen que es tal la influencia de los medios, que ésta se manifiesta desde los primeros años de vida de la persona, ya que “Por encima de todo, la verdad es que la televisión es la primera escuela del niño (la escuela divertida que precede a la escuela aburrida); y el niño es un animal simbólico que recibe su imprint, su impronta educacional, en imágenes de un mundo centrado en el hecho de ver”.³⁸⁴ Esto conlleva, una predisposición hacia lo peor de los medios de comunicación. El sujeto en sus primeros años de vida tiende a absorber todo lo que ve, ya que en esa edad aun no posee una capacidad de entendimiento que le permita discernir lo que se esta captando por medio de la imagen. Así pues, la persona que se forma por medio de la imagen es un ser apático y desinteresado en la lectura y la cultura, y por ende sumamente apolítico, lo único que conoce de la política es lo que aprende en los medios. (casi nada) Lo anterior nos da la pauta para afirmar que el telever esta destronando al lector que ve en la lectura una condición para ejercer la democracia, entendida esta como la esfera de discusión y participación ciudadana.³⁸⁵

Otro dato importante es que los medios de comunicación, particularmente los electrónicos han provocado la disminución de lectores, ya sea de libros o de revistas, más aun cuando estas lecturas tienen un alto contenido cultural, en México, actualmente, la prensa escrita ha perdido un sector importante de lectores, una de las causas de este fenómeno es sin duda, el progreso tecnológico. De esta forma, en la medida en que el ciudadano se vuelve adicto a los medios de comunicación, disminuye su capacidad cultural por una parte y por otra aumenta su debilidad ante los medios de comunicación.

³⁸³ Reyes, Alfonso, *Trayectoria de Goethe*, 2ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 1.

³⁸⁴ Sartori, Giovanni, *op. cit.*, p. 41. ¿Qué quiere decir Sartori cuando afirma que los medios de comunicación poseen gran influencia en las personas? Me parece que este argumento adquiere pleno valor si consideramos el desarrollo de los medios de comunicación. Así Sartori señala: “Desde luego podemos tener una video política de elites además de la video política de las muchedumbres. Pero son pocos los que ven la televisión elitista, mientras que la televisión de masas capta mucha gente, al dinero, y, en el proceso, también a los votos”. Sartori, Geovani, *Ingeniería constitucional comparada*, 3ª ed, trad: Roberto Reyes Mazzoni, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 167. En este sentido los medios de comunicación fomentan la participación a través de la emotividad, en la situación en que cada día es más la desinformación, aunado a lo deficiente de esta.

“De acuerdo a estadísticas de la American Psychological Association (APA) los niños estadounidenses permanecen pegados al televisor un promedio de 27 horas semanales, con máximos de 11 horas al día en los barrios marginados. El resultado es que cada niño había presenciado en promedio 8,000 homicidios y 100,000 actos de violencia al terminar la escuela primaria”. Información tomada de: Popper, Karl y Condry John, *La televisión es mala maestra*, 2ª ed, trad. Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

³⁸⁵ Para comprender más sobre los efectos de la lectura en la democracia y liberación del ser humano, véase: Freire, Paulo, *La importancia de leer y el proceso de liberación*, 18ª ed, México, Siglo XXI, 2006.

Además la deformación informativa que sufren los medios de comunicación, es por la falta de personal apto para generar programación con valor de servicio público, lo que contribuye a que la producción de material informativo sea de pésima calidad.³⁸⁶

Es así, que los medios de comunicación reducen el mundo a las tinieblas, y por tanto impiden toda reacción crítica del ciudadano. En definitiva, lo que se observa es el efecto de idiotización provocado por los medios.³⁸⁷ Para Enzenberger la idiotización se "...condensa en un enunciado antropológico. Según ella, los medios no solo debilitarían la capacidad crítica y su discernimiento, la sustancia moral y política de los usuarios, sino también su capacidad de percepción e incluso su identidad psíquica. Con ello producirían, si no se llega a ponerles coto, un hombre nuevo que, según las circunstancias, cabría calificar ya sea de zombi o de mutante"³⁸⁸. Lejos de apreciar a los medios de comunicación como un servicio público corresponde considerarlos como un fenómeno sociológico, incapaz de dar vida a creaciones artísticas y culturales verdaderas, por lo tanto, conforman una realidad social capaz de instituir gustos y moderar conductas, de crear necesidades, dependencias, aptos para que en poco tiempo logren determinar los fines de la evolución cultural de toda una sociedad³⁸⁹.

Los medios de comunicación, muestran una visión bastante pesimista del hombre, no obstante para Eco, esto no es nuevo, "recordemos que la educación a través de la imagen ha sido típica de todas las sociedades absolutistas y paternalistas; desde el antiguo Egipto hasta la Edad Media. La imagen es el resumen visible e indiscutible de una serie de conclusiones a las que se ha llegado a través de la elaboración cultural; y la

³⁸⁶ Para el italiano Humberto Eco, "La industria de los medios de comunicación, surge con Gutemberg y con la invención de la imprenta de tipos móviles, o incluso antes. El mundo del superhombre es, pues el mundo de los hombres de hoy". Es claro que para el autor italiano los medios de comunicación están condenados a transformarse en un superman moderno, y por ende en superdotados que pretenden imponerle al ciudadano la forma de vida que estos creen apta para la sociedad. Sin embargo, si lo que se pretende es trabajar por un mundo construido en base a valores humanitarios, esta medida se encontrará, no buscando adaptar al hombre a ciertas condiciones preestablecidas de antemano, sino todo lo contrario, a partir de ciertos hechos se debe buscar un dialogo de mutuo reconocimiento. Eco, Humberto, *Apocalípticos e integrados*, 6ª ed, trad. Andrés Boglar, México, Tusquets Editores, 2005, p. 30.

