

Juzgado Constitucional 4.º de Lima.

Expediente n.º 35583-2013. (Periodo estado de emergencia por COVID-19).

Demandante: Luz HELGUERO y otros.

Demandado: Empresa Editora El Comercio, S.A., Agois Banchemo y otros.

Vía procesal: Constitucional: Amparo.

Temas: libertad de expresión e información, pluralismo informativo, transferencia de acciones de empresas periodísticas, prensa escrita, monopolio, acaparamiento, concentración empresarial, de Sala Civil 4ª.

Sumilla: La demanda es fundada.

==
Resolución n.º 44- Lima, 24 junio 2021. **Sentencia.**

==
La presente sentencia ha sido elaborada mediante la modalidad de trabajo remoto, vigente en este juzgado desde el 01 julio 2020.

==

I.- Presentación del caso

- 1.) Ocho ciudadanos (periodistas, editores y empresarios periodísticos), en ejercicio del derecho de solicitar protección judicial a los intereses difusos, interpusieron el 18 noviembre 2013 ante el juzgado constitucional de Lima demanda constitucional de amparo contra los señores Agois Banchemo y las compañías Empresa Editora El Comercio S.A. y Servicios Especiales de Edición SAC (los Demandados), para la protección del derecho de libertad de expresión e información en su dimensión de pluralismo informativo.

- 2.) Los Demandantes sostienen que mediante un contrato celebrado por los Demandados el 20 agosto 2013, empresa El Comercio y empresa SED compraron a los señores Agois Banchemo el 54 por ciento de las acciones (mayoría del capital social) de las compañías Empresa Periodística Nacional S.A. EPENSA y Alfa Beta Sistemas SAC ABS, y con ello el Grupo El Comercio (al que pertenecen las empresas compradoras) tomó el control de las empresas EPENSA y ABS, aumentó su participación en el mercado de la prensa escrita nacional, y produjo una alta concentración del mercado de diarios impresos en manos de un solo propietario (Grupo El Comercio propietario de los diarios *El Comercio, Perú21, Gestión, Trome, Depor, Publimetro* suma a su favor ahora los diarios de los vendedores *Correo, Ojo, Bocón, Ajá*). *Advierten que si bien existe un acuerdo de los Demandados por el cual los vendedores continúan dirigiendo el contenido periodístico de los diarios de la exEpensa ello no excluye el control de Grupo El Comercio debido a que dirige la impresión, venta de diarios y venta de la publicidad.*

3.) Los Demandantes expresan que esta situación de mercado concentrado de la prensa disminuye las posibilidades de la población de acceder a la información por fuentes diversas y plurales y equivale al acaparamiento de medios de prensa que se encuentra prohibido en la Constitución nacional; por ello, consideran que el referido contrato de venta de acciones es el acto que vulnera los derechos constitucionales alegados, y solicitan al Juzgado reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho y anular el contrato.

II.- Resumen del proceso

La Demanda y sus pruebas

4.) La demanda de amparo fue interpuesta el 18 noviembre 2013 por ocho ciudadanos¹. Anexó como prueba un informe económico del mercado de prensa del periodo 2007-2013 (Informe Fernández Baca), cartas a la Superintendencia del Mercado de Valores SMV, e información adicional de grupo económico².

Las Contestaciones y sus pruebas

5.) Los Demandados han solicitado declarar infundada la demanda³ con escritos de contestación de 2014 y también de 2016⁴. Anexaron como

¹Escrito de demanda, folios 75 ss., tomo 1 del expediente judicial.

Los Demandantes firmantes de la demanda son Augusto Álvarez Rodrich, Luz Helguero Seminario, Miroslav Lauer Holoubek, Gustavo Mohme Seminario, Rosa Palacios Mc Bride, Fernando Valencia Osorio, Enrique Zileri Gibson y Mario Saavedra Pinón. El señor Mohme es presidente y principal accionista del Grupo La República (Los abogados son los doctores Nelson Ramírez Jiménez, Fernando Meléndez Fernández, Jaime Heredia Tamayo, Roger Zavaleta Rodríguez y Luis José Diez Canseco Núñez; indican pertenecer al Estudio Muñiz Ramírez Pérez Taiman Olaya - actualmente Estudio Muñiz Olaya Meléndez Castro Ono Herrera - Estudio Muñiz Soc. Civil R.L. En una parte del proceso fue abogado el doctor Alonso Llamosas Sarmiento, de otro estudio jurídico).

²Pruebas del Demandante:

“Estudio de la estructura del mercado de la prensa escrita en el Perú, 2013”, autor Jorge Fernández Baca, con logotipo del "Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico" de Lima, setiembre 2013; folio 39 ss., tomo 1 del expediente judicial.

Cartas de Editora El Comercio a la Superintendencia del Mercado de Valores SMV, por las que comunicó los acuerdos de compra de acciones celebrados con la familia Agois Banchemo, folio 12;

Reportes de grupo económico, correspondientes a *Grupo El Comercio*, disponibles en el portal de internet de la SMV, desde folio 15.

³Escrito de Empresa Editora El Comercio, S.A., de 12-3-2014 (abogados los doctores Juan Monroy Gálvez, Omar Cairo Roldán, Alberto Simons Pino), folios 245 ss.

Escrito de empresa SED, de 12-3-2014 (abogados los doctores Renzo Carrasco Domhoff, Jorge Luis Alvarado Giraldo), folios 549 ss.

Escritos (3) de Carlos Oscar Agois Banchemo, del 13-3-2014, folios 291 ss., conjunto de Luis Manuel, María Gabriela, y Rossana Bernardita Agois Banchemo, del 13-3-2014, folios 609 ss., y de Olga Ana Rosa BANCHERO Rossi de Salazar, de 2-7-2014, folio 953 (abogados los doctores Enrique Gheresi Silva, Rafael Sapler Zaidman, Dennis Vélchez Ramírez y Christian Valencia Sarmiento, indican pertenecer al Estudio Gheresi Abogados).

⁴Escritos (2) de Alfa Beta Sistemas, de 13-10-2016, folios 1,581 ss., y de Prensart (antes EPENSA), del 13-10-2016, folios 1,636 ss. (abogado común el doctor Leoncio Cairo Palomino). Mucho después de iniciado el proceso, los Demandados y Demandantes pidieron notificar a estas empresas cuyas acciones fueron motivo del contrato que se pide anular; con Res. 24 y 25, folios 1,484, y 1,500, el juzgado accedió al pedido.

pruebas informes económicos del mercado de prensa también de 2007-2013 (Informe Apoyo, Informe Alonso-Muñoz),⁵ informes jurídicos⁶ y una entrevista periodística sobre antecedentes de la compra.⁷

Presentación del contrato de venta de acciones (2017)

6.) El documento del contrato de venta de acciones celebrado en 2013, que se pide anular en el presente amparo, fue anexado al juzgado en 2017.⁸

Presentación de nueva prueba sobre el mercado de prensa (2017)

7.) El 3 julio 2017 se realizó una audiencia pública donde las partes expusieron sus posiciones, oportunidad en la que los Demandados presentaron nueva información sobre el mercado de prensa del periodo 2013-2017.⁹

Fase final de conclusión de sentencia (2019)

⁵Pruebas de los Demandados: Informe económico i) “Análisis de competencia de los medios de comunicación del Perú”, autor: Apoyo Consultoría, Geoffrey Cannock, socio gerente de Economía Aplicada, diciembre 2013, folio 468 ss. (presentado por la Demandada empresa SED). Informe económico ii) “Comentarios al Estudio de la estructura del mercado de la prensa (informe Fernández)”, autores Iván Alonso e Ítalo Muñoz, sin fecha, folio 893 ss. (presentado por la Demandada Olga Banchemo).

⁶Pruebas de los Demandados: Cinco Informes jurídicos de abogados de los doctores i) Raúl Ferrero Costa, f. 402, ii) Juan Monroy Gálvez, f. 421, iii) doctor Alfredo Bullard Gonzales, f. 437, iv) Carlos Ayala Corao, f. 524 (fueron anexados por la Demandada empresa SED), v) Aníbal Quiroga León, folio 906 ss. (anexado por la Demandada Olga Banchemo). Los informes aparecen otorgados por los siguientes estudios jurídicos: Ferrero Abogados, Estudio Monroy Abogados (Estudio Monroy Abogados, Soc. Civil de R.L.), B,F,E Abogados (Bullard, Falla & Ezcurra Abogados S.Civil de R.L.), Ayala (otorgado a título personal), y AQL Abogados (Asesoría Legal y Defensa Procesal, SAC), respectivamente. En cuanto a “Ferrero Abogados”, buscamos en internet y se redirecciona al portal de “Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría PPU”, empresa Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero, DU & Uría, S. Civil de R.L., que se describe como resultado de la fusión del referido estudio Ferrero Abogados y consultorios de varios países: Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner, de Chile, Prietocarrizosa, de Colombia, Ferrero Abogados y Delmar Ugarte, de Perú, y Uría Menéndez, de España y Portugal (<https://www.ppulegal.com/>; revisada en 2020)

⁷Declaración de Gustavo Mohme Seminario (propietario del Grupo La República) sobre su intento de comprar las acciones de grupo EPENSA antes que Grupo El Comercio. Entrevista en el Programa “Ampliación de Noticias” de Radio Programas del Perú RPP, de 13-9-2013. Impreso del portal web del diario La República. Folio 384, repetido en folio 605 y folio 889. El señor Mohme es uno de los Demandantes del amparo.

⁸Contrato de compraventa de acciones de 20-8-2013, folios 1,725-1757, tomo IV del expediente judicial, presentado el 11-5-2017. El documento no había sido anexado con la demanda ni las contestaciones. Mucho después de iniciado el proceso se solicitó al juzgado que ordene a los Demandados traer el documento. Luego de diversas objeciones, resistencias y apelaciones, finalmente el propio Demandante presentó el documento, y el juzgado lo incorporó formalmente con Resolución 29 de 1-6-2017, folio 1,760.

⁹La nueva prueba referida al mercado de prensa hasta 2017 fue anexada con el Escrito de los Demandados Agois Banchemo del 6-7-2017 (“acompaña copia de presentación en informe oral”), folio 1792 ss. La audiencia de manera íntegra puede ser vista en el canal de Justicia TV (medio informativo oficial del Poder Judicial peruano) en el sitio web “youtube”:
https://www.youtube.com/watch?v=H8VqWbEWyU4&list=PL4syG2BHwkazFL5c7_xuoAJCWk4eM3sVd&index=24&t=1440s

- 8.) Con Escritos de 10 setiembre y 11 octubre de 2019 las partes procesales presentaron informes jurídicos complementarios para la fase final de elaboración de sentencia¹⁰.

Pandemia COVID-19 (2020-2021)

- 9.) Debido a la pandemia que el país sufre desde inicios de 2020 hasta la fecha, este Juzgado ha comunicado a las autoridades administrativas del Poder Judicial las circunstancias extraordinarias en las que realiza el servicio jurisdiccional y los esfuerzos de todo su equipo humano para establecer la mayor cantidad de procedimientos electrónicos que viabilicen un trabajo remoto que contribuya al aseguramiento de la vida y la salud de todos los servidores judiciales, ciudadanos usuarios y abogados litigantes¹¹.

III.- Saneamiento procesal **Defensas procesales resueltas**

- 10.) Además de los argumentos *sobre el fondo del asunto*, los Demandados presentaron múltiples defensas que cuestionaban los *aspectos procesales* de la demanda: interpusieron una apelación, dos excepciones y varias solicitudes de improcedencia.
- 11.) Apelación de la resolución que admitió la demanda en la vía de amparo. La Resolución de juzgado que admitió la demanda fue apelada y la Sala revisora (4.^a Sala civil de Lima) confirmó la decisión del juzgado y consideró que debía continuarse el trámite del proceso en la vía del amparo¹².

¹⁰El 5 setiembre 2019 en el despacho judicial, los abogados de ambas partes doctores Fernando Meléndez por los Demandantes y Juan Monroy por los Demandados convinieron ante el juez en entregar informes jurídicos finales complementarios para la fase final de elaboración de sentencia. Los escritos fueron presentados el 10 setiembre por la Demandada Empresa Editora El Comercio, folio **1,947** y por los Demandantes el 11 octubre, folio **1,961**. Consta en las Resoluciones número 37 de 19 setiembre, folio **1952**, número 38 de 26 setiembre 2019, folio **1,958**, y número 39 de 24 octubre de 2019, folio **1,974**.

Cabe precisar que luego de concluida la fase final de alegatos de las partes, vinieron las vacaciones masivas de jueces y auxiliares en febrero 2020, y en marzo 2020 comenzó la pandemia COVID-19.

Un último Escrito de informe jurídico final complementario ha sido presentado durante la pandemia COVID-19 por la Demandada empresa SED el 2 setiembre 2020, folio **2,019**.

¹¹En la Resolución 42 de 10 agosto 2020 (dictada en este expediente) y en innumerables ocasiones ante los órganos de control, el Juzgado ha descrito como viene ejecutando los Planes de Trabajo en pandemia (que elaboramos según lo dispuesto por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial), por los que nuestra oficina busca transitar desde el trámite de expedientes exclusivamente presencial a un sistema de trabajo digitalizado.

La pandemia ha afectado severamente las funciones judiciales: paralización por cuarentena dispuesta por el Gobierno entre 13 marzo hasta el 30 junio 2020, reinicio parcial de labores desde el 1 julio 2020, y nueva cuarentena desde 31 enero 2021 hasta la fecha.

¹² En la apelación contra la resolución admisorias, los Demandados alegaron que la demanda no reunía los requisitos para ser tramitada en el proceso constitucional de amparo. La Sala ha ratificado que la demanda sí cumple los requisitos legales y que los demás cuestionamientos son asuntos de fondo a verse en la sentencia.

12.) Excepciones procesales y solicitudes de improcedencia de la demanda. Fueron interpuestas dos Excepciones (*incompetencia por la materia, falta de legitimidad de obrar*) y cinco Solicitudes de improcedencia de la demanda (*inconexión lógica entre hechos y petitorio, otras vías procesales, no agotar vía previa, no afectación directa del contenido esencial del derecho alegado, etapa probatoria*)¹³. La Sala revisora confirmó declararlas infundadas. La Sala ha señalado que será en la sentencia que el órgano jurisdiccional con la debida motivación deberá resolver el conflicto, establecer si ampara o no los derechos vulnerados, o si luego de analizar los medios probatorios considerar que las pruebas son insuficientes para acreditar la vulneración alegada; y que se deberá tomar en cuenta que la demanda solicita reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional a las libertades de expresión e información, esto es **anular el acto de transferencia de acciones** que habría impedido el pleno ejercicio de tales derechos afectando la pluralidad y la diversidad necesaria para la formación de la opinión pública frente a la concentración y acaparamiento de la información, en la dimensión colectiva de la libertad de información. La Sala asimismo ha señalado que no forma parte de la delimitación de la demanda ingresar al análisis de la validez de la estructura de los actos jurídicos (contratos), y que a la sentencia solo le corresponde analizar y determinar la eficacia de dichos contratos frente a los derechos constitucionales invocados. La Sala ha establecido también que no es necesario acudir al INDECOPI como vía previa administrativa para determinar si existe o no la alegada concentración de medios; que la jurisdicción constitucional sí resulta competente por razón de la materia (CPConst., artículo 51), etc.¹⁴

Defensas procesales de Prensart y ABS similares a las anteriores

Ver Res. 4 de juzgado, de 31 enero 2014, folio **185** (admite demanda); Resolución 8 de Sala, de 27-10-2015, f. **1,879** (confirma). Primer Cuaderno de apelación Exp. 35583-2013-**55**.

¹³Excepciones y pedidos de improcedencia de la demanda contenidos en los respectivos Escritos de contestación (folio **245**, Empresa El Comercio; folio **549** empresa SED; folios **291, 609 y 953** Agois – Banhero).

Excepciones, (1) Por incompetencia del juzgado (Empresa Editora El Comercio). Si se pide anular un contrato es materia civil de nulidad de acto jurídico, lo cual es competencia del juzgado civil (en Lima juzgado comercial). **(2) Por legitimidad para obrar activa** (Empresa El Comercio). (motivo 1) Si los Demandantes invocan el derecho de libre expresión e información, no exponen ningún acto concreto de violación o de amenaza sobre la libertad específico de alguno de ellos; (motivo 2) la libertad de información no constituye un interés difuso que legitime la presentación de la demanda por cualquier persona.

-Solicitudes de improcedencia de la demanda 1) No existe conexión lógica entre hechos y petitorio (Empresa El Comercio). Si la demanda es por amenaza de violación a la libre expresión, debió pedir el cese de alguna actividad que impida consumir la violación, pero pide anular un contrato (pretensión constitutiva); 2) **Vías procesales iguales** y satisfactorias que el amparo (Agois - Banhero y empresa SED). Existen la vía del proceso civil de nulidad de acto jurídico, y la del procedimiento administrativo sancionador ante INDECOPI por abuso de posición de dominio. 3) **Vía previa no agotada** (Agois-Banhero). Previamente debió irse a INDECOPI para determinar si hay concentración en el mercado de prensa. 4) **Contenido constitucional de los hechos** (empresa SED). Los hechos y el pedido **no** se refieren de manera directa al contenido esencial constitucionalmente protegido del derecho de libertad de expresión. 5) **Ausencia de etapa probatoria**. (empresa SED). Para determinar la concentración del mercado se requiere de mayor actividad probatoria de informes, pericias, estudios, etc. que no puede hacerse en el amparo.

¹⁴ Res. 6 de Sala, de 22-4-2016, f. **1,881-1,885** (segundo cuaderno de apelación Exp. 35583-2013-**60**); confirma la Res. 19 de juzgado, de 21-9-2015, folio **1,368**.

13.) En este acto el Juzgado deja constancia que **carece de objeto** pronunciarse sobre otras defensas procesales similares a las ya resueltas por la Sala, y que son las planteadas por los litisconsortes empresa Prensmart (antes EPENSA) y empresa ABS, contenidas en sus escritos de contestación al momento de ingresar al proceso en 2016¹⁵.

IV.- Pruebas

14.) Para resolver el caso se tomará en cuenta el material probatorio que describimos enseguida. Hay que señalar que en lo esencial la información relevante contenida proviene de los propios Demandados.

15.) Además, la Sala revisora al resolver las excepciones procesales estableció que era innecesario que el Demandante acudiese previamente al INDECOPI para definir si el mercado de prensa se encuentra o no concentrado, por lo que para dicho fin serán suficientes las pruebas que pasamos a detallar:

-La información sobre el mercado de prensa escrita en el Perú del periodo 2007-2013, contenida en las pericias económicas proporcionadas al inicio del proceso:

- Informe Fernández,¹⁶ anexo a la demanda,
- Informe Apoyo, anexo con la contestación de la Demandada empresa SED.
- Informe Alonso-Muñoz, anexo con la contestación de los Demandados Agois Banhero.

Dichos Informes contienen datos, cuadros y gráficos, que permiten describir el mercado de prensa a la fecha de la demanda.

-Informes jurídicos¹⁷ y una entrevista periodística sobre antecedentes de la compra¹⁸, anexas a las contestaciones de demanda.

¹⁵Prensmart y ABS (ver escritos de contestación, folios 1,636 y 1,581, respectivamente) plantearon solicitudes de improcedencia de la demanda, por causales exactamente similares a sus codemandados: i/ solicitud de improcedencia porque existen otras vías procesales, ii/, improcedencia por no agotar la vía previa administrativa de Indecopi. Ocurre que al calificar los escritos de contestación de estas dos empresas el juzgado no se pronunció expresamente sobre dichas defensas (ver Res. 27 de Juzgado, de 02 febrero 2017), y los interesados nada reclamaron en su oportunidad. De haberse pronunciado el juzgado en ese momento, habría sido para señalar que se trataba de cuestiones **ya resueltas** (exactamente como hoy se resuelve). Por tanto, no se ha incurrido en causal alguna de nulidad procesal.

¹⁶ Desde ya advertimos que los datos de ventas de diarios, cuadros y tablas del Informe Fernández (Demandantes) provienen de los mismos Demandados; aparecen validados por la consultora KPMG Perú, auditora de Grupo El Comercio (cf.: Memoria de 2019. “El 24 abril 2019, el Directorio de la Empresa Editora El Comercio S.A., acordó ratificar a Caipo y Asociados S.Civil de R.Ltda. (KPMG), como la sociedad de auditoría que dictaminará la información financiera del ejercicio 2019, para empresa Editora El Comercio S.A. y sus subsidiarias”. <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/PE-%20EL%20COMERCIO-FIN-1218-ACIN.pdf>

¹⁷Pruebas de los Demandados: Cinco Informes jurídicos de abogados de los doctores i)Raúl Ferrero Costa, f. 402, ii)Juan Monroy Gálvez, f. 421, iii) doctor Alfredo Bullard Gonzales, f. 437, iv) Carlos Ayala Corao, f. 524 (fueron anexas por la Demandada empresa SED), v)Aníbal Quiroga León, folio 906 ss. (anexo por la Demandada Olga Banhero). Los informes aparecen otorgados por los siguientes estudios jurídicos: Ferrero

-La información sobre el mercado de prensa del periodo 2013-2017 proporcionada durante el proceso.

- Gráficos de la participación de empresas periodísticas a nivel nacional en el mercado de prensa, anexados con Escrito de resumen de alegatos de informe oral, por los demandados Agois Banchemo.

El Juzgado toma en cuenta, respecto a este último periodo, la información producida por los Demandados (empresas de Grupo El Comercio) que constituye fuente pública disponible en el portal web de la Superintendencia de Mercado de Valores SMV, información que corrobora y amplía la situación expresada en los documentos de la demanda y los escritos de los Demandados:

- *Cartas de comunicación de Hechos de Importancia.*
- *Memorias Anuales de grupo económico.*
- *Informes de análisis de riesgo, elaborados por empresas clasificadoras de Riesgo respecto de los informes financieros del grupo económico.*

Dicha información ha sido remitida **año a año** por Grupo El Comercio a la SMV, de conformidad con la obligación contenida en normas del mercado de valores¹⁹.

-El Juzgado, finalmente, toma en cuenta la información contenida en algunas investigaciones académicas de contenido aceptable, en los propios diarios de los Demandados y en otras fuentes electrónicas de empresas especializadas en mercados.

- Investigación de Renzo Renteros sobre *Grupo Epensa SAC* y otras investigaciones.
- Noticias y reportajes en los diarios *Correo y El Comercio*.
- Portales web de empresas clasificadoras de riesgo (*“Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C., Class & Asociados S.A.”*), publicaciones de diarios especializados, declaraciones de directivos empresariales, etc.²⁰

Abogados, Estudio Monroy Abogados (Estudio Monroy Abogados, Soc. Civil de R.L.), B,F,E Abogados (Bullard, Falla & Ezcurra Abogados S.Civil de R.L.), Ayala (otorgado a título personal), y AQL Abogados (Asesoría Legal y Defensa Procesal, SAC), respectivamente. En cuanto a “Ferrero Abogados”, buscamos en internet y se redirecciona al portal de “Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría PPU”, empresa Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero, DU & Uría, S. Civil de R.L., que se describe como resultado de la fusión del referido estudio Ferrero Abogados y consultorios de varios países: Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner, de Chile, Prietocarrizosa, de Colombia, Ferrero Abogados y Delmar Ugarte, de Perú, y Uría Menéndez, de España y Portugal (<https://www.ppulegal.com/>; revisada en 2020)

¹⁸Declaración de Gustavo Mohme Seminario (propietario del Grupo La República) sobre su intento de comprar las acciones de grupo EPENSA antes que Grupo El Comercio. Entrevista en el Programa “Ampliación de Noticias” de Radio Programas del Perú RPP, de 13-9-2013. Impreso del portal web del diario La República. Folio 384, repetido en folio 605 y folio 889. El señor Mohme es uno de los Demandantes del amparo.

¹⁹La Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo 861, vigente desde 1996, en su artículo 13, concordante con su artículo 29, establece que los emisores de valores y las personas jurídicas inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores (RPMV) deben remitir a la SMV y, de ser el caso, a la bolsa respectiva, toda la información, incluidos estados e indicadores financieros, y memoria anual; su artículo 30 faculta a la SMV para establecer la normativa que regule tanto el contenido y forma de presentación de dicha información financiera. Actualmente está vigente el reglamento especial de "Normas sobre Preparación y Presentación de Estados Financieros y Memoria Anual por parte de las Entidades Supervisadas por la Superintendencia del Mercado de Valores", aprobado con Resolución de Superintendencia n.º 00016-2015-SMV, publicado el 26/08/2015, cuyo Artículo 2 señala lo siguiente: Obligación de presentación de información financiera y memoria anual: Las sociedades emisoras con valores inscritos en el RPMV, las personas jurídicas inscritas en el RPMV, las empresas administradoras de fondos colectivos, y los Fondos de Inversión, están obligadas a presentar a la SMV sus estados financieros anuales individuales o separados e intermedios individuales o separados y memoria anual. El artículo 16 de la Ley establece el libre acceso del público a toda la información contenida en el Registro del Mercado de Valores.

Todo el material consultado por el juzgado está disponible en el portal web de la supervisora: www.smv.gob.pe.

16.) En consecuencia y conforme a lo estimado en su momento por la Sala revisora en la resolución de excepciones, el Juzgado considera que, respecto de los medios probatorios, en el presente caso existe suficiente evidencia probatoria y no se requiere de más pruebas. Con ello, el Juzgado considera que, en la actualidad, el proceso se mantiene saneado y que su estado está listo para ingresar al análisis sobre el fondo del reclamo²¹.

V.- Hechos

HECHO “A”

5.1.- La situación del mercado de la prensa al 2013

17.) En cuanto al hecho de cuál era la situación del mercado de la prensa escrita nacional en la fecha de la demanda (2013), los Demandantes han presentado información estadística contenida en cuadros, tablas, gráficos (ver Informe Fernández, prueba anexada a la demanda), con datos de la participación en el mercado de la prensa en el periodo 2007-2013, en Lima y regiones de provincias del Perú.

²⁰En la jurisprudencia del INDECOPI encontramos que en sus análisis de casos de posición de dominio empresarial, se reconoce la utilidad y pertinencia de fuentes de información como las indicadas, por todas, ver Caso guerra de las cervezas (uso de botellas, sistema de intercambio de envases), Ambev vs. Backus, Expediente 001-2004-CLC, Resolución 010-2004-INDECOPI/CLC, de 10 marzo 2004, de la Comisión de Libre Competencia, admite denuncia y otorga medida cautelar.

En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Resol010-2004.pdf>.

Fundamento 140. “En el mismo sentido se han pronunciado empresas como la clasificadora de riesgo Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C., en el análisis de riesgo realizado para la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. en octubre de 2003 señaló que: “El Grupo Backus es el único grupo cervecero del país que posee más del 99% del mercado nacional (...) Luego de sucesivas adquisiciones y fusiones, el Grupo Backus mantiene el monopolio del mercado cervecero nacional” (remite a nota 58),

Nota a pie 58. “Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C. Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. octubre 2003. Analista: Johanna Izquierdo. En: www.aai.com.pe. // De acuerdo con el Perfil Financiero de la Unión de Cervecerías... elaborado por el Grupo Apoyo, 11 de abril de 2003. Analista: Patricia Rojas. En: http://www.apoyo.com/informacion_util/detalle_entorno.asp?cod_art=953&ff=1 // Asimismo, de acuerdo con la evaluación de la Clasificadora de Riesgo Class & Asociados S.A., “el Grupo Backus, a través de sus tres empresas productoras de cerveza abastece más de 99% del mercado peruano. El saldo es abastecido por cervezas importadas” Unión de Cervecerías... Class & Asociados S.A. 3 setiembre 2002. Analista: Greta Pedal B. En: <http://www.classrating.com/emp6.htm>

Fundamento 141. “Hasta este momento, la alta participación de mercado de Backus que determinaría que este grupo empresarial es un monopolio o cuasi monopolio en la venta de cerveza en el territorio nacional resulta un indicio razonable fuerte de la tenencia de posición de dominio por parte del grupo económico en cuestión” (remite a nota 59)

Nota a pie 59. “Respecto a la utilización de participaciones de mercado en la evaluación de la existencia de una posición de dominio Conrath hace referencia a la interpretación de la Comisión y del Tribunal Europeo en el caso Hoffmann- La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities (Case 85/76), European Court of Justice, (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, (1980) FSR 13, que al momento de evaluar la posición de dominio de la empresa investigada en el mercado de vitaminas H encontró que una participación de mercado de entre 93% y 100% con un IHH de 9216 representaba la existencia de un monopolio. Conrath, Craig. Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition. (1993).

Fundamento 144. “Sobre esta materia, de acuerdo con Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C.: “[Backus] Cuenta con una amplia capacidad de producción descentralizada”

Fundamento 145. “Ambev tiene planes de inversión del orden de US\$ 80 millones en la adquisición de una red de distribución” (remite a la nota 63)

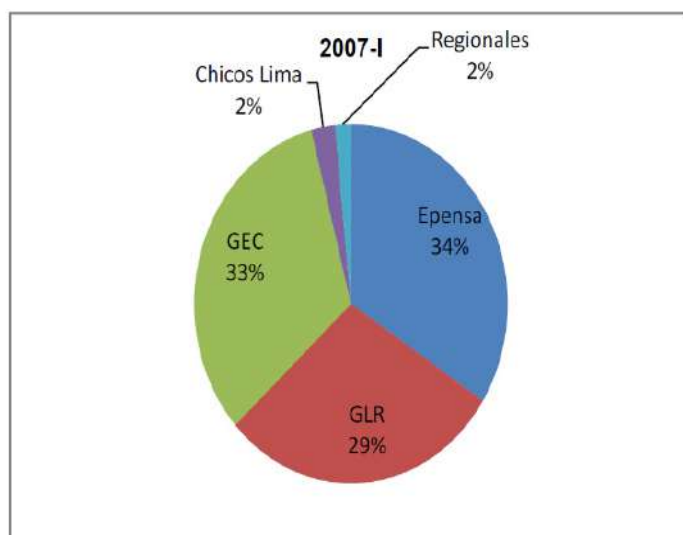
Nota a pie 63. “Declaraciones del Gerente General de Ambev, Sr. Carlos Bembhy. Diario Gestión. 6 enero 2004”.

²¹ Cf. Código Procesal Constitucional, art. 10 y art. 53.

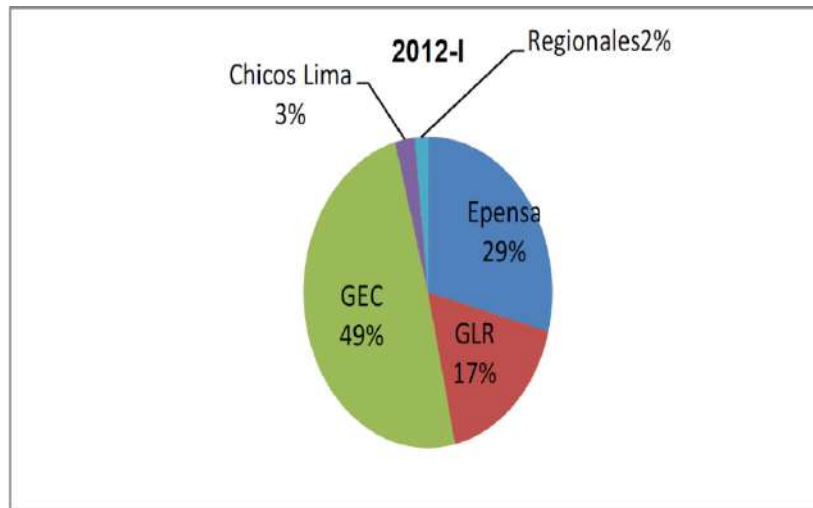
- 18.) Los Demandados en sus contestaciones no han formulado discrepancia sobre de dicha información estadística (la discrepancia es respecto de la interpretación y alcances de la referida información, asunto que abordaremos en el análisis del fondo del caso, en el sentido de si dicha información refleja o no un mercado concentrado). Asimismo, los Demandados han presentado otros cuadros y gráficos adicionales con datos de la participación de las empresas editoras en el mercado de prensa escrita (ver Informe Apoyo e Informe Alonso-Muñoz, prueba anexada con las contestaciones de empresa SED y señores Agois Banchemo, respectivamente), información tampoco desmentida por los Demandantes.
- 19.) Finalmente, respecto a la etapa posterior a la demanda, luego de la audiencia de informes orales, uno de los Demandados ha presentado cuadros y gráficos con información estadística de las participaciones en el mercado de prensa por el periodo 2013-2017.
- 20.) El juzgado pasa a dar detalles de lo más relevante de dicha Información:

5.1.1.- Periodo 2007-2013 (informe Fernández):

- 21.) **Dato 1.- Figura 6. Participación de los tres grandes grupos en las ventas de diarios de circulación nacional. Año 2007 (f.55).**



- 22.) **Dato 2.- Figura 6. Participación de los tres grandes grupos en las ventas de diarios de circulación nacional. Año 2012 (f.55).**



23.) **Dato 3.- Cuadro 2. Venta total de diarios a nivel nacional (número de ejemplares). Años 2007 y 2012 (f.56).**

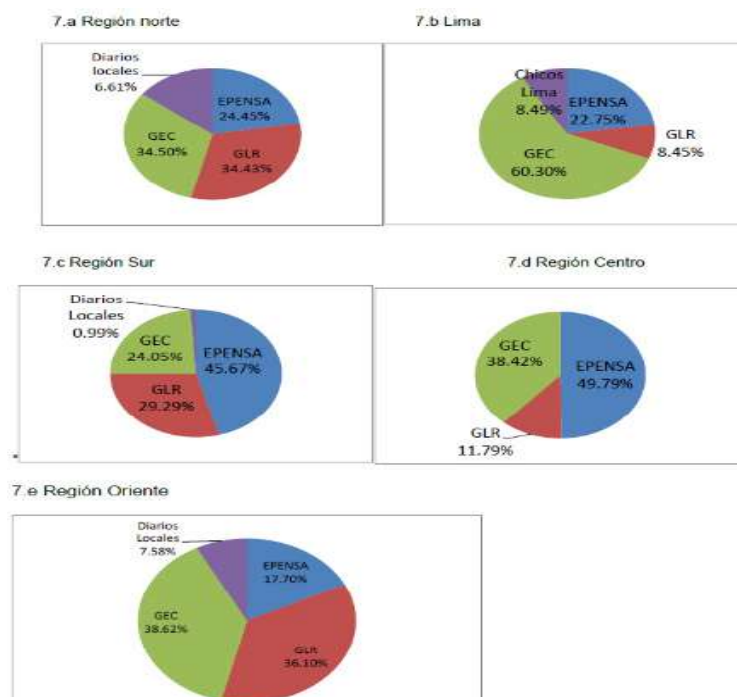
Diario	2007-I	2012-I	Variación %	Grupo Editorial	Participación 2006-I	Participación 2012-I (%)
Ajá	83,052	54,582	-34.28%	Epensa	6.65%	2.81%
Correo	135,739	155,546	14.59%	Epensa	10.87%	8.01%
Depor	0	103,270		El Comercio	0.00%	5.32%
El Bocón	57,685	64,431	11.69%	Epensa	4.62%	3.32%
El Comercio	109,983	94,428	-14.14%	El Comercio	8.81%	4.86%
El Popular	239,692	190,149	-20.67%	La República	19.20%	9.79%
Gestión	n.d	23,960		El Comercio	n.d	1.23%
La República	37,264	44,987	20.73%	La República	2.99%	2.32%
Libero	86,661	103,690	19.65%	La República	6.94%	5.34%
Ojo	149,060	290,070	94.60%	Epensa	11.94%	14.93%
Perú.21	71,535	86,994	21.61%	El Comercio	5.73%	4.48%
Trome	226,607	647,740	185.84%	El Comercio	18.15%	33.35%
Diarios chicos Lima	30,751	49,894	62.25%		2.46%	2.57%
Diarios provincias	20,212	32,790	62.23%		1.62%	1.65%
TOTAL	1,248,241	1,942,530	55.62%		100.00%	100.00%

Fuente: Atestación de circulación KPMG

24.) **Dato 4.- Cuadro 3. Variación en las ventas de los tres grandes grupos. Primer trimestre 2007 – primer trimestre 2012 (f.56).**

Grupo	Variación 2007-2012
EPENSA	32.69%
GEC	134.34%
GLR	-6.82%
Diarios chicos Lima	62.25%
Diarios Provincias	62.23%
Total	55.62%

25.) **Dato 5. Figura 7. Participación de los tres grandes grupos en las ventas de diarios por regiones (Lima, Norte, Sur, Centro, Oriente) - (f.58).**



26.) **Dato 6.- Cuadro 4. Composición de los ingresos de Grupo El Comercio (millones de soles y %) - (f.59).**

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	201
Total ingresos	380.72	633.95	727.38	707.16	869.92	911.37	936.82
Venta de periódicos	140.51	218.70	255.66	215.61	319.99	356.73	378.60
Venta de publicidad	240.21	415.25	471.72	491.55	549.93	554.64	558.22
% publicidad	63.09%	65.50%	64.85%	69.51%	63.22%	60.86%	59.59%

Fuente: Estimado de ingresos por ventas de periódicos con Cifras de KPMG e ingresos de publicidad con cifras de IBOPE

27.) **Dato 7.- Cuadro 5. Composición de los ingresos de Grupo Epensa (millones de soles y %) - (f.59).**

	2007	2008	2009	2010	2011
Total ingresos	112.19	117.83	121.80	139.88	156.96
Venta de periódicos	77.45	82.81	68.93	85.38	104.17
Venta de publicidad	34.75	35.02	52.87	54.51	52.80
% publicidad	30.97%	29.72%	43.41%	38.96%	33.64%

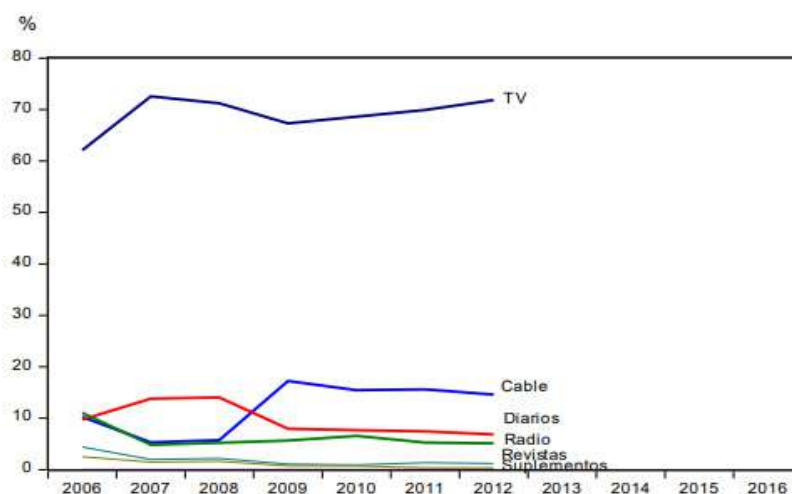
Fuente: Estimado de ingresos por ventas de periódicos con Cifras de KPMG e ingresos de publicidad con cifras de IBOPE