³⁸⁷ Por expresión "cultura de masas" se entiende como todo fenómeno anticultura, ya que lo único que se pretende es crear súbditos obedientes y domesticados para las necesidades del sistema. La crítica propositiva no tiene cabida aquí. El surgimiento de esta cultura tiene como punto de partida el momento histórico en el que las masas entran como protagonistas de la vida social y se incorporan en las decisiones de la cosa pública. Estas masas lo que han logrado es hacer valer un punto de vista individual

³⁸⁸ Enzenberger, Hans Magnus, 2ª ed, trad. Michael Faber – Kaiser, *Mediocridad y delito*, Barcelona, Anagrama, 2002, p. 80.

³⁸⁹ La revolución de los medios de comunicación se encuentra en plena evolución, son un fenómeno reciente de la civilización humana, demasiado fuerte como para permitir la producción de antidotos para combatir las influencias nocivas de estos: manipulación, corrupción, arrogancia, y la publicidad.

elaboración cultural que se sirve de la palabra transmitida por escrito pertenece a la élite dirigente, mientras que la imagen final es construida por la masa sojuzgada. En este sentido tienen razón los maniqueos: en la comunicación por la imagen hay algo radicalmente limitativo, insuperablemente reaccionario”.³⁹⁰ La televisión es la única forma de llevar a cabo de forma universal y masiva la psicoterapia. En este sentido sería muy absurdo negar el poder que poseen los medios de comunicación. Durante mucho tiempo el fenómeno mediático paso inadvertido, este se vuelve transparente en la medida en que adquiere dimensiones industriales, es a partir de ese momento que se convierte en un problema para el desarrollo del ser humano.

Con base en lo anterior, se puede señalar que los medios de comunicación hoy en día privilegian más lo comercial que lo cultural. Se da al público lo que desea, siguiendo las leyes del mercado y de consumo y sostenida por la acción persuasiva y moderadora de la publicidad. Señala Raúl Trejo Delarbre: “De esta forma, aún los medios que dicen dedicarse a promover el entretenimiento, se encuentran determinados por intereses empresariales y políticos que es preciso no olvidar al momento de atender a sus transmisiones. Divertir, finalmente es, en ambos sentidos (en tanto que sinónimo de esparcimiento, pero también de distracción) papel frecuente de los medios, especialmente respecto de la política”.³⁹¹

Sin embargo, pese al poder de distorsión de los medios de comunicación, tampoco se deben descalificar todos los aspectos de los medios, ya que junto a los medios de baja calidad hay otros de alta calidad: existen grandiosos programas de televisión, excelentes emisoras de radio, buena prensa escrita. Para quienes buscan otra opción, información honesta, reflexiva, profunda y basada en sólidos test de veracidad, no faltaran opciones a las que pueda recurrir el ciudadano.

6. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LA DEMOCRACIA

Los medios de comunicación desde siempre han jugado un papel decisivo y fundamental en el proceso político, desde los orígenes del régimen representativo moderno. Junto con el poder legislativo que en el esquema clásico es el centro de gravedad de todo sistema,

³⁹⁰ Eco, Humberto, *op., cit.*, p. 341.

³⁹¹ Delarbre Trejo, Raúl, *Mediocracia sin mediaciones*, México, Ediciones Cal y Arena, 2001, p. 70.

los medios de comunicación son una de las instituciones de la publicidad política por medio de la cual da inicio el régimen de opinión, y se instrumenta el derecho de los ciudadanos a saber y la correlativa obligación del gobernante a informar. Frente al secreto de los gobiernos absolutistas y todo aquel régimen con tendencias autoritarias, la prensa es un elemento necesario para lograr la transparencia sin esta no es posible que exista un adecuado control del poder ni garantía de las libertades que se haga realidad. Cuando los liberales del siglo XIX calificaron al sistema que se estaba formando como un régimen de opinión no estaban pensando sólo en la función legitimadora de la opinión pública expresada vía procesos electorales, ni en la función mediadora entre instituciones y corrientes de opinión que llevan a cabo los medios de comunicación, sino también, en la función de crítica política sin la cual no puede existir un gobierno transparente, responsable y sometido a controles.

En este sentido, se puede afirmar que los valores centrales del periodismo clásico, esencialmente en lo que se refiere a la búsqueda de información útil para el público, han sido desplazados por una cobertura cínica y negativa de la vida política a la que se le presenta como pura diversión, del que se le da cobertura con un máximo de superficialidad y frivolidad.

La video política esta produciendo el declive de la opinión pública ilustrada, y por tanto formada en otro tipo de instrumentos informativos. Es claro que los medios hoy en día se guían prioritariamente por criterios comerciales de incremento de la audiencia y de los beneficios económicos, en tanto que los políticos por criterios electoreros que les permita mantener el poder político a toda costa. Las leyes del mercado obligan a una competencia fuerte, por tanto estos factores limitan y someten a los políticos, lo que se traduce en el desprecio de los políticos hacía sus electores. Los caprichos del mercado mantienen a los medios de comunicación atentos ante al antojo de los díscolos consumidores, y por tanto de la ganancia.

Lo anterior da como resultado, para Raúl Trejo Delabre que: “La interacción entre política y medios de comunicación es tan evidente como intensa en nuestros días. Una y otros, se complementan e incluso llegan a substituirse. Los espacios privilegiados de los

partidos y los dirigentes políticos para el proselitismo y el afianzamiento de sus posiciones en las sociedades modernas, son sin lugar a dudas los medios de comunicación”.³⁹²

Para Karl Popper, la influencia que tienen los medios de comunicación, como instrumentos de poder, radica en que “La democracia consiste en poner bajo control el poder político. Es esta su característica esencial. En una democracia no debería de existir ningún poder no controlado. Ahora bien, sucede que la televisión se ha convertido en un poder político colosal, se podría decir que potencialmente, el más importante de todos, como si fuera Dios mismo quien habla. Y así será si continuamos consintiendo el abuso. Se ha convertido en un poder demasiado grande para la democracia. Ninguna democracia sobrevivirá si no pone fin al abuso de ese poder. Creo que un nuevo Hitler tendría, con la televisión, un poder infinito”.³⁹³ Desde entonces la democracia ha sido influida por los medios de comunicación que no solo se han encargado de complementar a la política, sino que también a menudo se han encargado de sustituirla. En este sentido los medios de comunicación no han cumplido con el fin principal de la comunicación que es informar con objetividad. No resulta exagerado afirmar al día de hoy que los medios de comunicación nos suministran enormes cúmulos de noticias pero a su vez se observa una verdadera carencia de verdadera información, de ahí que se pueda considerar que en televisión importa más lo que se ve que lo que se dice.

Dada la primacía y la capacidad de influencia distorsionadora de la que gozan actualmente los medios de comunicación en la sociedad contemporánea, se vuelve una necesidad reivindicar la prensa escrita, que suele aportar una mayor dosis de reflexión, análisis, interpretación y un debate amplio y abierto hacia todas las corrientes políticas, lo que resulta muy difícil de encontrar en los medios audiovisuales.

No obstante, Sartori, en su ya celebre *Homo videns*, criticaba a la prensa escrita, argumentando que estos imitan en su comportamiento a la televisión dándole cada día mayor cobertura a contenidos de poca seriedad y sensacionalistas, a grado tal que para el autor es posible encontrar prensa tan vacía como los medios audiovisuales. Sin embargo, el hecho de que en la prensa escrita exista mucho mayor pluralidad le da al ciudadano mayores posibilidades para estar bien informado. Además es posible afirmar que la prensa

³⁹² *Ibidem*, p. 21.

escrita aporta mayores posibilidades para generar una opinión pública con mayor ilustración que los medios visuales.

Visto lo anterior, para Kapuscinski la única forma de que existan medios de comunicación con un claro sentido democrático, “...es captar cada día más hombres y mujeres buenas³⁹⁴. Las malas personas no pueden ejercer el periodismo. Si se es una buena persona se puede intentar comprender a los demás, sus intenciones, su fe, sus intereses sus dificultades, sus tragedias. Y convertirse inmediatamente, desde el primer momento en parte de su destino”³⁹⁵. Mucha razón tiene Kapuscinski, dado que al faltar estas cualidades en la persona, se podrá ser un excelente director, pero nunca un buen periodista. Esto es así por la sencilla razón que la misión del director de un medio informativo la mayor de las veces consiste en hacer más rentable el medio de comunicación.

Por todas las consideraciones mencionadas, se puede señalar que con regímenes jurídicos insuficientes y obsoletos, sin un Estado con atribuciones y voluntad suficientes para regular los medios y con un esquema comunicativo sometido a los intereses privados, parece inevitable considerar que nada hay que hacer ante el poder de los medios. A propósito de estas deficiencias la escritora Ikram Antaki señaló: “frente a esos cambios el hombre político buscó en un primer tiempo controlar los medios. Estas tentativas, hijas de otras épocas, resultan vanas; su posición de inferioridad hacia las nuevas reglas del juego resulta patética, entonces hacía un llamado surrealista a la responsabilidad de los medios. La cuestión de la responsabilidad se encuentra totalmente liquidada en la práctica mediática. Si un diputado se equivoca o actúa mal, tendrá la sanción del voto; si un estudioso no estudia, tendrá la sanción de los exámenes, pero,

³⁹³ Popper, Karl, “Licencia para hacer televisión”, *Nexos*, número 220, México, abril de 1996.

³⁹⁴ Lo señalado por Kapuscinski me parece que puede encontrar conexión con las palabras del premio nobel de literatura Russell: “Tres pasiones, simples, pero abrumadoramente intensas, han gobernado mi vida: el ansia de amor, la búsqueda del conocimiento y una insoportable piedad por el sufrimiento de la humanidad. Estas tres pasiones, como grandes vendavales, me han llevado de acá para allá, por una ruta cambiante, sobre un profundo océano de angustia, hasta el borde mismo de la desesperación”. Russell, Bertrand, *Autobiografía 1872 – 1914*, trad: Juan García Punte, Madrid, Aguilar, 1968, p. 11. De esta hermosa e impactante cita, se desprende en mi opinión el gran salto que deben dar las sociedades contemporáneas como consecuencia de la fuerte e imperiosa necesidad de vivir en un mundo mejor; ergo, este debe ser el estímulo que debe determinar sin duda hoy en día la evolución de la sociedad.

³⁹⁵ Kapuscinski, Ryszard, *op. cit.*, p. 38.

¿cuál es la sanción del hombre de los medios? Basta con que tenga el beneplácito del propietario del medio y del anunciante, es decir, en ambos casos del dinero”.³⁹⁶

7. LA FUNCIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

El ser humano no solo es un consumidor en la economía de mercado, sino también un miembro más del sistema democrático. Los ciudadanos tienen derechos, uno de los cuales es el derecho a estar debidamente informado de los asuntos públicos.

Así las cosas, el derecho a la información se encuentra mejor asegurado en la radiotelevisión que asume su carácter de servicio público, por ser esta técnica más adecuada para la cobertura de los asuntos públicos, y por no estar sometida plenamente a los intereses del mercado. Aunque no se debe considerar al mercado como un obstáculo insalvable para el desarrollo de actividades que tiendan a satisfacer correctamente necesidades de carácter general. Sin embargo, considero que resulta más complicado este tipo de actividades en economía de libre mercado. Contrario al sistema democrático que si permite con mayor facilidad el desarrollo de una televisora de servicio público que permita elevar la conciencia política del ciudadano al favorecer la difusión de programas donde se busque informar con veracidad, así como también la programación cultural que emisiones de estas características permiten. De esta forma se genera un ciudadano más racional al momento de orientar sus preferencias sobre la cosa pública.