28.) **Dato 8.- Cuadro 6. Composición de los ingresos de Grupo La República (millones de soles y %) - (f.60).**

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Total ingresos	56.25	60.43	58.46	69.10	77.63	82.03	82.03
Venta de periódicos	41.72	44.68	39.95	48.91	55.28	51.72	50.68
Venta de publicidad	14.53	15.74	18.14	17.98	24.02	25.18	30.53
% publicidad	25.83%	26.05%	31.03%	26.02%	30.94%	30.69%	37.21%

Fuente: Información proporcionada por el Grupo La República

29.) **Dato 9.- Figura 8. Evolución de la inversión publicitaria en los medios de comunicación. 2006-2012 (f.60).**



30.) **Dato 10.- Cuadro 7. Inversión publicitaria en los medios de comunicación (US millones de dólares) - (f.61).**

Medios	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Televisión	694.85	964.50	1,112.98	1,959.62	2,450.17	2,648.30	3,113.56
Cable	114.83	70.66	89.60	501.48	552.89	592.12	632.06
Radio	123.39	64.36	81.70	164.97	234.50	199.05	221.24
Diarios	108.80	183.63	219.18	232.22	274.69	281.92	297.02
Revistas	49.31	26.65	33.99	31.69	33.16	51.36	52.12
Suplemento	27.84	19.57	25.60	21.81	26.77	14.95	16.76
Total	1,119.03	1,329.37	1,563.05	2,911.79	3,572.18	3,787.71	4,332.76

Fuente: IBOPE, varios años

- 31.) **Dato 11.- Cuadro 8. Variación de los ingresos por publicidad de los principales grupos de la industria de periódicos entre 2006 y 2012 (US\$ millones - %) - (f.61).**

	2006	2012	Var.
El Comercio	73.36	211.64	188.5%
EPENSA	7.00	18.20	159.9%
La República	6.50	15.51	138.7%
El Peruano	13.64	21.96	61.1%
Expreso-Extra	6.34	16.87	166.3%
Otros	1.98	12.97	556.4%
Total	108.80	297.15	173.1%

Fuente: IBOPE

- 32.) **Dato 12.- Cuadro 9. Participación de los principales grupos de la industria de periódicos en la captación de ingresos por publicidad (2006-2012 %) - (f.62).**

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
El Comercio	67.42%	72.27%	73.56%	70.28%	70.85%	71.42%	71.22%
EPENSA	6.44%	6.05%	5.46%	7.56%	7.02%	6.80%	6.12%
La República	5.97%	3.20%	2.93%	3.79%	3.46%	3.24%	5.22%
El Peruano	12.53%	11.20%	10.38%	9.01%	8.22%	8.53%	7.39%
Expreso-Extra	5.82%	4.54%	4.57%	6.25%	8.01%	6.93%	5.68%
Otros	1.82%	2.74%	3.11%	3.11%	2.45%	3.08%	4.36%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

Fuente: IBOPE

- 33.) **Dato 13.- Cuadro 10. Índices IHH del mercado de periódicos antes y después de la compra de Epensa por El Comercio (f.63).**

	Antes	Después
Lima	4.240	6.985
Región norte	2.545	3.961
Región sur	3.522	5.719
Región centro	4.094	7.920
Región oriente	3.129	4.496
Total nacional	3.305	5.897

Fuente: elaboración propia en base a los anexos 1 al 6

- 34.) **Dato 14.- Anexo 1. Promedio diario de circulación de periódicos a nivel nacional - 2012 (f.69).**

Diario	2012	Grupo Editorial	%
Ajá	43,754	EPENSA	2.15%
Correo	157,128	EPENSA	7.71%
Depor	106,772	El Comercio	5.24%
El Bocón	64,286	EPENSA	3.15%
El Comercio	93,419	El Comercio	4.58%
El Popular	197,803	La República	9.70%
Gestión	23,616	El Comercio	1.16%
La República	48,275	La República	2.37%
Libero	101,820	La República	4.99%
Ojo	290,195	EPENSA	14.23%
Perú.21	90,590	El Comercio	4.44%
Trome	655,832	El Comercio	32.17%
La Razón	20,772	LA RAZON	1.02%
La Primera	16,801	LA PRIMERA	0.82%
Expreso	5,210	Expreso-Extra	0.26%
Extra	16,668	Expreso-Extra	0.82%
El Men	23,150	EL MEN	1.14%
Chino	17,187	CHINO	0.84%
La Industria, Chiclayo	3,375	La Industria	0.17%
La Industria, Trujillo	4,622	La Industria	0.23%
La Industria, Chimbote	1,270	La Industria	0.06%
E Tiempo, Piura	8,106	Tiempo	0.40%
Noticias, Arequipa	426	Noticias	0.02%
La Voz, Ica	413	La Voz	0.02%
La Región, Moquegua	685	La Región	0.03%
El Sol, Cusco	923	El Sol	0.05%
La Región, Iquitos	1,987	La Región	0.10%
Ciclón, Chiclayo	361	Ciclo	0.02%
El Norteño, Chiclayo	6,959	Norteño	0.34%
Nuevo Norte, Trujillo	905	Nuevo Norte	0.04%
Satélite, Trujillo	9,079	Satélite	0.45%
Diario, Chimbote	1,085	Diario Chimbote	0.05%
Hora, Piura	23,119	Hora	1.13%
Crónicas, Iquitos	1,322	Crónicas	0.06%
Pro y contra, Iquitos	942	Pro y Contra	0.05%
TOTAL	2,038,854		100.00%

35.) **Dato 15.- Anexo 2. Promedio diario de circulación de periódicos Región Lima - 2012 (f.70).**

Diario	2012	Grupo Editorial	%
Ajá	24,426	EPENSA	2.08%
Correo	45,133	EPENSA	3.84%
Depor	68,512	El Comercio	5.83%
El Bocón	45,158	EPENSA	3.84%
El Comercio	84,899	El Comercio	7.22%
El Popular	48,633	La República	4.14%
Gestión	21,427	El Comercio	1.82%
La República	24,124	La República	2.05%
Libero	26,547	La República	2.26%
Ojo	152,692	EPENSA	12.99%
Perú.21	60,801	El Comercio	5.17%
Trome	473,044	El Comercio	40.25%
La Razón	20,772	La Razón	1.77%
La Primera	16,801	La Primera	1.43%
Expreso	5,210	Expreso-Extra	0.44%
Extra	16,668	Expreso-Extra	1.42%
El Men	23,150	El Men	1.97%
Chino	17,187	Chino	1.46%
Total	1,175,180		100.00%

36.) **Dato 16.- Anexo 3. Promedio diario de circulación de periódicos Región Norte - 2012 (f.71).**

Diario	2012	Grupo Editorial	%
Ajá	5,638	EPENSA	1.38%
Correo	29,874	EPENSA	7.33%
Depor	22,034	El Comercio	5.41%
El Bocón	6,321	EPENSA	1.55%
El Comercio	3,812	El Comercio	0.94%
El Popular	82,224	La República	20.17%
Gestión	534	El Comercio	0.13%
La República	10,263	La República	2.52%
Libero	36,082	La República	8.85%
Ojo	49,477	EPENSA	12.14%
Perú.21	12,944	El Comercio	3.18%
Trome	89,493	El Comercio	21.96%
La Industria, Chiclayo	3,375	La Industria	0.83%
La Industria, Trujillo	4,622	La Industria	1.13%
La Industria Chimbote	1,270	La Industria	0.31%
El Tiempo, Piura	8,106	Tiempo	1.99%
Ciclón, Chiclayo	361	Ciclo	0.09%
El Norteño, Chiclayo	6,959	Norteño	1.71%
Nuevo Norte, Trujillo	905	Nuevo Norte	0.22%
Satélite, Trujillo	9,079	Satélite	2.23%
Diario, Chimbote	1,085	Diario Chimbote	0.27%
Hora, Piura	23,119	Hora	5.67%
TOTAL	407,575		100.00%

37.) **Dato 17.- Anexo 4. Promedio diario de circulación de periódicos Región Sur (f.72).**

Diario	2012 promedio	Grupo Editorial	Participación (%) 2012
Ajá	10,270	EPENSA	3.45%
Correo	50,652	EPENSA	17.03%
Depor	8,877	El Comercio	2.98%
El Bocón	7,839	EPENSA	2.64%
El Comercio	2,625	El Comercio	0.88%
El Popular	49,416	La República	16.62%
Gestión	795	El Comercio	0.27%
La República	10,106	La República	3.40%
Libero	27,569	La República	9.27%
Ojo	67,051	EPENSA	22.55%
Perú.21	11,059	El Comercio	3.72%
Trome	48,168	El Comercio	16.20%
Noticias, Arequipa	684	Noticias	0.23%
La Voz, Ica	502	La Voz	0.17%
La Región, Moquegua	685	La Región	0.23%
El Sol, Cusco	1,087	El Sol	0.37%
TOTAL	297,379		100.00%

38.) **Dato 18.- Anexo 5. Promedio diario de circulación de periódicos Región Centro (f.73).**

Diario	2012	Grupo Editorial	%
Ajá	1,780	EPENSA	1.74%
Correo	30,580	EPENSA	29.91%
Depor	5,953	El Comercio	5.82%
El Bocón	3,622	EPENSA	3.54%
El Comercio	1,508	El Comercio	1.47%
El Popular	4,253	La República	4.16%
Gestión	417	El Comercio	0.41%
La República	1,790	La República	1.75%
Libero	6,012	La República	5.88%
Ojo	14,930	EPENSA	14.60%
Perú.21	4,219	El Comercio	4.13%
Trome	27,181	El Comercio	26.58%
TOTAL	102,242		100.00%

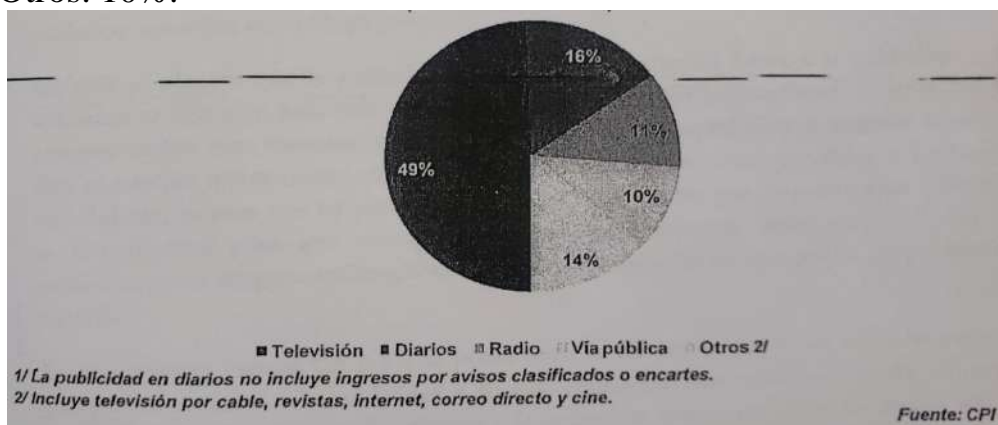
39.) **Dato 19.- Anexo 6. Promedio diario de circulación de periódicos Región Oriente (f.74).**

Diario	2012 promedio	Grupo Editorial	Participación (%) 2012
Ajá	1,641	EPENSA	2.93%
Correo	890	EPENSA	1.59%
Depor	1,398	El Comercio	2.49%
El Bocón	1,347	EPENSA	2.40%
El Comercio	576	El Comercio	1.03%
El Popular	13,276	La República	23.68%
Gestión	163	El Comercio	0.29%
La República	1,350	La República	2.41%
Libero	5,612	La República	10.01%
Ojo	6,047	EPENSA	10.78%
Perú.21	1,568	El Comercio	2.80%
Trome	17,947	El Comercio	32.01%
La Región (Iquitos)	1,987	La Región	3.54%
Crónicas, Iquitos	1,322	Crónicas	2.36%
Pro y contra, Iquitos	942	Pro y Contra	1.68%
TOTAL	56,064		100.00%

5.1.2.- Periodo 2007-2013 (informe Apoyo):

40.) **Dato 20.-** Figura 16. Inversiones publicitarias de los medios a nivel nacional - 2012 (millones de dólares) - (porcentaje).

- Televisión: 49%.
- Diarios: 16%.
- Radio: 14%.
- Vía pública: 11%.
- Otros: 10%.



41.) **Datos 21.-** Figura 13. Diarios de Circulación Nacional por tipo.

Tipo	Diarios	% total de prensa escrita
Serios	El Comercio, Perú 21, Gestion, Publimetro, La República, Correo, La Razón, Expreso, La Primera, El Peruano	28%
Populares	Trome, Ojo, El Popular, Ajá, El Chino, El Men, Extra	60%
Deportivos	Liberero, Depor, El Bocón, Todo Sport	12%

Elaboración: Apoyo Consultoría

42.) **Dato 22.-** Figura 14. Títulos de diarios de circulación nacional por Grupo y año de ingreso al mercado.

Empresa Editora	Diario	Año de inicio	Años en el mercado
Grupo El Comercio	El Comercio	1839	174
	Trome	2001	12
	Perú21	2002	11
	Depor	2009	4
	Publimetro	2011	2
Grupo La República	La República	1981	32
	Liberero	1995	18
	El Popular	1984	29
Grupo EPENSA	Correo	1960	53
	El Bocón	1996	17
	El Ajá	1996	17
	Ojo	1968	45

*Fuente: Medios
Elaboración: Apoyo Consultoría*

43.) **Dato 23.-** Figura 3. Participación de casas editoras en Lima (porcentaje de diarios por grupo empresarial).

Empresa Editora	Número de Diarios	Share Diarios
Grupo El Comercio	6	21%
Grupo EPENSA	4	14%
Montecristo Editores S.A.C	4	14%
Grupo La República S.A.	3	11%
Editora Sindesa S.A.	2	7%
Editora La Primera S.A.C	1	4%
Del País SAC	1	4%
Servicios de Comunicación SAC	1	4%
Editora Perú	1	4%
Corporación de Medios SRL	1	4%
Nikkei Comunicaciones	1	4%
S/D (La Nación)	1	4%
S/D (El diario de Hoy)	1	4%
S/D (Perú Shimpo)	1	4%
TOTAL	28	100%

*Fuente: El Comercio
Elaboracion: Apoyo Consultoría*

44.) **Dato 24.-** Figura 4. Participación de casas editoras en Provincias (porcentaje de diarios por grupo empresarial).

Empresa Editora	Número de Diarios	Share Diarios
Grupo El Comercio	5	10%
Grupo EPENSA	4	8%
Montecristo Editores S.A.C	4	8%
Grupo La República S.A.	3	6%
Diario El Tiempo SAC	3	6%
Editora Sindesa S.A.	2	4%
Editora La industria Trujillo SA	2	4%
Editora La Industria Chiclayo SA	2	4%
Editora La Primera S.A.C	1	2%
Editora Perú	1	2%
Servicios de Comunicación SAC	1	2%
Servichim E.I.R.L.	1	2%
Editora La Industria Chimbote SA	1	2%
Empresa Periodística y Editora CHASKI E.I.R.L.	1	2%
Editora Noticias SRL.	1	2%
Editorial El Pueblo	1	2%
Aguilar Valverde Emp. Unipersonal	1	2%
Editora Panorama Cajamarquino SAC	1	2%
El Clarín Corporación SRL	1	2%
El Mercurio SRL.	1	2%
Edipro El Sol SA.	1	2%
Empresa Editora Diario del Cusco SAC	1	2%
AhoraUcayali SRL.	1	2%
S/D (Diario al Día)	1	2%
Diarios de Primicia EIRL.	1	2%
S/D (La Opinión)	1	2%
Empresa Periodística Ribo SAC	1	2%
Ediciones Últimas Noticias SAC	1	2%
Grupo Punored SAC	1	2%
Editora e Imprenta HOY E.I.R.L.	1	2%
Editora Oriente	1	2%
S/D (Capilna)	1	2%
TOTAL	49	100%

Fuente: El Comercio
Elaboración: Apoyo Consultoría

5.1.3.- Periodo 2007-2013 (Informe Alonso – Muñoz):

45.) **El Informe Alonso-Muñoz. Cuadros y Gráficos.** Este informe recoge íntegramente los datos del Informe Fernández. Los usa para dar una interpretación distinta: *“Que no prueban la espiral indefinida de circulación y publicidad pues, aunque bajaron en circulación, todos subieron en publicidad”*.

46.) **Dato 25.- Cuadro 1. Índices Herfindahl-Hirschman en el mercado de prensa escrita (f.895).**

Reproduce de Informe Fernández: “Cuadro 10. Índices IHH del mercado de periódicos antes y después de la compra de Epensa por El Comercio (f.63)”.

ÍNDICES HERFINDAHL-HIRSCHMAN EN EL MERCADO DE PRENSA ESCRITA		
Mercado	Antes del Acuerdo	Después del Acuerdo
Lima	4,240	6,985
Región Norte	2,545	3,961
Región Sur	3,522	5,719
Región Centro	4,094	7,920
Región Oriente	3,129	4,496
Nacional	3,305	5,897

Fuente: Jorge Fernández Baca, *Estudio de la Estructura del Mercado de la Prensa Escrita en el Perú*, cuadro 10, p. 25.

Cuadro 10: Índices IHH del mercado de periódicos antes y después de la compra de Epena por El Comercio

	Antes	Después
Lima	4.240	6.985
Región norte	2.545	3.961
Región sur	3.522	5.719
Región centro	4.094	7.920
Región oriente	3.129	4.496
Total nacional	3.305	5.897

Fuente: elaboración propia en base a los anexos 1 al 6

47.) Dato 26.- Cuadro 2. Venta total y participación de mercado a nivel nacional (f.899).

Reproduce de Informe Fernández: "Cuadro 2. Venta total de diarios a nivel nacional (número de ejemplares) - (f.56)", pero sin la columna de "variación %".

Diario	Grupo	Número de Ejemplares		Participación de Mercado	
		2007-I*	2012-I	2006-I*	2012-I
Ajá	Erensa	83,052	54,582	6.65%	2.81%
Correo	Erensa	135,739	155,546	10.87%	8.01%
Depor	El Comercio	-	103,270	-	5.32%
El Bocón	Erensa	57,685	64,431	4.62%	3.32%
El Comercio	El Comercio	109,983	94,428	8.81%	4.86%
El Popular	La República	239,692	190,149	19.20%	9.79%
Gestión	El Comercio	-	23,960	-	1.23%
La República	La República	37,264	44,987	2.99%	2.32%
Libero	La República	86,661	103,690	6.94%	5.34%
Ojo	Erensa	249,060	290,070	11.94%	14.93%
Perú 21	El Comercio	71,535	86,994	5.73%	4.48%
Trome	El Comercio	226,607	647,740	18.15%	33.35%
Diarios chicos,	Lima	30,751	49,894	2.46%	2.57%
Diarios chicos,	Provincias	20,212	32,790	1.62%	1.69%
Total		1'248,241	1'942,530	100.00%	100.00%

* Discrepancia en el cuadro original.
Fuente: Jorge Fernández Baca, *Estudio de la Estructura del Mercado de la Prensa Escrita en el Perú*, cuadro 2, p. 18.