Además una televisora de servicio público favorece una democracia más justa, con menor desigualdad social. Como muy acertadamente señala Juan Linz: “...el proceso de derrumbamiento de las democracias está suficientemente explicado por las grandes desigualdades sociales y económicas, la concentración de poder económico, la dependencia económica de otros países, la amenaza al orden socioeconómico existente planteada por la movilización de las masas y la inevitable y rígida defensa de los privilegios que terminan con las instituciones democráticas que permiten esta

³⁹⁶ Citada por Fernández Christlieb, Fátima, *La responsabilidad de los medios de comunicación*, México, Paidós, 2002, pp. 124-125. Acerca de “la liquidación del tema de la responsabilidad social en la práctica mediática”, la autora del libro deplora: “no hay norma ética que obligue; las autoridades morales se desdibujaron, las sanciones son mínimas y ridículas”.

movilización”³⁹⁷. Es por esto que la televisión de servicio público es una opción para el sostenimiento y consolidación de la democracia.³⁹⁸

³⁹⁷ Linz, Juan, *La quiebra de las democracias*, Madrid, Alianza Editorial, 1987, p. 14.

³⁹⁸ No debe haber lugar a la duda de que la socialización política juega un papel de primer orden, en tal sentido los gobiernos democráticos que llevan tiempo establecido, en donde su sistema educativo, de información, prensa y cultura favorecen más ampliamente la comprensión e implantación de ideales democráticos en la sociedad. Desafortunadamente en el caso de América Latina, “...la cultura política tiene que desarrollarse bajo condiciones sumamente desfavorables, los desafíos económicos y sociales son enormes y solo pueden ser afrontados con éxito a mediano y largo plazo. En las condiciones actuales, el margen de maniobra para cualquier forma de gobierno es reducido”. Nohle, Dieter, *Democracia transición y gobernabilidad en América Latina*, en “Colección temas de la democracia, serie conferencias magistrales”, p. 22. Así resulta muy difícil imaginar siquiera una relación positiva entre democracia y liberalismo.

La población siempre le ha mostrado buen afecto a las libertades de expresión, de información y de elección, mismas que se desarrollan de mejor forma y con mayor respeto hacia las mayorías en los sistemas democráticos, desafortunadamente en la situación de desesperanza y pobreza del sujeto, este muestra mayor inclinación por la forma de gobierno que pueda ser capaz de satisfacer estos satisfactores sociales. Aquí no importa si el sistema es democrático o tiránico.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El concepto servicio público surge originalmente como consecuencia del reparto de competencias entre los órganos administrativo y judicial, postulándose dicha idea en diversas decisiones del Consejo de Estado Francés, entre las que destacan las sentencias Blanco, Terrier, Feutry y Thérond.

SEGUNDA. Su evolución en la doctrina es muy controvertida, pues lo que originalmente se consideró servicio público, posteriormente dejó de serlo y nuevos conceptos sustituyeron el de “servicio público”, sin que los autores se hayan puesto de acuerdo al día de hoy sobre el significado y utilidad de esta noción, que no dejan de tener relevancia dentro del derecho administrativo.

TERCERA. La doctrina administrativa ha conferido al concepto servicio público una doble manifestación: el servicio público propiamente dicho que se encuentra encomendado directamente al Estado, o a un particular mediante concesión, y que está establecido en la ley. El servicio público impropio es una segunda manifestación, y es aquel que tiene las características de un servicio público pese a no estar regulado como tal en la ley, por lo tanto, no es el Estado quien lo presta, ya que éste únicamente se ocupa de reglamentarlo y son los particulares los encargados de prestarlo.

CUARTA. El papel del Estado en el servicio público impropio se encuentra más acotado que en el servicio público propio. No obstante, el papel asumido por el Estado es de primordial importancia ya que, pese a no prestarlo directamente, si regula la actividad privada destinada a satisfacer las necesidades públicas. Este rol estatal tiene como objeto que el servicio público no pierda su esencia primordial, cual es la de satisfacer necesidades de interés general. El servicio público impropio se basa más en consideraciones políticas que jurídicas.

QUINTA. El servicio público de la radiodifusión es una actividad de carácter técnico cuya finalidad, es satisfacer la necesidad de los radioyentes y televidentes, de información, educación, culturización o esparcimiento, sin embargo en la práctica es frecuente apreciar

lo contrario. Situación esta que escapa al ámbito jurídico y pasa a ser estudiado por la sociología u otras disciplina.

SEXTA.- El carácter de servicio público que debe otorgarse a la radio y la televisión encuentra su fundamento en dos argumentos: el primero se hace consistir en las limitaciones técnicas y las condicionantes económicas. El segundo argumento es la importancia que la radiodifusión tiene como instrumento fundamental para la transmisión de información, cultura y entretenimiento y como destacado vehículo de formación de la opinión pública.

SÉPTIMA. No obstante la diversidad de opiniones, en el sentido de considerar a las ondas hertzianas un bien de dominio público, lo que pertenece al dominio público es el espacio aéreo por el que se propagan las ondas, lo que también justifica el carácter de servicio público para la actividad de radiodifusión que emplea tal espacio aéreo.

OCTAVA. Pese a la imposibilidad de considerar a las ondas hertzianas un bien de dominio público, nada impide considerar a éstas insertas en una zona de competencia demanial, con la finalidad de que el Estado garantice un uso más ordenado y eficaz del bien.

NOVENA. Es necesario actualizar el régimen de concesiones de radio y televisión, para procurar una adecuada gestión de las actividades de radiodifusión, ya que en el actual esquema de concesiones advertimos un desfase entre la finalidad que persigue el servicio público como tal y los contenidos que se observan en la programación.

DECIMA. Entre los mecanismos que deben introducirse en la legislación para mejorar la prestación del servicio público, se encuentra la creación de un consejo de lo audiovisual de carácter plural, el cual debe ser independiente del Estado, ya que de esta forma al existir independencia frente al poder público se garantiza un control más efectivo. La introducción de este tipo de mecanismos constituye todo un reto para nuestros legisladores, desafortunadamente al interior del poder legislativo mexicano no se advierten esfuerzos serios en tal sentido, salvo casos muy aislados.

UNDÉCIMA. El control social generado a partir de las actividades de radiodifusión da cuenta de la trascendencia que tiene regular en forma adecuada estos rubros mediáticos,

y genera la obligación para los estudiosos del derecho administrativo de buscar vías idóneas para una reforma integral en la materia. Ello, especialmente, por la repercusión que tienen los medios en la vida política, económica y cultural de México.

DUODÉCIMA. El derecho administrativo mexicano debe enfocar sus preocupaciones a revitalizar el debate en torno al carácter de servicio público de la radio y de la televisión, como manera para contribuir a la formación de una ciudadanía informada que participe activamente en la cosa pública, necesidad que no ha sido satisfecha y que constituye una asignatura pendiente en nuestra democracia en transición.

DECIMATERCERA. Si bien es cierto que el concepto servicio público está pasando por un momento de crisis, también lo es que resulta urgente revitalizar dicha figura considerando que vivimos en un país con serias dificultades económicas. Si bien no creemos que el concepto por sí mismo solucione estos problemas, si consideramos que permite generar nuevas expectativas para el ciudadano. No en balde la experiencia enseña que la estabilidad de los regimenes políticos pasa por la satisfacción de las necesidades generales.

DECIMOCUARTA. El carácter de servicio público de la radio y la televisión se demuestra por los caracteres y trascendencia que tienen para la vida política, económica y cultural en nuestro país. Ello exige que el legislador modifique el actual régimen para incorporarle tal carácter a la radiodifusión en México. Lo anterior es urgente si se quiere formar un derecho de la radiodifusión que de certidumbre y transparencia al actual Estado democrático de derecho que deseamos consolidar.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed, Madrid, Trotta, 2004.

Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, t. II, 7ª ed., México, Porrúa, 2004.

Adorno, Th. W, *Escritos sociológicos I*, trad: Agustín González Ruiz, Madrid, Akal, 2004.

Alfonso Jiménez, Armando (coordinador), Fernández Ruiz, Jorge, *Responsabilidad social, autorregulación y legislación en radio y televisión*, México, UNAM, 2003.

Albert, Pierre y Jean, *Historia de la Radio y la Televisión*, 2ª ed. en español, 2001, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

Alonso – Muñoz, Alejandro, “La democracia mediática, en *Democracia mediática y campañas electorales*, Barcelona, Ariel, 1999.

Althusser, L, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, 9 a ed, México, Ediciones Quinto Sol, 1990.

Anderson, Perry, *Los orígenes de la posmodernidad*, trad: Luis Andrés Bredlow, Barcelona, Anagrama, 2000.

Apreza Salgado, Socorro, *Veracidad y pluralismo informativo en el medio televisivo: una tarea pendiente*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.

Aragón, Manuel, *Libro en homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Tomo I, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, Valencia, 2000.

Ariño, Gaspar, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1993.

Auby, J. M., y Ducos, R., *Droit administratif*, París, LGDP, 1983.

Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, trad. Valeria Estefanía Labraña Parra, México, Porrúa, 2006.

Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 7ª ed, trad. Álvaro Búnster, México, Siglo Veintiuno, 2001.

Bastida Freijedo, J. Francisco, en coordinadores Carbonell Miguel y Jorge Carpizo, *Derecho a la información y derechos humanos*, "Pluralismo y Mercado", México, Porrúa, 2004.

Bastida Freijedo, J. Francisco, en *Democracia constitucional, Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, "La Libertad de Información en la Doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", Madrid, CEPC, 2002.

Bastida J., Francisco, *La libertad de antena*, Barcelona, Ariel, 1990.

Beneyto, Juan, "Los orígenes del derecho a ser informado", en *Revista Persona y Derecho*, 1978, Vol. V.

Benoit, Francis – Paúl, *El derecho administrativo francés*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos.

Berrueco García, Adriana, *La normatividad jurídica de los medios de comunicación en México en las postrimerías del segundo milenio (1994 – 2000)*, México, Escuela Nacional de Estudios Profesionales ACATLAN, 2002.

Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, t. II, Madrid, Tecnos, 1964.

Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3ª ed, trad: José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

Bobbio, Norberto, *Izquierda y derecha*, Madrid, Tauros, 1996.

Bonnard, Roger, *Precis de Droit Public*, 7a ed., París, Sirey, 1946.

Boobio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, trad: José Fernández Santillán, México, 9ª ed, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, trad. Alfonso Ruiz, Miguel, Fernando Torres Editor, Madrid, 1980.

Bourdieu, Piere, *Sobre la televisión*, trad. Thomas Kauf, 5ª ed, Barcelona, Anagrama, 2003.

Bourdieu, Pierre, *Contrafuegos 2*, Joaquín Jordá, Barcelona, Anagrama, 2001.

Burdeau, Georges, *Tratado de ciencia política*, t. III, trad. Brunilda Gordon, México, Universidad Nacional Autónoma de México Escuela Nacional de Estudios Profesionales de ACATLAN, 1986.

Bustos Gisbert, Rafael, "*Reviata de Estudios Políticos*", El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión, número 85, julio septiembre, Madrid, 1994.