Cuadro 2: Venta total de diarios a nivel nacional (número de ejemplares)

Diario	2007-I	2012-I	Variación %	Grupo Editorial	Participación 2006-I	Participación 2012-I (%)
Ajá	83,052	54,582	-34.28%	Erensa	6.65%	2.81%
Correo	135,739	155,546	14.59%	Erensa	10.87%	8.01%
Depor	0	103,270		El Comercio	0.00%	5.32%
El Bocón	57,685	64,431	11.69%	Erensa	4.62%	3.32%
El Comercio	109,983	94,428	-14.14%	El Comercio	8.81%	4.86%
El Popular	239,692	190,149	-20.67%	La República	19.20%	9.79%
Gestión	n.d	23,960		El Comercio	n.d	1.23%
La República	37,264	44,987	20.73%	La República	2.99%	2.32%
Libero	86,661	103,690	19.65%	La República	6.94%	5.34%
Ojo	149,060	290,070	94.60%	Erensa	11.94%	14.93%
Perú.21	71,535	86,994	21.61%	El Comercio	5.73%	4.48%
Trome	226,607	647,740	185.84%	El Comercio	18.15%	33.35%
Diarios chicos Lima	30,751	49,894	62.25%		2.46%	2.57%
Diarios provincias	20,212	32,790	62.23%		1.62%	1.69%
TOTAL	1,248,241	1,942,530	55.62%		100.00%	100.00%

Fuente: Atestación de circulación KPMG

48.) **Dato 27.- Cuadro 3. Variación en circulación y en ingresos publicitarios, 2007-2012 (f.900).**

Informe Alonso señala que está elaborado en base a Informe Fernández, datos de Cuadros 3 a 6.

Grupo	Circulación	Publicidad
El Comercio	134.4%	33.95%
Epsilon	32.69%	50.77%
La República	-6.82%	93.96%

Fuente: Jorge Fernández Baca, *Estudio de la Estructura del Mercado de la Prensa Escrita en el Perú*, cuadros 3 al 6, pp. 19, 21 y 22.

49.) **Dato 28.- Cuadro 4. Cálculo del subsidio cruzado por ejemplar vendido*, años 2007 - 2012 (f.901).**

Informe Alonso señala que está elaborado en base a Informe Fernández, datos de Cuadros 3 a 6.

5.2.- La situación del mercado de la prensa periodo 2013-2020

50.) Al momento de presentar sus conclusiones de informe oral, en una oportunidad apenas acabada la audiencia pública de 2017, y en otra oportunidad al presentar informes complementarios de 2019 y 2020, los Demandados han proporcionado información sobre hechos

CÁLCULO DEL SUBSIDIO CRUZADO POR EJEMPLAR VENDIDO*		
	2007	2012
<i>El Comercio</i>		
Venta de periódicos	S/218.70	S/378.60
Venta de publicidad	S/415.25	S/558.22
Ejemplares diarios	408,125	956,392
Precio de tapa promedio	S/1.47	S/1.08
Subsidio cruzado por ejemplar	S/2.79	S/1.60
<i>Epsilon</i>		
Venta de periódicos	S/82.81	S/104.17
Venta de publicidad	S/35.02	S/52.80
Ejemplares diarios	425,536	564,629
Precio de tapa promedio	S/0.53	S/0.51
Subsidio cruzado por ejemplar	S/0.23	S/0.26
<i>La República</i>		
Venta de periódicos	S/44.68	S/51.52
Venta de publicidad	S/15.74	S/30.53
Ejemplares diarios	363,617	338,826
Precio de tapapromedio	S/0.34	S/0.42
Subsidio cruzado por ejemplar	S/0.12	S/0.25

* Cifras de ventas en millones de soles. Precios de tapa promedio y subsidios cruzados por ejemplar se calculan dividiendo ventas de periódicos y ventas de publicidad, respectivamente, por el número de ejemplares diarios, multiplicados por 365.

Fuente: Jorge Fernández Baca, *Estudio de la Estructura del Mercado de la Prensa Escrita en el Perú*, cuadros 3 al 6, pp. 19, 21 y 22.

acaecidos con posterioridad a la demanda:

- Un Demandado ha informado que la predicción de la demanda se ha visto desmentida en la realidad, pues Grupo **El Comercio** no se ha convertido en el monopolio que anticipaba el Informe Fernández en base a los porcentajes de ventas de 2013 y al contrario su participación en el mercado de prensa ha disminuido del 81 por ciento al 73 por ciento en 2017 (no anexan sustento), los otros medios de prensa del mercado siguen existiendo y no han desaparecido, los periodistas Demandantes han seguido ejerciendo en los otros medios del mercado de prensa con entera libertad, y un nuevo competidor ingresó al mercado (diarios Exitosa, Karibeña, La Kalle, del grupo empresarial Corporación Universal - familia Capuñay, este último diario en Wikipedia aparece como “desaparecido”). (Escrito de El Comercio, 2017).
- Otro Demandado ha informado que hay un nuevo medio en el mercado de prensa con una importante participación como es Diario Exitosa y Diario La Karibeña, que en 2017 tienen ventas de 13,000 ejemplares diarios, equivalente al 2 por ciento como grupo empresarial, a mayo 2017 la participación de Grupo El Comercio y EPENSA juntas suma el 73 por ciento (anexan gráfico de porcentajes), los Demandantes siguen publicando en sus respectivos medios. (Escrito de Agois Banchemo, 2017).
- Otro Demandado ha informado que el transcurso del tiempo ha demostrado que las predicciones del Informe Fernández han sido equivocadas pues señaló que con la compraventa de las acciones se haría imposible la pluralidad de opiniones e inviable la expansión de competidores o el ingreso de nuevos competidores, pero 4 años después sigue existiendo pluralidad de opiniones como los periodistas Demandantes que continúan publicando en otros medios, y han ingresado nuevos competidores como es el caso de grupo Corporación Universal con los diarios Exitosa, Karibeña, La Kalle. (Escrito de empresa SED, 2017).
- Otro Demandado ha informado que el haber alcanzado el Grupo El Comercio una participación del 80 por ciento, el 75 por ciento o el 73 por ciento no significa acaparamiento (no anexan sustento). (Escrito El Comercio, 2019).
- Otro Demandado ha informado que 5 años después de la demanda la realidad es que en el país se mantiene la pluralidad de opiniones pues por un lado los periodistas Demandantes siguen publicando en otros medios, y por otro ha ingresado un nuevo competidor (diarios Exitosa, Karibeña, La Kalle). (Escrito de empresa SED, 2020).

51.) En el Escrito del Demandado Agois Banchemo, presentado en agosto 2017, se informó al Juzgado dos cuadros estadísticos. Uno contiene la cantidad de producción de ejemplares de los diarios “Exitosa” y “Karibeña” en Lima y del diario de provincias “Sin Fronteras”, sin precisar fechas.

52.) **Dato 29.- Cuadro. Cantidad de producción de ejemplares de los diarios Exitosa, Karibeña y Sin fronteras.**

55.) Aunque el contrato de la compraventa de las acciones de las empresas EPENSA y ABS celebrado entre los señores Agois Banchemo y las empresas de Grupo El Comercio fue ofrecido como prueba en la demanda, no fue sino hasta el año 2017 en que el documento fue incorporado al expediente. Las partes no han formulado objeción alguna al documento²². Por tanto, el juzgado pasará a dar detalles del mismo. Previamente dará cuenta del añadido formulado por los Demandados respecto de un hecho antecedente (tampoco discutido por los Demandantes): que Grupo La República intentó primero comprar el mismo paquete de acciones que finalmente adquirió El Comercio²³.

5.4.- EPENSA antes de la venta de acciones al Grupo El Comercio

56.) Hasta el 20 agosto 2013 las compañías del grupo empresarial que editaba los diarios *Correo Ojo Bocón Ajá*²⁴ eran de exclusiva propiedad de las familias Banchemo Rossi, Agois Banchemo y Agois-Mindreau repartidas en dos bloques: i) los esposos Enrique Agois Paulsen - Marcia Mindreau Navarrete, que poseían el 54 por ciento de acciones o la **mayoría** del capital social de cada una de las empresas²⁵; y, ii) los señores Agois Banchemo y su madre Olga Banchemo Rossi (en adelante señores Agois Banchemo), con el 46 por ciento de las acciones en cada empresa²⁶.

²²Ver el documento del contrato (folios 1,725-1757, tomo IV del expediente judicial, presentado el 11-5-2017, cuatro años después de la demanda), la Carta de El Comercio a la SMV en la que comunicó inmediatamente del hecho (obra en el expediente, anexada con la demanda), la Memoria anual del año 2013 y Documento de Información Anual 2013, dirigidos por Empresa Editora El Comercio a la SMV en la que hace mención el referido hecho (en el portal de la SMV). En los documentos posteriores remitidos por Empresa Editora El Comercio a la SMV (Cartas de hechos de importancia, Informes de empresas calificadoras de riesgo, Memorias anuales de, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020) se vuelve a mencionar el hecho (portal web www.smv.gob.pe).

²³Grupo La República tiene como accionistas a integrantes de la familia Mohme, y Gustavo Mohme Seminario es su principal accionista y directivo. En: <https://peru.mom-rsf.org/es/> Media ownership Monitor Perú (Los dueños de la noticia). Proyecto desarrollado por RSF Reporteros Sin Fronteras y Ojo Público, 2019. El señor Mohme es uno de los Demandantes del amparo; sin embargo, interpuso la demanda no en calidad de representante de su compañía sino como simple ciudadano, debido a que las demandas por intereses difusos como el presente caso pueden ser reclamadas por cualquier ciudadano.

²⁴Se trata de un grupo empresarial que en 2013 comprendía las siguientes compañías: Empresa Periodística Nacional, S.A. EPENSA (cabecera del grupo), Alfa Beta Sistemas, SAC ABS, Alfa Beta Ediciones, S.A. ABE, Alfa Beta Logísticas, SAC. El conglomerado era entonces conocido como grupo Agois, o Agois Banchemo, o grupo Epensa (no confundir con la denominación "Grupo Epensa, S.A.C." de la que trataremos más adelante).

²⁵El bloque de accionistas mayoritario estaba compuesto por Enrique Martín AGOIS Paulsen, propietario de **34 por ciento** de las acciones en cada una de las empresas del grupo EPENSA, y Marcia MINDREAU Navarrete de Agois, propietaria del **20 por ciento** de acciones.

²⁶El bloque de la familia Agois Banchemo o grupo Agois Banchemo estaba conformado por cinco personas: Olga Ana Rosa BANCHERO Rossi de Salazar, propietaria del **20 por ciento** de las acciones en cada una de las empresas del grupo EPENSA, Luis Manuel AGOIS Banchemo, propietario del **11 por ciento**, y Carlos Oscar, Rossana Bernardita y María Gabriela AGOIS Banchemo cada una propietaria del **5 por ciento** de acciones.

57.) Los Demandados Agois Bancharo han afirmado que, aunque poseían solo la minoría del capital social, ellos dirigían la gestión de las compañías del grupo económico.

5.5.- Intento de compra por parte del Grupo La República

58.) Antes del contrato suscrito entre Grupo El Comercio y la familia Agois Bancharo el 20-8-2013, el Juzgado ha registrado información de dos procesos de intento de compra de las empresas EPENSA por parte de Grupo La República. Del primer intento no hay una versión única e indiscutible, solo que se habría producido hacia 2012 sin resultado alguno²⁷. Respecto del segundo intento sí existen datos ciertos²⁸, a saber:

- Objeto y alcance de la operación: Grupo La República negoció la compra solamente del 54 por ciento de los accionistas mayoritarios Agois-Mindreau.
- Precio: 17,200,000 dólares.
- Fecha: julio 2013. Los señores Agois Bancharo recibieron una comunicación de Agois Paulsen - Mindreau para que en el plazo de 30 días adquirieran las acciones conforme a su derecho de preferencia establecido en la ley de sociedades, caso contrario las venderían al Grupo La República.

59.) La respuesta del grupo Agois Bancharo ante la propuesta de Agois Paulsen-Mindreau fue comprar las acciones para venderlas de inmediato a Grupo El Comercio, y evitar que las adquiriera La República:

- Los señores Agois-Bancharo han declarado que su decisión estuvo motivada en “**impedir que el paquete de acciones termine en manos de La República a causa de la diferente línea editorial**” que existe entre los diarios de ambos grupos, por lo que determinaron negociar con Grupo El Comercio²⁹.
- El señor Mohme, representante de grupo La República, ha declarado que buscó comprar las empresas de Grupo EPENSA con el fin de “balancear el mercado”. Su versión es la siguiente:
 - “El Comercio tiene el 49% del mercado en número de ejemplares, EPENSA alrededor de 28% y La República más o menos 17%.
 - “Juntos EPENSA y La República sumábamos una alternativa que representaba el 43% del mercado frente al 49% de El Comercio y un 5% o 6% de terceros.

²⁷ Entrevista a Gustavo Mohme Seminario, en RPP, 13-9-2013, transcripción, folio 384. Declaración de los señores Agois Bancharo en sus escritos de contestación, folios 291, 609 y 953.

Hay discrepancias respecto del alcance de la operación (¿todo el capital?, ¿solo el capital mayoritario? ¿incluía la creación de una empresa a cargo de la línea editorial que seguiría bajo el mando de Agois Bancharo?) y de los motivos de su inconcreción: según los Demandados (ver sus contestaciones), afirman que a la primera conversación ellos rechazaron la idea; según el señor Mohme (ver entrevista periodística), las negociaciones tuvieron un gran avance, pero cesaron repentinamente sin saber los motivos.

²⁸Entrevista Gustavo Mohme, folio 384, y contestación Agois Bancharo folios 291, 609 y 953.

²⁹Contestación de Agois Bancharo, folios 291, 609 y 953.

- “Eso representaba una dinámica más balanceada del mercado.
- “En el mercado El Comercio tiene una posición dominante, en el sentido de que con menos del 50% de las ventas, manejaba el 80% de la publicidad; y lo que buscábamos era una alternativa sana, que pudiera generar una competencia sana³⁰”.

5.6.- Contrato de compraventa de acciones: GEC adquiere la mayoría del capital social de EPENSA y de ABS

- 60.) Mediante “**contrato de compraventa de acciones**” firmado el **20 agosto 2013**, los señores Agois Banchemo como vendedores se obligan ante Empresa Editora El Comercio y empresa SED como compradores³¹, a adquirir el 54 por ciento de las acciones de propiedad de Agois – Mindreau en las empresas EPENSA y ABS y, una vez adquiridas las acciones, se obligan a transferirlas a las empresas compradoras, por el precio de **17’200,000 dólares**³².
- 61.) El contrato menciona que la misma fecha de la compraventa se había suscrito un **Contrato de préstamo** por el cual los compradores prestaron a los vendedores la cantidad de **17’200,000 dólares** con el fin de que los primeros adquiriesen el paquete de acciones de Agois Paulsen Mindreau³³.

³⁰Entrevista Gustavo Mohme, folio 384.

³¹Las partes que celebran el Contrato de venta de acciones fueron las siguientes:

Compradores: “**Empresa Editora El Comercio, S.A.**”, y “**Servicios Especiales de Edición, S.A.**”.

Vendedores: Olga **BANCHERO Rossi**, y Carlos, Luis, Gabriela y Rossana **AGOIS BANCHERO**, en calidad de propietarios de acciones de las empresas EPENSA, ABS y ABE.

³²El Contrato comprende un cuerpo de **nueve** cláusulas principales (con múltiples incisos), dos cláusulas **adicionales** y **6 anexos** con detalles de las acciones, porcentajes de accionistas, montos pagados, inmuebles, marcas; folios **1,725-1,757**, tomo IV, expediente judicial:

(Cláusula segunda, Objeto del contrato). El objeto del contrato es la adquisición de acciones de tres empresas (EPENSA y ABS, la mayoría del capital, y Alfa Beta Ediciones, S.A. ABE, el 46 por ciento), definidas como:

“Acciones EPENSA”, que son el 54 por ciento de las acciones de **Empresa Periodística Nacional, S.A. EPENSA** (mayoría del capital social de EPENSA),

“Acciones AB”, que son acciones: i)De “**Alfa Beta Sistemas, SAC**” -ABS, que son el 54 por ciento de las acciones (**la mayoría del capital social**) y, ii)De “**Alfa Beta Ediciones, S.A.**” – ABE, se vende el 46 por ciento de las acciones (**menos que la mayoría del capital**).

(Cláusula sexta, Declaraciones y garantías). Los Vendedores declaran y garantizan, por un lado, que “el Anexo 6.1.vi. del contrato incluye un listado de todos los bienes inmuebles y muebles principales de titularidad de las compañías”, y, por otro lado, declaran que “las compañías son titulares de los signos distintivos que se encuentran detallados en el Anexo 6.1.vii del contrato”.

Anexos. “Anexo 6.1.vi. Inmuebles de las compañías”. La relación comprende solo inmuebles (ningún mueble): son 16 inmuebles ubicados en Lima y en ciudades de otros departamentos, cuyo único titular es EpenSA (**folio 1,746**).

“Anexo 6.1.vii, Signos distintivos de las compañías”. La relación comprende decenas de marcas de productos y servicios, mixtos y multiclases, de las clases 16, 41, 35, 38, entre ellas, “La mochila escolar”, “Copa Correo”, “Golazo”, “Sirenita (de EPENSA)”, “Correo Semanal”, “Pandora”, “El Bocón”, “Ojo”, “Ojo clasificados”, “Chiquitas”, “Jaimito sabe todo”, “Por dios y por la plata”, “Grupo EPENSA”, “Palabra de Tenorio, ¡“Ajá!, etc. (de ABS), “Correo”, “Escápate con Correo” (de ABE) (**folios 1,748 ss.**).

³³ (Contrato, Cláusula Quinta, 5.3., ii. Obligaciones de los compradores). “En la fecha de cierre, una vez verificado lo anterior los Compradores deberán pagar en conjunto a los vendedores el precio de compraventa en los montos del Anexo 4.1. mediante compensación del total del precio de compraventa por un importe equivalente a la deuda que mantienen los vendedores frente a los compradores, como consecuencia de un **contrato de préstamo suscrito por las partes en esta misma fecha**. Dicha compensación operará de manera automática.

62.) En resumen, el documento del contrato refleja las siguientes operaciones:

- Los señores Agois Banhero, siendo accionistas del 46 por ciento del capital social de las empresas EPENSA y ABS, recibieron de “El Comercio – SED” un préstamo de 17 millones 200 mil dólares para comprar el 54 por ciento de las acciones de los accionistas mayoritarios Agois Paulsen – Mindreau.
- Los señores Agois Banhero compraron las acciones a los señores Agois Paulsen - Mindreau y se convirtieron momentáneamente en dueños del 100% de EPENSA y ABS, con el compromiso de vender el 54% a El Comercio - SED.
- Los señores Agois Banhero vendieron a El Comercio – SED el 54% de acciones de EPENSA y ABS (la mayoría del capital social) por el precio de 17 millones 200 mil dólares y fueron pagados mediante la compensación del préstamo.
- Con ello, las empresas de Grupo El Comercio obtuvieron la propiedad de la mayoría del capital social de las empresas EPENSA y ABS (relación 54 GEC / 46 Agois Banhero), la propiedad de un lote de acciones no mayoritario de otra empresa, y además la opción de venta futura de otros paquetes de acciones³⁴.

(Contrato, Cláusula Cuarta, Precio de compraventa, y Anexo 4.1.) El precio de la compraventa es de 17,200,000 dólares, cantidad de la cual **12,000,440** dólares fue pagado por Empresa El Comercio, por las “acciones EPENSA” (54 por ciento de acciones de Epensa), y **5.199,560 dólares** fue pagado por empresa SED, por las “acciones AB” (54 por ciento de acciones de ABS y 46 por ciento de acciones de empresa ABE).

³⁴Un panorama más detallado de las obligaciones pactadas en el contrato es el siguiente:

Empresas involucradas. El contrato se refiere a cuatro empresas nominadas EPENSA, ABS, ABE, ABL. Aunque también se habla de “Otras empresas” del grupo familiar Agois, el juzgado ha advertido solo las cuatro mencionadas (s.e.u o. del juzgado).

Respecto de EPENSA y ABS

Venta directa: Se vende el 54 por ciento que era de Agois-Mindreau, pero Agois Banhero se quedan con 46 por ciento, en cada empresa, el mismo porcentaje antes de la operación (Olga BANCHERO **20 por ciento**, Luis AGOIS B. **11 por ciento**, y Carlos, Rossana y María Gabriela AGOIS B. **5 por ciento** c/u).

Opción de venta: El contrato contiene una opción de venta a Grupo El Comercio del porcentaje de acciones que quedó en manos de Agois-Banhero (“segundo paquete de acciones”) (35 por ciento, sin contar el 11% de Luis Agois B.) y se fijó condiciones de plazo, precio, etc.; la compra podrá ser ejercida incluso por una tercera persona **vinculada** a las empresas compradoras o sus accionistas, o por un inversionista seleccionado por ellas (ver Cláusula adicional primera).

Respecto de Alfa Beta Ediciones ABE

Venta directa: Se vende el 46 por ciento que era de Agois-Banhero, quienes se quedan con cero acciones. El comprador GEC no obtiene mayoría del capital social, y el 56 por ciento queda en manos de Agois Paulsen – Mindreau.

Compromiso de esfuerzo de los vendedores para adquirir acciones de ABE y ABL: El contrato contiene el compromiso de los vendedores Agois Banhero en “**hacer sus mejores esfuerzos**” para adquirir las acciones de las empresas Alfa Beta Ediciones y Alfa Beta Logística y venderlas a Grupo El Comercio con el fin de que este adquiera la mayoría del capital social de dicha compañía de la que hasta entonces carece, acciones que después del contrato seguían en propiedad de los accionistas del bloque Agois Paulsen – Mindreau, a saber:

Respecto de empresa ABE, Agois Banhero se compromete en adquirir **8 por ciento** de acciones con el fin de que GEC alcanzara el **54 por ciento** (mayoría del capital), pues ya tenía 46 por ciento, en virtud del contrato.

Respecto de empresa ABL, Agois Banhero se compromete en adquirir el **54 por ciento** de acciones, con el fin de que GEC tenga la mayoría del capital social, teniendo en cuenta que mediante el contrato que analizamos los Agois Banhero no habrían vendido ninguna de las acciones de su porción (no hay más información). (ver Cláusulas principales y Cláusula adicional segunda).

5.7.- Empresa El Comercio comunica la compra de acciones al Mercado de Valores

63.) Mediante **Carta n.º VAL 089-2013 de 22 agosto 2013**³⁵ Empresa Editora El Comercio comunicó a la Superintendencia del Mercado de Valores (ex CONASEV) el acuerdo de transferencia de las acciones de Epensa, con los siguientes términos:

- “El **Grupo El Comercio** (Empresa Editora El Comercio, S.A. y Servicios Especiales de Edición, S.A.) **ha llegado a un acuerdo con el Grupo Agois Banchemo** “para el control de Empresa Periodística Nacional S.A. EPENSA y Alfa Beta Sistemas SAC.
- “El acuerdo contempla que el control de la línea editorial, que incluye la generación y edición de contenidos, estará a cargo del Grupo Agois Banchemo. Para ello EPENSA se dividirá en dos empresas:
 - “Una (*empresa*) de contenidos periodísticos, en la que el Grupo Agois Banchemo tendrá el 100% de la participación accionaria; y
 - “La otra empresa, que tendrá a su cargo la impresión y comercialización de los diarios y de la publicidad. En esta última, Empresa Editora El Comercio tendrá 54% de la participación accionaria y el 46% quedará en manos del Grupo Agois Banchemo”.
- “La inversión realizada el día de ayer para dicho acuerdo es de **\$17.200.000 (dólares)**: de los cuales US\$12.000.440 son por parte de Empresa Editora El Comercio en EPENSA, y US\$5.199.560 dólares por parte de Servicios Especiales de Edición en Alfa Beta Sistemas”.

5.8.- División de EPENSA en dos empresas: “PRENSMART” y “GRUPO EPENSA SAC”

64.) El Contrato de venta de acciones **no** contiene mención al acuerdo para dividir EPENSA en dos empresas a que se refiere la Carta 089 dirigida al Mercado de Valores, una de las cuales tendría “el control de la línea editorial, la generación y edición de contenidos” y que estaría a cargo de los señores Agois Banchemo con el “100% de la participación accionaria”.

65.) No obstante ello, Demandantes y Demandados coinciden en reconocer que la citada empresa “de contenidos periodísticos” de propiedad de los señores Agois sí existe, y prueba de ello es que la propia demanda anexó copia de la Carta n.º **096**, de **3 setiembre 2013**³⁶, donde El Comercio informó a la SMV lo siguiente: “La junta

³⁵Carta 089 de 22-8-2013 (anexada a la demanda, folio 12, tomo 1 del expediente judicial). La Carta señala que comunican el “hecho de importancia” empresarial “según lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores, art. 28, y el Reglamento de hechos de importancia, información reservada y otras comunicaciones Resolución CONASEV 107-2002-EF-94.10”. (A la fecha, la Ley de Mercado de Valores Decreto Legislativo 861 - T.U.O. sigue vigente; en cuanto al Reglamento la norma actual es el Reglamento de Hechos de Importancia e Información Reservada, Resolución de Superintendencia 0005-2014-SMV publicada el 20-03-2014).

³⁶Ver: Carta 096-2013 de El Comercio, folio 28.

de Empresa Periodística Nacional S.A. EPENSA celebrada hoy 3.9.2013 acordó delegar en su directorio la celebración de los actos y contratos que permitan la transferencia de las actividades de generación y edición de contenidos periodísticos de los diarios Correo, Ojo, Ajá, El Bocón y demás publicaciones de EPENSA a favor de la empresa GRUPO EPENSA SAC cuya participación accionaria es 100 por ciento del grupo Agois Banchemo³⁷”.

- 66.) En su contestación, los Demandados precisaron que la otra empresa en la que se ha dividido la ex EPENSA es “PRENSMART, SAC”, compañía que en virtud del acuerdo tendría el giro de “la impresión y comercialización de los diarios y de la publicidad”, sociedad en la cual “Empresa Editora El Comercio tiene 54% de la participación accionaria y el 46% ha quedado en manos del Grupo Agois Banchemo³⁸”.

5.9.- Grupo EPENSA, SAC (GESAC) - (Génesis, etc.)

- 67.) Los Demandados han afirmado que la existencia de la empresa “Grupo EpenSA SAC” (GESAC) es la clave de que la operación de compraventa de acciones no afectó en lo mínimo la pluralidad informativa de los ciudadanos, pues los lectores de la prensa escrita nacional peruana tienen acceso a la misma diversidad de fuentes de información que tenían antes del contrato, debido a que los señores Agois Banchemo (mediante GESAC) siguen produciendo el contenido periodístico e informativo de los diarios de la exEpenSA (*Correo, Ojo, Bocón, Ajá*).

- 68.) Teniendo en cuenta que en las contestaciones los Demandados no han presentado prueba alguna del funcionamiento de la referida empresa Grupo EPENSA SAC, el juzgado ha acudido a fuentes públicas de información y encuentra, por un lado, reportajes publicados en uno de los periódicos de los Demandados (diario Correo) y una investigación universitaria que brinda información de la referida empresa al tiempo de presentada la demanda (2013), a saber:

Reportajes periodísticos de 2016-2017:

- (Hacia 2016) En un reportaje un funcionario de GESAC declara que su redacción “*produce contenido para 29 marcas*” que son propiedad de PrensMart”, “los periódicos Correo, Ojo, El Bocón y sus plataformas digitales, además de El Show y Mujer Pandora” “*desde hace 4 años*”, lo

³⁷En el texto de la demanda los Demandantes se refieren a la empresa de los contenidos periodísticos no con su nombre de “Grupo EpenSA SAC” (o GESAC) sino como “EPENSA 1”, y a la otra empresa como “EPENSA-2” (más adelante sabremos que es PRENSMART SAC).

³⁸Así, pues, los Demandados han afirmado que la ex EPENSA en virtud del contrato de venta de acciones y del “acuerdo” se dividió en dos empresas, una es PRENSMART, SAC, y la otra (como veremos enseguida) sería GRUPO EPENSA SAC (GESAC).

- que ha permitido a GESAC (...) adaptar los contenidos a las diferentes plataformas elegidas por PrenSmart, sociedad editora de las marcas³⁹”.*
- (Hacia 2017) En otro reportaje, el editor Francisco Flores declara que *“los profesionales de Grupo EPENSA SAC elaboran el contenido informativo para las marcas de Prensmart: Correo (14 ediciones), Ojo, El Bocón, Mujer Actual, El Show, Mujer Pandora y Decídete”, “para las marcas de Prensmart”, “a través de las marcas de Prensmart” que es la “sociedad participada de forma mayoritaria por el grupo El Comercio”, y que “las marcas de Prensmart dominan en Perú este nuevo espacio informativa⁴⁰”.*

Investigación Universitaria de 2020:

- En una investigación universitaria de posgrado⁴¹, un autor detalla la génesis de la empresa GESAC, sus características de funcionamiento, y la describe como *“una compañía creada el 11 setiembre 2013”* siendo sus *“socios fundadores, Luis Manuel Agois Banchemo y Luis Damian Agois Sánchez y otros, con 100 % de acciones suscritas por la familia Agois Banchemo; Gerente General, Luis Manuel Agois Banchemo”*;
- *“A partir de la compra de acciones por parte de Grupo El Comercio en agosto 2013 (EPENSA) transfirió únicamente a su personal periodístico (no administrativo) a la nueva empresa: Grupo EPENSA S.A.C; inició operaciones el 1 enero 2014, con un total de 310 trabajadores: 304 periodistas y 6 trabajadores administrativos”, contando para entonces con “los siguientes productos periodísticos: 1.Diarios: Correo, OJO, El Bocón, El Bocón express; 2.Revistas: Correo Semanal, Pandora, Mujer actual, Pasión, Golazo, Decídete y Éxito”.* El autor refiere que, a partir de la operación de venta de acciones de 2013, *“en el espectro nacional periodístico, quedaron mayoritariamente dos grandes grupos: el Grupo La República y el Grupo El Comercio”.*
- *“A partir de la adquisición de EPENSA (entiéndase de las acciones de EPENSA), se suscribió un contrato de dirección y administración, ‘Dirección, administración, gestión, generación y desarrollo de contenidos periodísticos’, con fecha 28 noviembre 2013, entre EPENSA (ahora PRENSMART, empresa del grupo El Comercio) y la empresa Grupo EPENSA S.A.C. Mediante este documento (aún vigente a la fecha de elaboración de la presente investigación), Grupo EPENSA S.A.C. se compromete a prestar de manera exclusiva a EPENSA, el servicio de*

³⁹ Diario Correo. “Una única redacción produce contenido para 29 marcas. La plataforma convergente del Grupo EPENSA es un modelo de referencia en Latinoamérica”. Jaime Cok, publicado el 11/12/2016.
En: <https://diariocorreo.pe/peru/una-unica-redaccion-produce-contenido-para-29-marcas-716959/?ref=dcr>

⁴⁰ Diario Correo. “La oferta informativa de Grupo EPENSA hace historia en Perú. El modelo de convergencia en la redacción es clave en la gestión. GESAC produce contenidos informativos para diferentes plataformas: papel, digital, redes sociales y televisión”. Iveth GUZMÁN CASTILLO. Publicado el 09/04/2017.
En: <https://diariocorreo.pe/miscelanea/la-oferta-informativa-de-grupo-epensa-hace-historia-en-peru-742281/>

⁴¹ Universidad de Piura. Facultad de Comunicación. “Estrategia de comunicación interna para gestionar el impacto del cambio organizacional en el contexto de un proceso de adquisición empresarial: caso Grupo EPENSA S.A.C.”. Autor: Renzo Renteros Valdivia, Trabajo de Investigación para optar el Grado de Máster en Comunicación Estratégica en las Organizaciones, Asesor: Dr. Fernando Huamán Flores, Lima, marzo 2020.
<https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4567>

dirección, administración, gestión, generación, desarrollo y provisión de contenido periodístico, informativo y de opinión, debidamente diseñado y programado, para que pueda ser publicado en todas las marcas de propiedad del Grupo El Comercio, a cambio de una contraprestación económica. Entre las principales condiciones de este contrato, se destacan: a) La exclusividad; es decir, Grupo EPENSA S.A.C., no podrá prestar servicios a otra persona natural o jurídica que no sea EPENSA (entiéndase PRENSMART). b) La independencia de la línea editorial, contenido y conducción periodística por parte de la familia Agois Banchemo, mediante su empresa (Grupo EPENSA S.A.C.). En este sentido, EPENSA (entiéndase PRENSMART) se dedicaría exclusivamente a la industria gráfica en general, correspondiente a la impresión, distribución y circulación de diarios, así como a la comercialización de espacios publicitarios en diarios, revistas u otros medios de comunicación, más no a la labor periodística. De otro lado, Grupo EPENSA S.A.C. se dedicaría exclusivamente a la labor de generación de contenido periodístico.⁴²

HECHO “C”

AL TIEMPO DE LA DEMANDA - 2013

5.10.-El grupo económico “Grupo El Comercio” (GEC) al tiempo de la demanda (2013)

69.) La codemandada Empresa Editora El Comercio S.A. (y también Servicios Especiales de Edición S.A., con la que compró las acciones de EPENSA) ha señalado en distintas ocasiones formar parte del grupo económico denominado Grupo El Comercio, y es una compañía que se encuentra registrada en el Mercado de Valores como sociedad emisora de valores. Según el organigrama remitido por Empresa El Comercio a la Superintendencia del Mercado de Valores luego de la compra de acciones de las empresas EPENSA y ALFA BETA SISTEMAS, estas compañías aparecen como suyas y/o bajo su control. En tal sentido, iniciamos el relato del caso reproduciendo los hechos, la historia y las características relevantes del Grupo El Comercio en los términos expresados por la propia Empresa El Comercio (cf. Anexos de la demanda: Datos generales de grupo económico e integrantes del grupo económico, folios 14-37; Documento de Información Anual 2013, remitido a la SMV como anexo de la Memoria Anual 2013, disponible en internet)⁴³.

5.10.1.- ¿Qué es Empresa Editora El Comercio?

⁴² En Renteros (2020), antes citado.

⁴³ “Principios de buen gobierno (anexo a la Memoria)” o “Documento de Información Anual 2013”, con “fecha de presentación 7-3-2014”. Disponible en:
<https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Documento%20de%20Informacion%20Anual%202013.pdf>

70.) “Empresa Editora El Comercio es una persona jurídica que fue constituida por Escritura Pública de fecha 13 Setiembre 1991 e inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao (SUNARP Superintendencia Nacional de Registros Públicos)”, (Documento de Información Anual 2013). Al 31 diciembre 2013, tenía “acciones comunes con derecho a voto: 236,373,888 acciones representativas del capital social, de valor nominal S/.1.00 cada una, enteramente suscritas y pagadas (y) Acciones de Inversión: 116,004,512 acciones, de valor nominal S/.1.00 cada una, enteramente suscritas y pagadas”, “una Estructura Accionaria con Accionistas con 5% ó más del capital social: *un accionista don José Graña Miró Quesada, con 6.17%*”. “*La sociedad tiene el CIU: 2212 Edición de Periódicos, Revistas y Publicaciones Periódicas*” (Clasificador Internacional Industrial Uniforme), “*su objeto principal es la edición, publicación y distribución del diario **El Comercio**, y se dedica además a lo siguiente*”:

- “Edición, publicación y distribución de libros, revistas, folletos, diarios, videos, CD’s, semanarios y todo tipo de publicaciones gráficas;
- “Producción y distribución de noticias, de servicios informativos y de entretenimiento en cualquiera de sus formas y a través de cualquier medio de comunicación;
- “Canaliza sus inversiones a medios de comunicación radiales, televisivos o similares;
- “Actividades de transmisión y radiodifusión de datos;
- “Desarrollo y comercialización de programas de computación;
- “Desarrollo y comercialización de programas y/o productos de multimedia e interactivos en general;
- “Comercialización e instalación de infraestructura, equipos, redes y demás facilidades de telecomunicaciones e informática;
- “Representación y comercialización de productos y servicios de telecomunicaciones e informática de terceros;
- “Prestación de servicios de capacitación, adiestramiento, soporte técnico, mantenimiento y asesoría en el campo de la informática y de las comunicaciones”.

5.10.2.- Algunas Empresas conformantes del “GEC”

71.) “Empresa Editora El Comercio S.A., pertenece al grupo económico “Grupo El Comercio”, conformado por:

- Servicios Especiales de Edición S.A., dedicada a la negociación y tenencia de valores mobiliarios; así como la edición, publicación, distribución y reparto de libros en general.
- Prensa Popular S.A.C., dedicada a la generación de contenidos en general, incluyendo la producción y edición de contenidos periodísticos orientados al público en general; es propietaria de los **diarios Trome y Perú.21**.
- Orbis Ventures S.A.C., dedicada a la captación, producción, almacenamiento, clasificación, procesamiento, comercialización, transmisión y retransmisión de **información multimedia**, brindando servicios de comunicaciones, desarrollando y operando sitios web.