Calvo Charro, María, *La televisión por cable*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Carbonell, Miguel y Cruz Parceró, Juan Antonio, *Derechos sociales y derechos de las minorías México*, UNAM, 2000.

Cárdenas Gracia, Jaime, *Transición política y reforma constitucional*, 2ª ed, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Castán Tobeñas. José, *Derecho civil español, común y foral*, tomo 1º, 14ª edición, Madrid, Reus, 1994.

Castells, Manuel, *La era de la información. El poder de la información*, tomo II, 5ª ed, Trad. Carmen Martínez Gimeno, Madrid, Siglo veintiuno, 2004.

Chinchilla Marín, Carmen, "¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión, en *Estudios sobre la*

Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, tomo II, Madrid, Civitas, 1991,

Chinchilla Marín, Carmen, “El servicio público de televisión en la actualidad y sus problemas conceptuales y reales”, en *El régimen jurídico del audiovisual*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

Chinchilla Marín, Carmen, “Servicio público: ¿Crisis o renovación?”, en E. Malaret García, *Regimen jurídico de los servicios públicos*, Madrid, 1997.

Chinchilla Marín, Carmen, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988.

Chesteron K, Gilbert., *Lo esencial de Chesterton*, Buenos Aires, Lumen, 2003.

Cimma Silva, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado* ,t. II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1961.

Claude-Jean, Bertrand, *La Televisión en los Estados Unidos*, Madrid, Rialp.

Comadira, Rodolfo Julio y Escola, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino*, México, Porrúa, 2006.

Corail, Jean-Louis, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif francais*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.

Cremades, Javier, “La exigencia de veracidad como límite del derecho a la información”, 2003.

De la Quadra-Salcedo, Tomás, *El régimen jurídico del audiovisual*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

De Laubadère, A, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963.

- Debray, Régis, *El Estado seductor*, Trad: Horacio Pons, Argentina, Manantial, 1995.
- Delpiazzo, Carlos, *Derecho administrativo uruguayo*, México, Porrúa, 2005.
- Díez María, Manuel, *Derecho administrativo* t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1967.
- Díez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979.
- Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, Tecnos, 2000.
- Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público*, (trad. Adolfo Posada y Ramón Jeán), Madrid, Librería Española y Extranjera.
- Duguit, León, *Traite de droit constitutionnel*, 3ª ed, tomo II, Paris, Boccard, 1928.
- Duverger, Maurice, *La democracia sin el pueblo*, Barcelona, Ariel, 1997.
- Eco, Humberto, *Apocalípticos e integrados*, 6ª ed, trad. Andrés Boglar, México, Tusquets Editores, 2005.
- Enciclopedia de México*, 2ª. ed., México, 1977.
- Enzenberger, Hans Magnus, 2ª ed, trad. Michael Faber – Kaiser, *Mediocridad y delito*, Barcelona, Anagrama, 2002.
- Escola, Héctor, *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1979.
- Fernández Christlieb, Fátima, *La responsabilidad de los medios de comunicación*, México, Paidós, 2002.
- Fernández de Velasco, Recaredo, *Los contratos administrativos*, Madrid, Librería Victoriano Suárez, 1945.
- Fernández Ruiz, Jorge, “Comentarios a la LFRT”, en *Reforma de medios electrónicos ¿avances o retrocesos?*, México, UNAM, 2007.

- Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995.
- Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo contratos*, 2ª ed, México, Porrúa, 2003.
- Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, México, Porrúa, 2006.
- Fernández Shaw, Félix, *Organización internacional de las telecomunicaciones y de la radiodifusión*, Madrid, Marcial Pons, 1991.
- Fernández, José Luis, *Derecho de la Radiodifusión*, México, Editorial Olimpo, 1960.
- Fleiner, Flitz, *Instituciones de derecho administrativo*, trad: Sabino Álvarez Gendín, Barcelona, Labor, 1953.
- Focault, Michel, *Microfísica del poder*, trad: Julia Varela y Fernando Alvarez – Uría, 2ª ed, Madrid, La Piqueta, 1980.
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 10, ed, trad. de Enrique Linch, Barcelona, Gedisa, 2005.
- Freire, Paulo, *La importancia de leer y el proceso de liberación*, 18ª ed, México, Siglo XXI, 2006.
- García de Enterría, Eduardo, “La imprescriptibilidad del dominio público”, RAP, 13, 1954.
- García Oviedo, Carlos., y Martínez Useros, E., *Derecho administrativo*, t. II, 5ª edición, Madrid, EISA, 1968.
- Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 1982.
- Giddens, Anthony, *La tercera vía*, Madrid, Taurus, 1999.
- Gil Meilan, José Luis, “El servicio público en la actualidad”, Revista Universidad de la Coruña, 1999.

Giorgi, Raffaéle de, "Filosofía del derecho y sistemas sociales", *Revista Cuadernos de Posgrado*, UNAM, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, núm. 11, 1998.

Góngora Pimentel, Genaro, *La suspensión en materia administrativa*, 8ª ed, México, Porrúa, 2004.

González Navarro, Francisco, *Televisión pública y televisión privada*, Madrid, Civitas, 1982.

González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.

Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, Séptima edición, México, Porrúa, 2004.

Gran Enciclopedia Larousse, tomo 19, Planeta.

Haberle, Peter, *Pluralismo y constitución*, traducción: Emilio Mikunda, México, Tecnos, 2002.

Habermas, J, *Historia crítica de la opinión pública*, trad: Antonio Doménech, 9ª ed, Barcelona, 2006.

Hauriou, M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 8.a ed, París, Sirey, 1914.

Held, David, *La democracia y el orden global*, 3ª ed, trad: Sebastián Mazzuca, Barcelona, Paidós, 1997.

Hernández Ochoa, César Emiliano, "De la tecnología analógica a la digital", en *Reforma de medios electrónicos ¿Avances o retrocesos?*, México, UNAM, 2007.

Huber, Rudolf y Villanueva, Ernesto, en "Reforma de medios electrónicos ¿Avances y retrocesos?", Apreza Salgado, Socorro, *Concentración de medios de comunicación*, UNAM, México, 2007.

J. Esteve Pardo, "Viejos títulos para tiempos nuevos: demanio y servicio público en la televisión por cable", *REDA* (abril-junio, 1992).

J. M. Salas Arquer, *La desafectación de los bienes de dominio público*, México, INAP, 1980.

Jáuregui, Gurutz, *La democracia en la encrucijada*, Barcelona, Anagrama, 2005.

Jéze, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, (trad. Julio N. San Millán Almagro), Buenos Aires, Depalma, 1984, t. I.

José Luis Monero y Pérez y José Calvo González, "La teoría jurídica de León Duguit, en Duguit León, *Manual de derecho constitucional*, Granada, Comares, 2005.

Kapuscinski, Ryszard, *Los cínicos no sirven para este oficio*, 2ª ed, trad. Xavier González Rovira, Barcelona, Anagrama, 2006.

Kapuscinski, Ryszard, "La historia telefalsificada", en *Gaceta del fondo de cultura económico*, febrero 2007.

Kapuscinski, Ryszard, *Lapidarium IV*, 2ª ed, trad. Agata Orzeszek, Barcelona, Anagrama, 2003.

Kung, Hans, *Libertad conquistada*, Trad. Daniel Romero, 4ª ed., Madrid Trotta 2004.

Laguna de Paz, José Carlos, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

Laguna de Paz, José Carlos, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

Laso Sayagues, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, México. Cárdenas Editores.

Laubadère, Andre, *Traité élémentaire de droit administrattif*, t. I, París, 1970.

Linz, Juan, *La quiebra de las democracias*, Madrid, Alianza Editorial, 1987.

López Ayllón, Sergio, en *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, tomo I, 17ª, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

Luhmann, Niklas, *La realidad de los medios de masas*, trad. Javier Torres Nafarrate, Barcelona, Anthropos, 2000.

Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, México, Universidad Iberoamericana, 2002.

Luhmann, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2007.

Mairal, Héctor, “La ideología del servicio público”, *Revista de derecho administrativo*, año 5, número 12 al 14, Buenos Aires, Depalma.

Marienhoff, S. Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.

Marín Chinchilla, Carmen, “Estudios sobre la constitución Española Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría”, *El servicio público, ¿Amenaza o garantía para los derechos fundamentales?*, tomo II, Madrid, Civitas, 1991.

Martín Rebollo, Luis, “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, *RAP*, número 100-202, vol III, 1983.

Martínez Marín, Antonio, *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1990.

Martínez Useros, E., “Imprudencia de servidumbres sobre el dominio público”, en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*, vol. I, Sevilla, 1954.

Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. IV, trad. Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Acayú.

Meilan Gil, José Luis, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Madrid, 1968.

Meilán Gil, José Luis, *Proceso tecnológico y servicios públicos*, Navarra, Civitas, 2006.

Montaña Plata, Alberto, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Muñoz Machado, Santiago, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Madrid, Civitas, 1993.

Musil, Robert, *El hombre sin atributos*, Madrid, six – barral, 2005.

Negri, Antonio y Michael Hardt, *Imperio*, 2ª ed, trad. Alcira Bixio, Argentina, 2002.

Nieto García, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007.

Nieto García, Alejandro, *La nueva organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 2006.

Nohle, Dieter, *Democracia transición y gobernabilidad en América Latina*, en “Colección temas de la democracia, serie conferencias magistrales”,

O’ Donnell, Guillermo Schmitter, Phillippe, *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*, Buenos Aires, Paidós, 1988.

Ortiz Ariño, Gaspar, *El proyecto de ley sobre televisión privada*, Madrid, IEE, 1987.

Parada, Ramón, *Derecho administrativo I*, 13ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2002.

Parejo Alfonso, Luciano, “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, RAP, 100-102, vol. 3, 1983.

Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto del derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984

Pelayo García, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977.

Pellet Lastra, Arturo, *Régimen Legal de Radio y Televisión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970

Pérez Gálvez, Francisco, *Los agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*, Granada, Comares, 2007.

Pitol, Sergio, *La casa de la tribu* 2ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Pooper Karl y Condry, John, *La televisión es mala maestra*, trad. Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

Popper, Karl, “Licencia para hacer televisión”, *Nexos*, número 220, México, abril de 1996.

Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad: Eudrdo Loedel, Barcelona, Paidós, 2006.

Posner A, Richard, *El análisis económico del derecho*, trad: Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

Pound, Roscoe, “The Rise of the Service State and its Consequences”, *Harvad Law Review*, 1949.

Quadra-Salcedo, Tomás, *El servicio público de televisión*, IEA, Madrid, 1976.

R. Parejo Gamir y Rodríguez Oliver, José. María, *Lecciones de dominio público*, Madrid, ICAI, 1976.

Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, trad: M. I. Azaretto, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1962.

Ramírez Tena, Felipe, *Las leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, 1967.

Ramón-Fernández, Tomás, *Panorama del derecho administrativo al comienzo de su tercer centuria*, Buenos Aires, La Ley, 2002

Recasens Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963.

Reyes, Alfonso, *Trayectoria de Goethe*, 2ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.

Rojas Franco, Enrique, *Derecho administrativo de Costa Rica*, México, Porrúa, 2006.

Ruggiero, Renato, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Reus, 1929.

Russel, Bertrand, *Antología*, 18ª ed, México, Siglo XXI, 2004.