- Inmobiliaria El Sol del Perú S.A., cuyo objeto social es la **compraventa de bienes inmuebles**, así como el arrendamiento de los mismos, y todas aquellas actividades propias de la actividad inmobiliaria.
- Zetta Comunicadores del Perú S.A. E.M.A., dedicada al desarrollo de actividades de servicios relacionados al **sector gráfico en general**: pre prensa digital que incluye diseño, escaneo, prueba de color, filmación, fotografía digital y grabación de planchas análogas y digitales para impresión offset y flexografía.
- EC Jobs S.A.C., su actividad principal es la prestación de servicios de recursos humanos, a través de la búsqueda, evaluación y **selección de personal**, utilizando herramientas de internet.
- Grupo TV Perú S.A.C., dedicada a **servicios de radiodifusión por televisión** y de telecomunicaciones en general y servicios conexos. **Canal América TV, canal N.**
- Producciones Cantabria S.A.C., titular de las marcas relacionadas con la publicación del diario de economía y negocios **diario Gestión**.
- Revistas Amauta S.A.C., su actividad principal es la prestación de **servicios de impresión** y acabados gráficos en general, en especial la de imprimir, editar, publicar, vender, distribuir, importar y exportar toda clase de libros, revistas, diarios, publicaciones y toda clase de impresiones en general, así como cualquier otro artículo de la industria gráfica o de ediciones.
- Punto y Coma Editores S.A.C., su actividad principal es la importación, exportación, edición y **comercialización de libros**, periódicos, revistas y publicaciones en general
- Suscripciones Integrales S.A.C., su actividad principal es la prestación de **servicios de impulso de suscripciones** y productos en general, servicios de telemarketing.
- Vigenta Inmobiliaria S.A.C. constituida el 25 de enero del 2012, la empresa está dedicada a la **compraventa de inmuebles** y **desarrollo de proyectos inmobiliarios**.
- Vigenta Entretenimiento S.A.C. El 22 de febrero del 2013, el Grupo El Comercio a través de Vigenta Entretenimiento S.A.C. adquirió 70% acciones de las **Atracciones Coney Island S.A.C.** y **Yukids Perú S.A.C.**
- Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. constituida el 2 de abril del 2012, la empresa está dedicada a la prestación de **servicios de impresión** y acabados gráficos en general, en especial la de imprimir, editar, publicar, vender, distribuir, importar y exportar toda clase de libros, revistas y toda clase de impresiones en general.
- Vigenta Educación S.A.C. Fue constituida el 12 de febrero del 2013 y se dedica principalmente a brindar **servicios educativos**.
- Vigenta Servicios Empresariales S.A.C. Constituida el 21 de octubre del 2013, la empresa está dedicada ofrecer **servicios de impresión**, edición, publicación, distribución y comercialización de libros, periódicos, revistas y suplementos y otras publicaciones, incluyendo los medios digitales. El objeto social incluye la gestión de inversiones y negocios relacionados con **proyectos inmobiliarios** y afines. Asimismo, servicios referidos a los **recursos humanos** y la gestión del talento.
- Empresa Periodística Nacional S.A., constituida mediante escritura pública de fecha 22 de marzo de 1962.
- Alfa Beta Sistemas S.A.C., constituida mediante escritura pública de fecha 11 de abril de 1980.

“Nota: Según el informe anual del 2013 sólo se han incluido aquellas empresas donde Empresa Editora El Comercio, S.A., tiene directamente más del 50% de participación en el capital social”.

5.10.3.- Evolución de Operaciones del GEC

72.) En cuanto a la “evolución de sus Operaciones”, el Informe del 2013 indica como “eventos importantes”, los siguientes antecedentes:

- En 1991, tuvo la denominación de “Infobanco S.A. – Servicios Teleinformáticos”, “Servicios Teleinformáticos S.A.”, en 1996 un conjunto de otras sociedades (Empresa Editora El Comercio S.A., Servicios Especiales de Edición S.A., Derivados Generales S.A., Establecimiento Gráfico Amauta S.A. y Servicios Teleinformáticos S.A.) se fusionaron a Empresa Editora El Comercio S.A.
- En 1996, adquirió una rotativa Goss Newsliner y equipos auxiliares, maquinaria que ha permitido a El Comercio ubicarse a la vanguardia tecnológica en el país, siendo considerada en ese entonces por los fabricantes como la planta modelo en Sudamérica; en 1998 adquirió una rotativa comercial Heildelberg M600 B24 Autoplate Web Offset, que aumentó nuestra capacidad de impresión comercial para revistas, coleccionables y encartes.
- En 1998, se constituye El Comercio Producciones S.A.C. (**Canal N**), proyecto para producir contenido noticioso para televisión por cable, que sale “al aire” el 4 julio 1999 en el **canal 8 de Cable Mágico**⁴⁴.
- En 2000, se constituyó “elcomercioperu.com.pe S.A.A.”, adquiere el 51% del capital social de Zetta Comunicadores del Perú S.A. E.M.A., dedicada al servicio de pre prensa comercial, que complementa el creciente esfuerzo y éxito en el rubro de impresión comercial, y adquiere un paquete accionario hasta alcanzar el 99.99% del capital social de Radio El Sol Promotora Siglo XX S.A., con licencia de radiodifusión en las frecuencias AM, FM y onda corta, en operación desde 1950.
- En 2001, se constituye la empresa EC Jobshark.S.A.C., de servicios de recursos humanos, búsqueda, evaluación y selección de personal.
- En 2003, adquirió activos fijos: Torre adicional de color Goss Newsliner para ampliación de color de 20 a 28 páginas, Rotativa Semicomercial Tensor, Transportador UTR, Rotativa Heildelberg M600 A24, Impresora de Pliegos y Terreno de 1,070 m2 adyacente a nuestra Planta de Impresiones Comerciales, por un total de US\$9'122,470, con arrendamiento financiero.
- En 2003, la sociedad con Redes de Colombia S.A. y Compañía Impresora Peruana S.A., desarrollaron una estrategia legal y económica, que al 28 febrero 2003 les ha permitido detentar aproximadamente el 54.00% de los créditos reconocidos en la Junta de Acreedores de “Compañía Peruana de Radiodifusión S.A.” – Canal 4 o América TV - teniendo como principal objetivo repotenciar y volver viable económicamente a Canal 4. En 2003 la sociedad con Redes de Colombia S.A. (principal accionista de Caracol Televisión) constituyeron la sociedad holding Grupo TV Perú S.A.C, cada una con el 50% del capital social. En 2003 también, Grupo TV Perú S.A.C. y Compañía Impresora Peruana S.A., constituyeron la sociedad Plural TV S.A.C., en la cual Grupo TV Perú S.A.C. es titular del 66.67% del capital y Compañía Impresora Peruana S.A. es titular del 33.33% restante. Asimismo, en 2003 Plural TV S.A.C. compró las acciones de Canal N S.A.C. – Canal N – por un precio de (en miles) US\$3,200” (*sic*). Finalmente, el mismo 2003 Empresa Editora El Comercio S.A. transfirió a terceros el íntegro de su participación en Radio El Sol Promotora Siglo Veinte S.A., el 99.99% del capital”.
- En 2007, la sociedad adquirió el 99% de las acciones de Producciones Cantabria S.A.C., titular del diario de economía y negocios Gestión, y desde 2008 Grupo

⁴⁴ Cable Mágico es desde 2011 “Movistar TV”, cuyo operador es Telefónica del Perú, S.A.A.

El Comercio se encarga de la edición, impresión y distribución del diario Gestión.

- En 2007, también, la sociedad compró a “Prime Media Ltda.” el 50% del capital social de Grupo TV Perú S.A.C. E.M.A., con lo cual Empresa Editora El Comercio S.A. pasó a tener el 99.99% de dicha compañía, la cual es titular del 70% del capital de Plural TV S.A.C., la que a su vez controla Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. – Canal 4 y Productora Peruana de Información S.A.C. – Canal N.
- Ese mismo año 2007, la sociedad inauguró en Chiclayo la primera etapa de su planta norte, acordó la ejecución del proyecto de ampliación de la capacidad de impresión de la planta de impresión de diarios de Lima y de la zona de despacho a un costo de US\$6,952,300.
- En 2008, se constituyó Dataimágenes S.A.C., empresa en la que Computec de Colombia y Empresa Editora El Comercio S.A., participan cada uno con el 50% en el capital social, empresa dedicada a la impresión digital de data variable y con lo último en tecnología y maquinarias modernas a nivel de todo Sudamérica; en 2008 también la sociedad acordó la ejecución del proyecto de ampliación de la planta de impresiones comerciales a un costo de US\$12,556,598, que permitirá duplicar la capacidad de impresión comercial.
- En 2011, el INDECOPI declaró la conclusión del Procedimiento Concursal Ordinario de Cía. Peruana de Radiodifusión S.A.
- En 2013, el Grupo El Comercio a través de Vigenta Entretenimiento S.A.C. adquirió 70% acciones de Atracciones Coney Island S.A.C., y Yukids Perú S.A.C.; y a través de Vigenta Educación S.A.C. se convirtió en titular del 96% acciones de Proyectos Educativos Integrales del Perú S.A.C.
- En 2013, Grupo El Comercio (Empresa Editora El Comercio S.A. y Servicios de Especiales de Edición S.A.) llegó a un acuerdo con el Grupo Agois Banquero para el control de **Empresa Periodística Nacional S.A. (EPENSA)** y **Alfa Beta Sistemas SAC** (.) con una inversión de \$ 17'200,000.

5.10.4.- Relación de todas las empresas del GEC según su razón social

73.) En otra parte del Documento, Empresa Editora El Comercio S.A. hace una relación de todas las empresas del grupo económico según su razón social⁴⁵:

- Servicios Especiales de Edición S.A.
- Prensa Popular S.A.C.
- Publiqualy S.A.C.
- Orbis Ventures S.A.C.
- Zetta Comunicadores del Perú S.A. E.M.A.
- Ec Jobs S.A.C.
- Grupo Tv Perú S.A.C.
- Producciones Cantabria S.A.C.
- Revistas Amauta S.A.C.
- Punto y Coma Editores S.A.C.
- Dataimágenes S.A.C.
- Suscripciones Integrales S.A.C.
- Houseonline S.A.

⁴⁵ Lo hace en el capítulo en que la Empresa emisora debe “indicar si la sociedad de auditoría contratada para dictaminar los estados financieros de la Empresa correspondientes al ejercicio materia del presente informe, dictaminó también los estados financieros del mismo ejercicio para otras empresas de su grupo económico”. La Empresa responde (X) SÍ” y pasa a detallar la “Razón social de las empresas del Grupo Económico”.

- Plural Tv S.A.C.
- Compañía Peruana de Radiodifusión S.A.
- Productora Peruana de Información S.A.C.
- Inmobiliaria El Sol del Perú S.A.
- Vigenta Inmobiliaria S.A.C.
- Vigenta Entretenimiento S.A.C.
- Atracciones Coney Island S.A.C.
- Amauta Impresiones Comerciales S.A.C.
- Vigenta Educación S.A.C.
- Proyectos Educativos Integrales del Perú S.A.C.
- Instituto de Educación Superior Tecnológico Privado Peruano Alemán S.A.C.
- Edificio Leonard S.A.
- Vigenta Servicios Empresariales S.A.C.
- Empresa Periodística Nacional S.A.

5.10.5.- El Comercio en el sector de medios de comunicación escritos

74.) En el mismo informe, Empresa Editora El Comercio S.A. señala como “Descripción del Sector”, que la compañía “pertenece al sector de los medios de comunicación escritos, donde se encuentra posicionada como la empresa líder del sector, tanto en lectoría como en inversión publicitaria”. Además, afirma que “La competencia directa que enfrenta la empresa la constituyen los otros medios de comunicación escritos (diarios y revistas); sin embargo, por su nivel de lectoría, los diarios editados por la empresa mantienen un claro liderazgo en su segmento”:

- El diario El Comercio tiene un alcance neto de 5.0%,
- Perú.21 tiene un alcance neto de 3.4%,
- Trome tiene un alcance neto de 31.9%,
- Gestión tiene un alcance neto de 0.8%,
- Depor tiene un alcance neto de 4.8% (Fuente: MRP Estudio de Lectoría de Diarios y Revistas en Lima Metropolitana enero a diciembre 2013).

5.10.6.- El Comercio en el sector de captación de inversión publicitaria de medios de comunicación audiovisuales (radio y televisión) y medios digitales

75.) El informe también señala que “adicionalmente, El Comercio enfrenta, en la captación de inversión publicitaria, la competencia de los medios de comunicación audiovisuales (radio y televisión) y medios digitales”.

5.10.7.- Unidades de negocios del GEC

76.) En la Memoria Anual 2013⁴⁶, dirigida al Mercado de Valores, Empresa Editora El Comercio S.A., señala que “el grupo definió a inicios del año su estrategia de crecimiento para las unidades de negocio existentes, y abrió las puertas a su estrategia de

⁴⁶ “Memoria Anual 2013”, con “fecha de presentación 7-3-2014”. Disponible en: <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Memoria%202012.pdf>

diversificación en negocios afines incorporando los negocios de educación y entretenimiento”:

- Unidad de Negocio El Comercio (*diario El Comercio*)⁴⁷.
- Unidad de Negocio Otros diarios | Prensa Popular (*diarios Trome, Perú 21, Gestión, Depor y Publimetro*)⁴⁸.
- Unidad de Negocios Revistas⁴⁹.
- Unidad de Negocio Televisión América TV⁵⁰.
- Unidad de Negocio Servicios Empresariales⁵¹.
- Unidad de Negocio Educación⁵².
- Unidad de Negocio Entretenimiento⁵³.

⁴⁷“Unidad de Negocio: El Comercio”. En 2013 “se hizo efectivo el proceso de integración de las redacciones (papel y digital), así como el rediseño de la página web”, “El Comercio mantuvo su liderazgo como el diario serio más leído. En los últimos meses se ha crecido de manera consecutiva terminando el año con 365 mil lectores”; “en materia digital, la edición online de El Comercio registró cifras históricas, llegando a impactar a 10.6 millones de usuarios únicos mensuales, lo que representa un incremento de 29% en relación con el año anterior”.

⁴⁸“Unidad de Negocio: Otros diarios | Prensa Popular”. Describe el estado de los otros diarios del grupo: **Trome**, Perú 21, **Gestión**, Depor y **Publimetro**. En cuanto a diario “**Trome**” “obtuvo como resultado un 7% de crecimiento en promedio anual en circulación a nivel nacional” y “la lectoría creció 9,3% en Lima y 3,2% en provincias; a nivel nacional superamos los 2 millones y medio de personas que leen Trome cada día, reforzando así el **liderazgo en el país**”; “la web de **Trome** ha permitido un crecimiento de 94% en visitantes únicos, sobrepasando los 3 millones en visitantes”. En cuanto a “Perú.21” “el nivel promedio de venta diario creció 7% a nivel nacional” y “la lectoría a nivel nacional creció en 18,8% comparado con el año anterior”; “la versión web de Perú21 (...) en visitantes únicos mensuales creció en un 60% comparado con el cierre del año anterior; logrando superar los 5 millones de usuarios únicos”. En cuanto a **Gestión**, “en términos de ingresos, en circulación el nivel promedio de venta diaria creció 16% y la inversión publicitaria creció 32%, la web de Gestión duplicó el número de visitantes únicos mensuales, superando el millón de usuarios únicos por mes”. En cuanto a **Depor**, “consolidó su posición de **líder del mercado de diarios deportivos** a nivel nacional, logrando un crecimiento en circulación de 11%, un 18% en lectoría y un 18% en ingresos publicitarios; en 2013 se relanzó la web de Depor, con un crecimiento de 64% en visitantes únicos comparado con el año 2012”. Finalmente, en cuanto a “**Publimetro**” “los anunciantes aumentaron la inversión publicitaria”.

⁴⁹“Unidad de Negocios Revistas”. Las Revistas Hola!, G de Gestión, Ruedas & Tuercas, Vamos y CasayMás, han tenido “un incremento del 21% en la cantidad de ejemplares vendidos con respecto al 2012”, la revista “Somos”, en la “posición de la revista líder en circulación, lectoría y facturación publicitaria, con 788,109 lectores, un crecimiento del 24% con respecto al año anterior (Media Research Perú, Informe de noviembre 2013)”, revista “¡Hola! Perú”, “con 84,016 lectores, que representa un crecimiento del 42% con respecto al año anterior”, revista “G de Gestión”, en la “posición de la revista de negocios más leída del país, llegando a contar con 51,882 lectores, un crecimiento del 68% respecto al periodo anterior” y “con una venta de más de 29,000 revistas su liderazgo como la revista de negocios con mayor venta a nivel nacional”. Asimismo, se mencionan la revista especializada en Gestión del Talento “Aptitus”, la revista “CasayMás”, la revista “Vamos”, la revista “Ruedas & Tuercas”, “revista automotriz más leída a nivel nacional con 71,032 lectores, 107% de crecimiento con respecto al periodo anterior”.

⁵⁰“Unidad de Negocio Televisión AMERICA TV”. “En el año 2013 los ingresos se incrementaron en 12% respecto al año anterior (2012) totalizando S/405.39 millones, cifra que sitúa a América TV por undécimo año consecutivo como empresa líder en la televisión de señal abierta”, “continúo liderando los primeros puestos de audiencia, con producción cien por ciento nacional, variada, sana, entretenida y atractiva para el televidente (serie “Al fondo hay sitio”, el formato para audiencias juveniles “Esto es Guerra” “enmarcado en competencias de alto nivel (...) es el programa favorito de la audiencia juvenil, ícono de la nueva generación de artistas y talento nacional”.

⁵¹“Unidad de Negocio Servicios Empresariales”. “Creció 10 % por encima del año anterior”. “Impresiones Comerciales Amauta”, “Zetta Comunicadores” donde “iniciamos el nuevo negocio de Etiquetas”; “nos consolidamos en PrePrensa como principal proveedor de servicios de los grandes almacenes creciendo más de 10%”, “se creció en 12 por ciento en operaciones industriales de Flexo”; en “Dataimágenes” se logró un crecimiento en las ventas de 14% sobre el año anterior con una participación de 25% del mercado”; “iniciamos el negocio de geo referenciación y manejo de bases de datos para Clientes”.

⁵²“Unidad de Negocio Educación”. “Se adquirió el 96% del Instituto Peruano Alemán (IPAL), con una infraestructura de 10 mil m2 y más de 5 mil estudiantes de NSE C y D”; “se optó por relanzar el instituto con una nueva marca Avansys”.

- Unidad de Negocio Transaccionales⁵⁴.

5.10.8.- Circulación de los diarios del GEC en 2013

77.) En cuanto a la “Circulación” de los diarios del grupo en 2013, el documento menciona que “la Circulación, a nivel nacional de sus marcas creció en 6.59% en relación con el año 2012. Las ventas en provincias de sus marcas representan el 28.43 % del total de ventas a nivel nacional en el 2013 (...)

- “Las ventas de TROME Norte crecieron en 8.32 % respecto al 2012. En el caso de TROME Sur la venta neta creció 12.85%.
- “En el caso de Perú 21 Norte, las ventas se incrementaron en 17.90% y Perú 21 Sur creció en 41.42%.
- “La venta de ejemplares de Gestión tuvo un crecimiento de 16.73%. En el caso de DEPOR, su venta neta total nacional tuvo un crecimiento de 5.19 %.
- (En capítulo de Plataforma Digital) señala: “Adicionalmente trabajaron rediseños de los sitios: Depor.pe, publometro.pe y trome.pe; Depor se siguió consolidando como **el diario más leído en el rubro de deportes** y Trome buscó posicionarse como **el diario de farándula más visitado** en el Perú”.
- En “PUBLICIDAD”, “el año 2013 la empresa siguió manteniendo su solidez y liderazgo en el mercado publicitario, gracias al crecimiento de sus ingresos. Se logró un incremento por ventas de publicidad de un 8.48% respecto al año anterior”. “Ofreció soluciones de publicidad **multimedios** a los clientes a partir de un portafolio potente y variado con el cual llegar con sus productos y servicios a diferentes públicos objetivos, siguió siendo uno de los enfoques más importantes de la estrategia comercial. Se construyeron propuestas orientadas a satisfacer las necesidades de segmentos de anunciantes, con una combinación de productos y una coherencia tarifaria que permitió tener una mayor apertura de mercado de publicidad e incrementar la cartera de clientes.