Russel, Bertrand, *Escritos básicos 1903 – 1959*, trad: Juan García Puente, México, Aguilar, 1969.

Russell, Bertrand, *Autobiografía 1872 – 1914*, trad: Juan García Puente, Madrid, Aguilar, 1968.

Russell, Bertrand, *La educación y el orden social*, trad. José Vicuña y Ángeles Ortuño, Madrid, Edhasa colección los libros de Sísifo, 2004.

Russel, Bertrand, *Caminos de libertad*, trad. María Vázquez Guisán, Madrid, Tecnos, 2003.

Said W, Edward, *Freud y los no europeos*, trad. Olivia de Miguel, Barcelona, Global Rhythm, 2003.

Said, Edward, *Humanismo y crítica democrática*, trad. Ricardo García Pérez, Barcelona, Debate, 2006.

Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Salgado Apreza, Socorro, *Veracidad y pluralismo informativo en el medio televisivo: una asignatura pendiente*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.

Salvat Universal, Diccionario Enciclopédico, Tomo 17.

Sánchez Blanco, A., *La afectación de bienes al dominio público*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1979.

Sánchez González, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992.

Sánchez Ferriz, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, 2ª ed, Valencia, Tirant lo blanch, 1995.

Salomón, Jorge Luis, “El concepto actual de servicio público en la República de Argentina”, en *Documentación administrativa*, 2004 Septiembre – Abril 267 – 268.

Sánchez González, Santiago, *Los medios de comunicación y los sistemas democráticos*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

Sánchez Morón, Miguel, *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, Madrid, Tecnos, 2000.

Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistema ideológico y control social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

Sartori, Geovani, *¿Qué es la democracia?*, trad: Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón, Madrid, Taurus, 2004.

Sartori, Geovani, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

Sartori, Geovani, *Homo videns la sociedad teledirigida*, trad. Ana Díaz Soler, 2ª ed, Madrid, Taurus, 2005.

Sartori, Geovani, *Ingeniería constitucional comprada*, trad. Roberto Reyes Mazzoni, 3ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Sayagues Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, México, Cardenas Editores.

Schumpeter, J.A, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Madrid, Orbis, 1975.

Seco, Ignacio Luis, *Chesterton, Un escritor para todos los tiempos*, 2ª. ed. Madrid, Ediciones Palabra, 2005.

Sloterdijk, Peter, *Crítica de la razón cínica*, 2ª ed, trad. Miguel Ángel Vega, Madrid, Siruela.

Sloterdijk, Peter, *Normas para el parque humano*, 4ª ed, trad. Teresa Rocha Barco, Madrid, Siruela, 2006.

Sloterdijk, Peter, *El desprecio de las masas*, trad. Germán Cano, Madrid, Pre – Textos, 2005.

Solazabal Echevarria, Juan José, en “*Revista Española de Derecho Constitucional*”, La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales, número 52, mayo – agosto, 1991.

Solozabal Echevarria, J.J, “Libertad de expresión y derecho a la información”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, V. II, Editorial Civitas, 1994.

Soria, Carlos., *Orígenes del derecho de la radiodifusión en España*, Pamplona, Navarra, 1974.

Stiglitz E, Joseph, *El malestar en la globalización*, trad: Carlos Rodríguez Braun, México, Taurus, 2004.

Stoppino, Mario, en Bobbio, Norberto, Matteucci y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de política*, 8ª ed, México, Siglo XXI, 1991.

Strauss, Leo, *¿Progreso o retorno?*, trad: Francisco de la Torre, Barcelona, Paidós, 2004.

Tapia Ramírez, Javier, *Introducción al derecho civil*, México, Mc Graw - Hill, 2002.

The New Encyclopedia Britanica, 15ª. ed., Chicago, Encyclopedia Britannica Inc., Macromedia, t. 3.

Trejo Delarbre, Raúl, *Mediocracia sin mediaciones*, México, Cal y Arena, 2001.

Tua Anzoátegui, Carlos A, *Régimen jurídico de las telecomunicaciones y la radiodifusión*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

Urías, Joaquín, *Lecciones de derecho de la información*, Madrid, Tecnos, 1999.

Vedel, George, *Derecho administrativo*, 6ª ed, trad. Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980.

Villanueva, Ernesto, “Aproximaciones al nuevo derecho de los medios de comunicación electrónicos. Hacia un régimen democrático de la radio y la televisión”, en *Derecho a la información y derechos humanos*, Carbonell, Miguel Y Carpizo, Jorge, México, Porrúa, 2003.

Villanueva, Ernesto, *Derecho de la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2006.

Villar Ezcurra, José Luis, *Servicio público y técnicas de conexión*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

Villar Palasi, José Luis, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964.

Villar Palasi, José Luis, *Apuntes de derecho administrativo 2º*, Madrid, 1968-1969.

Villar Rojas, José Francisco, *Privatización de servicios públicos*, Madrid, Tecnos.

Villaverde Menéndez, Ignacio, *Los derechos del pueblo. El derecho a recibir información del artículo 20.1. d) de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 1995.

W. Said, Edward, *Humanismo y crítica democrática*, trad: Ricardo García Pérez, Barcelona, Debate, 2006.

Waline, Marcel, *Droit administrative*, París, Sirey, 1963.

Waline, Marcel., *Précis de droit administratif*, vol. 2º, París, Montchrestien, 1970.

Weber, Max, *Estructuras de poder* trad: Rufino Arar, México, Ediciones Coyoacan, 2001.

Zaid, Gabriel, "Después del susto", *Reforma*, México, 29 de abril, 2007.

Zizek, Slavoj, "El espectro de la ideología", en *Mapa ideológico de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005.

Zweig, Stefan, *El mundo insomne*, (trad. José Lleonart) Buenos Aires, Editorial Claridad, 1940.