HECHO “D”

DESPUÉS DEL CONTRATO - 2013-2020

5.11.-Evolución del Grupo El Comercio periodo 2013-2020

⁵³“Unidad de Negocio Entretenimiento”. “Conforme a la visión estratégica de diversificación del Grupo El Comercio, se adquirió el 70% de Atracciones Coney Island S.A., empresa líder de centros de entretenimiento familiar con aproximadamente 50 locales en los principales centros comerciales a nivel nacional que proporciona acceso a espacios sanos y seguros para la recreación familiar y juvenil, sector considerado como parte del mix básico de servicios a ser ofrecido por los centros comerciales a sus respectivas audiencias y clientes”. “Esta plataforma de entretenimiento familiar acompaña el dinámico crecimiento local de centros comerciales y el desarrollo de los hábitos de consumo moderno y genera **espacios de sinergia natural entre el sector de medios de comunicación y el de entretenimiento familiar** produciendo espacios de diferenciación en el sector”.

⁵⁴“Unidad de Negocio Transaccionales”. “Urbania”, “logró un incremento de 7% de producción”, y “los incrementos más relevantes se mostraron en los avisos desplegados de Urbania El Comercio (5%) y Urbania Trome (23%); en diciembre se relanzó la versión web Urbania.pe para la búsqueda y venta de inmuebles”, “Urbania.pe ha mantenido el liderazgo de visitantes en su categoría, logrando más de 300,000 visitantes únicos mensual, un 30% por encima del promedio 2012”. “Neoauto” (avisos de automotores) “mantuvo su liderazgo absoluto de la categoría”, “con crecimiento promedio de 64% de lectoría impresa y 16% en visitantes únicos web”. También se menciona a “Aptitus”, para “clientes empleadores y buscadores de empleo”, con “el sitio aptitus.com llegando a finales del año con más de 350,000 visitantes únicos mensuales, un crecimiento de 44% respecto al 2012”. Respecto de “Nuestro Mercado – Kotear”, “se fusionaron los sitios nuestromercado.com y kotear.pe (...) sitio de clasificados basado en guías temáticas”.

78.) En esta sección describimos los aspectos más resaltantes que sucedieron con posterioridad a la celebración del contrato en cuestión.

5.11.1.- Después de la transferencia de acciones

79.) **Cierre del diario Ajá:** El diario “Ajá” (uno de los cuatro diarios que editaba EPENSA antes de la venta de acciones) dejó de circular en diciembre 2013, poco tiempo después del contrato de agosto 2013. Su última edición impresa y digital fue el 30-12-2013. “Ajá” fue considerado uno de los **diarios “chicha”** emblemáticos del periodismo peruano de estas dos décadas. En ninguno de sus Escritos, los Demandados han mencionado este hecho relevante. En la búsqueda realizada por el juzgado en los portales de los diarios de ambos grupos (El Comercio y EPENSA) tampoco se ha encontrado registro o noticia del hecho. En cuanto a las razones del retiro del diario, el juzgado ha obtenido hasta 4 versiones, tres noticiosas y una tesis de investigación universitaria: unas versiones niegan que la causa del cierre sea la fusión con GEC; otras versiones atribuyen la causa directamente al dominio de GEC sobre las empresas adquiridas⁵⁵.

80.) **Cierre de las revistas Correo Semanal y Pandora:** En 2015, dos años después de la venta de acciones, también dejó de circular la revista “Correo Semanal”, otra de las marcas periodísticas (además de los cuatro diarios) que poseía el grupo EPENSA⁵⁶. En ninguno de sus Escritos, los Demandados han mencionado este hecho. El juzgado ha obtenido en internet un titular de la revista “Hildebrandt en sus trece” y algunos detalles en una investigación académica de una facultad de periodismo⁵⁷.

⁵⁵En todo caso, llama la atención que respecto de un hecho de gran importancia como fue **el cierre de uno de los cuatro periódicos** que a la fecha de la venta de acciones (agosto 2013) venía circulando normalmente, “Ajá” que fue uno de los **diarios “chicha”** emblemáticos del periodismo peruano de estas dos décadas, en todos los diarios de Grupo El Comercio (o de la ex Epensa) no subsista en internet el menor registro de alguna noticia sobre ese acontecimiento.

⁵⁶ En los Anexos del Contrato además de los cuadros de “acciones de titularidad de los vendedores”, de “acciones materia de transferencia”, de montos y porcentajes de “pago de precio de compraventa”, de “asiento de matrícula de acciones”, de “inmuebles de las compañías”, todos de titularidad de EPENSA, hubo un Anexo de “signos distintivos de las compañías”, con detalle de decenas de marcas de titularidad (unas de EPENSA, otras de ABS y algunas de ABE), entre ellas las referidas a los diarios “Correo”, “Ajá”, “El Bocón” (mencionados ampliamente en todo el cuerpo de esta sentencia), y las que hoy nombramos revistas “Pandora” y “Correo Semanal”.

⁵⁷ Una versión sostiene lo siguiente:

“En 2016, Prensmart (Grupo El Comercio) dispuso el cierre de la revista Correo Semanal por razones de rentabilidad. Ocurrió lo mismo con la revista Pandora. El jefe del proyecto de conversión, Francisco Flores Giménez, precisa los impactos entre el personal periodístico: Hubo una reducción aproximadamente del 25% de personal. Luego hubo una transformación del personal que quedaba, es decir, salía uno y entraba otro, pero con otro perfil. Se fue la gente que no quería seguir, que decían que trabajaban para una sola marca, y fue sustituida por gente que estaba dispuesta a enfrentarse a un nuevo modelo de producción”.

5.11.2.- Evolución de las empresas

PRENSMART, ABS, EDITORA EL COMERCIO, SED, PRENSA POPULAR, después de la transferencia de acciones

- 81.) En la Memoria Anual de Grupo El Comercio correspondiente al año 2013 presentada a la SMV en marzo 2014 (cuyos hechos relevantes han sido transcritos arriba), Empresa El Comercio informaba que a esa fecha el capital social de PRENSMART se dividía entre Grupo El Comercio y Agois Banchemo en proporción de 54/46 por ciento.
- 82.) Mediante Carta dirigida a la SMV, Empresa El Comercio comunicó como hecho de importancia que el día 6-4-2018 adquirió un paquete de 36 por ciento de la siguiente compañía:
-PRENSMART SAC (la ex EPENSA), con lo cual Grupo El Comercio pasó a detentar el 100 por ciento del capital social de PRENSMART, “tal como estaba previsto en la operación celebrada en 2013”.
- 83.) Con la misma comunicación del 6-4-2018 Empresa El Comercio informó también a la SMV que Grupo El Comercio había adquirido la totalidad del capital social de otras dos empresas en las que hasta entonces los señores Agois Banchemo tenían todavía una participación minoritaria:
-ALFA BETA SISTEMAS, SAC, ABS (cuyas acciones forman parte de la operación de 2013) y
-JORSAR SAC, otra empresa que como EPENSA y ABS antes de 2013 eran de propiedad exclusiva de la familia Agois Banchemo⁵⁸.

“Conclusiones (.) 5.- Entre los efectos negativos debemos citar el cierre de varias publicaciones como el diario popular, Ajá, la revista Correo Semanal, la cancelación de la Unidad de Investigación, el estancamiento de los salarios y el incremento de la carga de tareas en cada jornada”.

En Yésica TOUZETT ARONES, Universidad Jaime Bausate y Meza, Facultad de Ciencias de la Comunicación Social, Escuela Profesional de Periodismo, Monografía “Efectos Laborales en el Grupo EPENSA a raíz de la Convergencia. Caso: Diarios Correo y Ojo” Lima, 2017.

http://repositorio.bausate.edu.pe/bitstream/handle/bausate/112/TOUZETT_ARONES_YESICA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

“Correo Semanal descansa en paz”, fue el titular del semanario “Hildebrandt en sus trece” en su edición número 257, de 3 julio 2015.

https://www.facebook.com/semanariohildebrandtensustrece/photos/a.149565431758142.23495.149560055092013/876514409063237/?type=3&comment_tracking=%7B%22m%22%3A%22O%22%7D

El Juzgado ha encontrado una noticia política relacionada con la actividad de dicha Revista, poco antes de cerrar: En febrero de 2015 el diario Correo publicó una nota titulada “Ana Jara anuncia cierre de la Dini por espionaje denunciado por Correo Semanal”, en la que explica que al cerrar la oficina de espionaje el Gobierno de Humala Tasso “estaría reconociendo ciertas irregularidades en este aparato adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), luego de conocerse el reglaje del que fueron víctimas tanto políticos de oposición como aliados del Gobierno, tal como lo reveló la revista Correo Semanal en el último mes”. Edición del 10-2-2015.

<https://diariocorreo.pe/politica/gobierno-cierra-la-dini-por-reglajes-denunciado-por-correo-563860/?ref=dcr->

⁵⁸El hecho está registrado en noticias publicadas en dos diarios de los Demandados.

En el diario Correo, ver edición web de 8-4-2018.

- 84.) Es un hecho comprobado, pues, que desde 2018 la propiedad del accionariado de PRENSMART (división de EPENSA) y de ABS que en 2013 era 54/46 para El Comercio / Agois Banchemo, ahora es de 100/00⁵⁹, esto es, de actual propiedad exclusiva de Grupo El Comercio.
- 85.) Mediante Memoria Anual de 2014 la Empresa Editora El Comercio informó que su **Junta General** de Accionistas de 19 marzo **2014** había acordado cambiar la denominación social de la sociedad a **“Vigenta Inversiones, S.A.”** y delegó al Directorio la oportunidad en que se ejecutará y entrará en vigor dicho acuerdo⁶⁰. Este Juzgado no ha recibido comunicación formal de la ejecución del acuerdo de *cambio de denominación social* de El Comercio. Por ello, el Juzgado presume que Editora El Comercio sigue llamándose así.
- 86.) Mediante documento comunicado a la SMV, se informa que, en 2013, Servicios Especiales de Edición SAC (SED) era la propietaria de la empresa "Prensa Popular, SAC", la cual a su vez era la propietaria de los diarios de marcas "Perú 21", "Trome", "Depor", "Gestión", "Publimetro" (de esta última, la franquicia).
- 87.) Mediante la Memoria Anual de la empresa “Prensa Popular SAC” (conformante de Grupo El Comercio) de 2016, la situación descrita (respecto de empresa SED) se mantenía tres años después hacia 2016⁶¹, y empresa SED y Editora El Comercio seguían apareciendo como titulares del sitio web del diario El Comercio⁶².

En el diario El Comercio, edición digital del 7 abril 2018, bajo el titular de “Grupo El Comercio completó la compra de Prensart”, se informa que la empresa Jorsar S.A.C., es la propietaria del edificio donde opera Prensart en Santa Catalina (distrito La Victoria, Lima), y que Alfa Beta Sistemas S.A.C., es titular de las marcas de los diarios “Correo”, “El Bocón” y “Ojo”.

<https://elcomercio.pe/economia/grupo-comercio-completo-compra-prensart-noticia-510379-noticia/>.

En el portal de la SMV, el hecho está descrito en Informe de la calificadora de riesgos Pacific Credit Rating de 30-5-2019

<http://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/PE-%20EL%20COMERCIO-FIN-1218-ACIN.pdf>

El texto de la Carta que comunica el Hecho de importancia está disponible en la web de la SMV.

<https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/compra%20acciones.pdf>

Más sobre JORSAR SAC. Cf. nota anterior en esta Sentencia sobre Anexos del Contrato de 2013. El Anexo titulado “Inmuebles de las compañías” contiene una relación de más de una decena de predios de titularidad de EPENSA, entre ellos uno ubicado en jirón **Jorge Salazar Araoz 171**, Santa Catalina, La Victoria (contrato, folio 22).

⁵⁹ Asimismo, es un hecho que los contratantes declaran posfacto que la compra consumada el 2018 sobre el ciento por ciento del capital de PRENSMART (la ex EPENSA) y de ABS estaba anunciada en el mismo Contrato de 2013. Ver nota anterior sobre “cláusulas adicionales” del contrato.

⁶⁰ El dato está contenido en la Memoria Anual de 2014 y luego repetido en la Memoria Anual 2018 comunicada por Empresa El Comercio a la Superintendencia del Mercado de Valores.

En: http://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/CartaB30241_22_20180731171739.pdf

⁶¹ Memoria Anual 2016 comunicada por Prensa Popular SAC a la Superintendencia del Mercado de Valores.

En: <https://www.bvl.com.pe/hhii/B30241/20170328165301/MEMORIA32201632PRENSA32POPULAR.PDF>

⁶² “Términos y condiciones de uso. 1. DATOS DE IDENTIFICACIÓN. Usted está visitando el Portal del Diario El Comercio (elcomercio.pe) - (el “Sitio Web o la Aplicación”), de titularidad de EMPRESA EDITORA EL COMERCIO S.A., con R.U.C. N°20143229816, y SERVICIOS ESPECIALES DE EDICIÓN S.A. con R.U.C.

- 88.) Mediante Memoria Anual de 2017⁶³, Empresa El Comercio informó al Mercado de Valores que mediante Junta de Accionistas de la sociedad de **17 marzo 2017** se acordó la transformación de diversas compañías del grupo que pasaron a ser absorbidas por Empresa Editora El Comercio:
- “Servicios Especiales de Edición” (SED),
 - “Prensa Popular, SAC” y
 - “Grupo TV Perú, SAC” (esta última del mercado de información televisiva)⁶⁴,
- fueron fusionadas por absorción a la Empresa Editora El Comercio S.A.
- La fusión entró en vigor el 1-5-2017.
- 89.) Respecto de *lo anterior* según el ordenamiento legal peruano, Ley General de Sociedades 26887, toda fusión conllevaría la extinción de la sociedad absorbida. En el caso concreto, nuestro Juzgado deja constancia que no ha recibido comunicación formal de dicho acuerdo, y por ello siguió notificando hasta la actualidad (2019) a la empresa "SED", que había sido incluida como codemandada de manera independiente desde el inicio del proceso.

5.11.3.- Grupo El Comercio completa o adquiere el 100 por ciento del capital de exempresas de la familia Agois Banchemo

- 90.) Mediante **Carta VAL 028-2018, de 6 abril 2018**, Empresa Editora El Comercio dirigida a la Superintendencia del Mercado de Valores comunicó haber adquirido una porción del capital social que tenían aun los señores Agois Banchemo en las empresas PRENSMART SAC, ALFA BETA SISTEMAS SAC y JORSAR SAC. Mediante notas periodísticas en el diario El Comercio, un funcionario del grupo declaró, el mismo día, que con dicha operación la Empresa Editora El Comercio totalizaba la propiedad del 100 por ciento del capital social de las referidas empresas, las que hasta 2013 fueron exclusivas de la familia vendedora.
- 91.) Asimismo, con **Carta VAL 057-2018 de 18 julio 2018**, Empresa Editora El Comercio informó a la Superintendencia del Mercado de Valores que la empresa PRENSMART había adquirido la propiedad del 100 por ciento del capital social de la empresa GRUPO EPENSA SAC (de propiedad de la familia Agois Banchemo). Se informó como

N.º 20100544866, ambas con domicilio en Jirón Santa Rosa N.º 300, Cercado de Lima, provincia y departamento de Lima (el “Grupo El Comercio”) (.) Fecha de última actualización: 01/09/2016”.

En: <https://elcomercio.pe/terminos-y-condiciones>

⁶³Ver Memoria Anual 2017 y Anexo (Documento de Información Anual 2017).

<https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Documento%20de%20Informaci%c3%b3n%20Anual%202017.pdf>

⁶⁴ Esta empresa, en consorcio con el Grupo La República (ver nota anterior sobre el señor Gustavo Mohme S.) es propietaria del canal América Televisión. Según las Memorias Anuales remitidas a la SMV, Empresa El Comercio se refiere a la empresa de América TV como la empresa líder en el mercado de telecomunicaciones en tv abierta.

un Hecho de Importancia que: “el día de hoy, Prensart S.A.C., ha ejercido el derecho de opción para la adquisición de la totalidad de las acciones de Grupo EPENSA S.A.C. Con ello, culmina un proceso iniciado en abril de este año, con la adquisición del saldo de las acciones de Prensart S.A.C., Jorsar S.A.C., y Alfa Beta Sistemas S.A.C.”⁶⁵”

- 92.) El hecho también fue informado en una nota corta en el diario El Comercio, edición digital del mismo 18-7-2018: “Luego de la compra del saldo de acciones de Prensart en abril de este año por parte del Grupo El Comercio, la primera ha procedido a adquirir las acciones del Grupo EPENSA, culminando con la operación vinculada a los diarios Correo, Ojo y el Bocón. Dicha operación fue comunicada hoy a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) a través de un Hecho de Importancia. A través de esta adquisición, el Grupo El Comercio: busca consolidar equipos y sinergias en diversas áreas, manteniendo siempre la independencia periodística de los medios; para lo cual, los directores periodísticos de los diarios continuarán en sus posiciones de liderazgo al frente de sus redacciones y equipo de profesionales”⁶⁶”.
- 93.) En la misma investigación académica citada arriba que brinda detalles de las características del funcionamiento de la empresa “Grupo EPENSA SAC” en su origen el año 2013, el autor añade la siguiente información relevante respecto del periodo comprendido entre la constitución de la empresa (2013) y la actualidad en que dicho estudio fue elaborado (2020)⁶⁷.
- 94.) Según la referida investigación el 18 julio 2018 el Mercado de Valores recibió la noticia de que PRENSMART en calidad de subsidiaria de Grupo El Comercio había adquirido el cien por ciento del capital de Grupo EPENSA SAC.
- 95.) Poco antes, en **abril 2018** el Mercado de Valores también fue comunicado de que todo el capital de PRENSMART y de ABS había pasado a ser propiedad **exclusiva** de Grupo El Comercio⁶⁸.

⁶⁵ Carta VAL 057/2018, de 18 julio 2018, al Registro Público del Mercado de Valores, dirigida por Empresa Editora El Comercio S.A.: “El día de hoy, Prensart S.A.C. ha ejercido el derecho de opción para la adquisición de la totalidad de las acciones de Grupo EPENSA S.A.C. Con ello, culmina un proceso iniciado en abril de este año, con la adquisición del saldo de las acciones de Prensart S.A.C., Jorsar S.A.C., y Alfa Beta Sistemas S.A.C. En: https://www.smv.gob.pe/Frm_HechosDeImportancia.aspx?data=D645B8CC2CEB6A3245044CAEBCFC73A3E5786D8D9897CF1EF0B1EA0F377F125A779EE9CE47CEEADBA55A125846E3B67A26
<https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/compra%20acciones%20G%20Epena.pdf>

⁶⁶ En: <https://elcomercio.pe/economia/peru/prensart-adquiere-propiedad-grupo-epensa-noticia-537545-noticia/>

⁶⁷ Universidad de Piura. Facultad de Comunicación. “Estrategia de comunicación interna para gestionar el impacto del cambio organizacional en el contexto de un proceso de adquisición empresarial: caso Grupo EPENSA S.A.C.”. Autor: Renzo Renteros Valdivia. Lima, marzo 2020. <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4567>

⁶⁸ Diario El Comercio, “Grupo El Comercio completó la compra de Prensart”. Edición digital de 7-4-2018.

96.) En resumen: el 46 por ciento que Agois Banchemo mantenía en el capital social de EPENSA (hoy Prensma) y ABS después que en agosto 2013 vendiese el 54 por ciento a Grupo El Comercio, ese 46 por ciento (casi mitad, pero sin relevancia para decidir frente a la simple aritmética de la mayoría del capital), se había pulverizado en 2018 a cero por ciento.

5.11.4.- El Grupo El Comercio en el tiempo posterior a la demanda (2013-2020) a través de sus Memorias Anuales a la SMV

A.-Memoria Anual 2013 y Documento de Información Anual 2013

97.) Aun cuando dicha información ha sido mencionada en párrafos precedentes, el juzgado resalta por ejemplo que en la Carta del Presidente del Directorio de Empresa El Comercio se hace referencia de **otros mercados de medios de comunicación** donde opera el GEC:

- **En el rubro Televisión, unidad de negocio de Televisión:**
 - Liderazgo en señal abierta** y crecimiento de ingresos de 12 %.
 - Proyecto de un nuevo centro de producción televisiva con lo más avanzado de la tecnología.
 - El canal **América Televisión** **continúo liderando primeros puestos de audiencia** con producción cien por ciento nacional, variada, sana, entretenida y atractiva para el televidente⁶⁹.
 - En 10 años son **el medio televisivo más importante** del Perú.
- **En el rubro de Internet,** superó en agosto más de 10 millones de visitantes únicos consolidando su liderazgo.
 - Actualmente (2013), **los sitios del grupo se encuentran entre los 10 lugares más visitados del Perú.**

“El grupo El Comercio cerró un acuerdo para comprar el paquete accionario con el que completa la adquisición de Prensma S.A.C., la empresa que imprime y comercializa los diarios “Correo”, “El Bocón” y “Ojo”. En un reporte enviado a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), el grupo El Comercio informó que el contrato de compraventa de acciones fue cerrado el último viernes con la participación de cinco integrantes de la familia Agois Banchemo. Según el contrato, el grupo El Comercio indicó que adquirirá el 36,4% de las acciones del capital social de la empresa Prensma S.A.C. También comprará una participación de 36,4% en las empresas Jorsar S.A.C., propietaria del edificio donde opera Prensma en Santa Catalina (La Victoria), y Alfa Beta Sistemas S.A.C., que es titular de las marcas de los diarios “Correo”, “El Bocón” y “Ojo”.

“Con esta transacción, el grupo El Comercio se convierte en propietaria del 100% de las acciones de Prensma S.A.C., tal como estaba previsto en la operación que celebró en el 2013 con el grupo Agois.

En: <https://elcomercio.pe/economia/grupo-comercio-completo-compra-prensma-noticia-510379-noticia/>.

⁶⁹Por ejemplo, que la serie “Al fondo hay sitio” continuó siendo el **programa líder de la** televisión nacional o que el formato para audiencias juveniles “Esto es Guerra” producido por Pro Tv se consolidó desde los primeros días de su emisión, como una de las nuevas ofertas de televisión de entretenimiento, marcando una nueva pauta en cuanto a realizaciones de concurso y game shows, pues ha sido enmarcado en competencias de alto nivel y mucha calidad de producción y que es **el programa favorito de la audiencia juvenil** que ya lo considera icono de la nueva generación de artistas y talento nacional (hace énfasis en que es un grupo de chicos y chicas con ansias de competir y ganar y una producción que los sorprende día a día).

2.2.3. Ventas Netas:

Aproximadamente el 97% de las ventas de Empresa Editora El Comercio S.A. se realiza en el mercado nacional.

Las ventas netas durante 2013 y 2012 fueron las siguientes (en Nuevos Soles):

Conceptos	2013	2012	%
Ejemplares	159,580,199	160,468,203	-0.55%
Publicidad	458,480,109	428,241,052	7.06%
Serv. Impresión /Productos Optativos	94,721,330	100,148,821	-5.42%

Conceptos	2013	2012	%
Otros Ingresos	33,537,314	27,393,745	22.43%
Canjes y Auspicios	11,646,339	15,089,563	-22.82%
Total	757,965,291	731,341,384	3.64%

B.-Memoria Anual 2014

- 98.) Mediante Memoria Anual 2014, remitido a la SMV en marzo 2015, Empresa El Comercio informó que la coyuntura económica del país durante el segundo semestre del 2014 afectó el comportamiento del **mercado publicitario** durante el año, al mercado de prensa y al mercado publicitario en general. Para diarios y revistas en particular, el mercado se vio afectado por un débil crecimiento en los rubros de
- Grandes Almacenes (2%),
 - Educación (0%), y una caída significativa en
 - Inmobiliaria (-10%).
- 99.) Indicadores de ventas de los diarios (comparativo 2014-2013).
- Destacó en el 2014, el diario *Trome*, que superó la **venta total** del año 2013 en 11.1%.
 - El diario Gestión aumentó su **venta de publicidad** en 19.3% en relación con el 2013.
 - El Diario Depor creció 60% gracias al Mundial 2014 y a su consolidación como alternativa publicitaria en el segmento de anunciantes que se dirigen al segmento de 18 a 30 años.
 - El diario Publímetro superó en 18% la venta alcanzada en el 2013.

C.-Memoria Anual 2015

- 100.) El documento informa que durante el 2015 se inició dentro del GEC el proceso de integración de las unidades de negocio de Prensa, Revistas y Plataformas digitales de contenido y relacionadas en una sola Unidad de Negocio.
- 101.) Informa también que ese proceso de integración es el primer paso de un importante proceso de transformación del negocio en su conjunto, pues señala que se fusionaron operaciones de impresión, circulación y distribución, así mismo se crearon áreas centrales de Marketing y manejo de portafolio y se iniciaron los primeros pasos para llegar a una operación comercial y de venta de publicidad también integrada.

102.) Por último, señala que al mismo tiempo se ha iniciado una estrategia de desarrollo de nuevos servicios digitales para los anunciantes.

103.) En todas estas Memorias no hay ninguna mención al funcionamiento de GESAC.

D.-Memoria Anual 2016

104.) Lo principal del documento es en cuanto a las ventas donde aparece la siguiente información:

2.2.3. Ventas Netas:

Aproximadamente el 100% de las ventas de Empresa Editora El Comercio S.A. se realiza en el mercado nacional.

Las ventas netas durante 2016 y 2015 fueron las siguientes (en Nuevos Soles):

Conceptos	2016	2015	%
Ejemplares	158,843,879	156,565,621	1.46%
Publicidad	319,002,337	378,802,396	-15.79%
Serv. Impresión /Productos Optativos	39,865,510	37,353,822	6.72%
Otros Ingresos	59,171,932	49,668,834	19.13%
Canjes y Auspicios	12,389,229	13,505,405	-8.26%
Total	589,272,887	635,896,078	-7.33%

E.-Memoria Anual 2017

105.) El documento informa que la **Unidad de Negocio de Prensa** cerró el año con un EBITDA⁷⁰ del 19.1% en comparación al 24.8% del año anterior representando un ingreso de S/ 556 millones, 9.8% menor al año 2016.

106.) Precisan que si bien es cierto sus **audiencias en las plataformas digitales crecen sostenidamente** alcanzando los 70 millones de browsers únicos⁷¹ (8% mayor al año 2016), los ingresos que estas generan no compensan aún la **reducción en los ingresos** provenientes de las **plataformas impresas**.

107.) Por otro lado, afirman que están reforzando su capacidad de monetización digital en Prensa, después de un año difícil de caída en

⁷⁰El nombre EBITDA son las siglas en inglés de Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization, es decir, el beneficio antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización.

El EBITDA es un indicador contable de la rentabilidad de una empresa. Se calcula como ingresos menos gastos, excluyendo los gastos financieros (impuestos, intereses, depreciaciones y amortizaciones de la empresa).

En: <https://economipedia.com/definiciones/ebitda.html>

⁷¹Definamos que es un browser único. Ustedes podrán notar que en la herramienta *Digital Analytix* de **Adobe** aparece una definición de browser único o navegador único, ahora bien, esa misma definición no se encuentra en otras herramientas de la misma metodología censal como Google Analytics, Omniture o Web Trends.

¿Por qué se le llamó browser único?

Con el uso multiplataforma de dispositivos, es decir, un mismo usuario utilizando varios dispositivos o aplicaciones y también, el utilizar múltiples browsers (Mozilla Firefox, Chrome, Internet Explorer, etc.) para llegar a un mismo sitio, adicional al borrado/expiración de cookies; nos permite indicar que un browser único no es igual a un visitante o persona única.

En: <https://www.infomarketing.pe/marketing/columnistas/digital-advertising/camino-a-una-medicion-multiplataforma/>

los ingresos, para lo cual han reforzado su capacidad de segmentación de audiencias y están reforzando su capacidad de desarrollo de *content marketing*⁷² con resultados aún prematuros pero positivos.

- 108.) En cuanto a los medios impresos refieren que continúan enfrentando grandes retos en su adaptación a un nuevo modelo de negocio, donde la inmediatez de las plataformas digitales representa un reto importante al negocio tradicional basado en el producto impreso. Señalan que durante el 2017 este reto se vio incrementado con la desaceleración de la economía y la coyuntura política local.
- 109.) En cuanto a los resultados consolidados de la unidad de negocio prensa, informan que estos cierran con un porcentaje de EBITDA de 19.1% vs 24.8% del año anterior y que los acontecimientos climatológicos del Niño Costero generaron una caída importante en los ingresos del año, que, pese a una recuperación en el último trimestre, terminaron 9.9% por debajo del 2016.
- 110.) En el frente publicitario, sostienen que el mercado decreció 7.5%, donde la inversión en medios impresos cayó 10% y en digital tuvo un crecimiento de 27%.
- 111.) Dentro de las acciones comerciales a destacar, refieren que se impulsó la venta de soluciones de Content Marketing logrando un crecimiento importante, se logró mantener la inversión de los principales clientes de la cartera grandes cuentas, se realizó la integración y reestructuración del equipo de ventas de provincia y se impulsaron las soluciones de valor para clientes pequeños; sin embargo, afirman que estos esfuerzos no llegaron a compensar el impacto del fenómeno del Niño.
- 112.) En cuanto a la venta total de ejemplares a nivel nacional informan que disminuyó y mantuvo su tendencia de decrecimiento perdiendo un 11% con relación al año 2016 y en cuanto al canal de suscripciones se realizaron cambios en la estrategia, con un foco en la retención de clientes y mejoras en el plan de fidelización, las cuales generaron un crecimiento de suscripciones de 5.9% en El Comercio y 7% para Gestión.
- 113.) En cuanto a la **Estrategia de consolidación y diversificación** señalan que, en los últimos años, la Compañía continuó con
 - La consolidación de sus negocios y
 - La exploración de nuevos negocios, lo que lo llevó a entrar:

⁷²Para la mayoría de las marcas con presencia online, el **content marketing** es una parte fundamental de las estrategias de marketing y del trabajo del día a día. El marketing de contenidos aporta valor al usuario y puede servir a las marcas para conseguir todo tipo de objetivos de negocio.

En: <https://www.cyberclick.es/numerical-blog/que-es-el-content-marketing>

→en el negocio de educación (con la compra en el 2013 de IPAL, ahora Avansys) y ;

→en el negocio de entretenimiento infantil (con la compra en el 2013 de Inversiones Coney Island; y, la adquisición en el 2014, del 70% de Yukids Chile, Diverhappy y Divertrónica, ambos en Colombia, y el 100% de las acciones de Vendings).

114.) Cabe señalar el **reconocimiento expreso que el GEC hace en cuanto a la compraventa, pues afirman que se fortaleció el negocio de prensa mediante la adquisición de la mayoría accionaria de Epena, proceso que finalizó en el 2015.**

-Precisan que ese año 2015, se adquirió un 9% adicional de las acciones de Prensart.

115.) En cuanto a la **posición Competitiva** señalan que, en el sector de prensa escrita, los índices más importantes con los cuales pudieron medir la participación de la Empresa son:

-La lectoría,

-La circulación y

-La publicidad medida en centímetros columna.

116.) Citando cifras de la consultora *Media Research Perú* (MRP), "Estudio de lectoría de diarios en Lima Metropolitana", la Memoria destaca la siguiente estadística de diarios más leídos en promedio, de lunes a viernes:

➤ Trome (32.5%),

➤ Ojo (7.8%),

➤ Depor (5.5%),

➤ El Comercio (4.2%),

➤ Perú.21 (2.7%) y;

➤ Correo (2.2%).

117.) Hacen la precisión que el GEC comercializa 9 de los 12 diarios más leídos en el Perú.

118.) Resaltan que la Empresa ha estado desarrollando ventajas competitivas para diferenciarse en la oferta de publicidad con una excelente calidad de impresión. Además, que se ha trabajado en la introducción de productos optativos y en generar un mayor valor agregado a sus productos.

119.) En cuanto a la **participación de principales diarios de Lima en publicidad** (publicidad medida en centímetros por columna sin considerar medios ni Estado):

➤ El Comercio 42.3% (45.2% a diciembre 2015),

➤ Trome, 14.2% (vs. 12.6%),

➤ Ojo, 5.1% (vs. 6.1%),

➤ Expreso, 4.1% (vs. 3.8%); y,

➤ Correo, 2.3% (vs. 2.9%).

- 120.) En suma, el informe anual resalta:
-**GEC tiene una participación del 93% del mercado publicitario en prensa escrita del Perú.**
- 121.) Finalmente afirman que la lectoría alcanzada por el diario Trome y **la mayor participación en publicidad del diario El Comercio permiten al Grupo mantenerse como líder**
-en lectoría
-y recordación.

F.-Memoria Anual 2018

- 122.) En cuanto a **la Posición competitiva** el documento señala que en el Perú el GEC tiene la ventaja de operar con una plataforma de diarios, televisión y portales de internet, que le permiten ofrecer servicios de publicidad bajo una variedad de alternativas:

Posición competitiva

Como indicador de su posición competitiva, la Memoria señala como características centrales las ventajas con las que opera GEC:

- Opera *la oferta **de información*** con una plataforma triple:
 - Diarios,
 - Televisión y
 - Portales de internet.
 - Ofrece el servicio ***de publicidad*** con una variedad de alternativas, en base precisamente a dicha situación (de oferta de servicios de información cruzados).
- 123.) En cuanto al **rubro de Prensa**, refiere que el mercado peruano está compuesto básicamente por el GEC y el Grupo La República, los cuales son propietarios de los 12 diarios más leídos en el país. De estos, 9 corresponden al GEC, los cuales presentan en conjunto un nivel de lectoría de 3.61 millones de personas por día. Así, destaca el diario Trome, que continúa siendo el diario de mayor venta y lectoría en el país (2.03 millones de lectores por semana), con un 25.4% en el ranking general de lectoría.

G.-Memoria Anual 2019

- 124.) El documento señala que la Empresa Editora El Comercio S.A. pertenece al sector de los medios de comunicación escritos, donde se encuentra posicionada como la empresa líder del sector, tanto en lectoría como en inversión publicitaria. Asimismo, dentro del conjunto de los medios de comunicación del país, está posicionada como la empresa de mayor seriedad, credibilidad e imparcialidad. La competencia directa que enfrenta la empresa la constituyen los otros medios de comunicación escritos (diarios y revistas); sin embargo, por su nivel de lectoría, los diarios editados por la empresa mantienen

un claro liderazgo en su segmento. Adicionalmente, El Comercio enfrenta, en la captación de inversión publicitaria, la competencia de los medios de comunicación audiovisuales (radio y televisión) y medios digitales.

125.) También menciona las ventas, donde aparece la siguiente información:

2.2.3. Ventas Netas:

El 95.49% de las ventas del año 2019 de Empresa Editora El Comercio S.A. se realizó en el mercado nacional.

Las ventas netas durante 2019 y 2018 fueron las siguientes (en Miles de Soles):

Conceptos	2019	2018	%
Ejemplares	178,140	189,663	-6.08%
Publicidad	247,595	262,266	-5.59%
Serv. Impresión /Productos Optativos	47,545	53,783	-11.60%
Otros Ingresos	10,472	13,589	-22.94%
Canjes y Auspicios	11,047	13,301	-16.95%
Total	494,799	532,602	-7.10%

H.-Memoria Anual 2020

126.) Un primer documento denominado “**Informe de clasificación de riesgo**”, del 22 diciembre 2020, señala que el objeto social de la Empresa es la edición, publicación y distribución de los diarios El Comercio, Trome, Perú.21, Gestión, Depor, Ojo, El Bocón y Correo; así como la venta de espacios publicitarios a través de la estación de televisión y en los mismos diarios. De igual forma, se dedica a la edición, publicación y distribución de libros, revistas, folletos, semanarios y todo tipo de publicaciones gráficas, productos multimedia y videos, llamados optativos.

127.) Menciona que los principales rubros de operaciones de El Comercio son, en primer lugar, la venta de publicidad en canales de televisión, seguida por la venta de ejemplares, los ingresos de avisaje en diarios y los servicios de impresión, entre otros. En cuanto a la venta de publicidad en diarios y revistas, ésta se realiza directamente por la Empresa y a través de agentes, para lo cual se utilizan dos modalidades: la venta directa y el canje publicitario con terceros.

128.) Precisa que durante el 2020 se realizaron una serie de transacciones, entre las que figuran: i) la constitución de Neoauto S.A.C; ii) la fusión de Prensmart S.A.C., Grupo Epenza S.A.C. y Alfa Beta Sistemas S.A.C., siendo la sociedad absorbente Prensmart S.A.C.; iii) la ejecución del Put Option por parte del International Finance Corporation (IFC), mediante el cual transfirió a favor de la Empresa Editora El Comercio S.A. 17,175 acciones comunes de Proyectos Educativos Integrales del Perú S.A.C. (PEIP) por US\$ 1.5 MM; y, iv) la transferencia del 55% de las acciones de Neoauto S.A.C. a Edpyme Santander Consumo Perú S.A.

- 129.) En cuanto a la **Posición competitiva** el documento señala que la participación en publicidad de los principales diarios de Lima, medida en términos de inversión sin considerar otros medios ni Estado, a marzo 2020 (último dato disponible) fue: Trome, 33.6% (33.0% al 2019); El Comercio, 27.4% (26.5% al 2019); Gestión, 5.7% (5.6% al 2019), Ojo, 4.8% (5.2% al 2019); y Depor, 4.0% (4.2% al 2019). También resalta que la lectoría alcanzada por el diario Trome y la participación en publicidad que el diario El Comercio mantiene, permiten al Grupo mantenerse como líder en lectoría y recordación.
- 130.) La memoria anual del 2020, se publica el 11 marzo 2021, el documento señala: “Con la finalidad de sostener la lectoría de los principales diarios impresos, se realizaron diversas acciones, tales como el lanzamiento del formato berlinés los fines de semana en “El Comercio”, la reestructuración de las ediciones y sub ediciones en “Correo”, el lanzamiento de la campaña del bicentenario en “Perú 21”, el desarrollo de nuevos formatos promocionales en “Trome”, el cierre de la edición print de “El Bocón” con su transición a “Ojo” y el desarrollo de la nueva mecánica promocional de este último, así como la creación de diferentes contenidos y nuevas secciones en todo el portafolio de marcas acorde a los nuevos hábitos de consumo propios de la pandemia, pese a ello nuestra lectoría se redujo en 34% en comparación a los niveles que presentábamos en el 2019”.
- 131.) También menciona que: “la prensa ha demostrado que sigue jugando un rol fundamental para la población, y es el medio más efectivo para atacar la desinformación, incertidumbre y la desconfianza. Así, la potencia de las marcas de nuestros diarios y el rigor periodístico de cada uno de éstos son activos muy valiosos para hacer frente a los retos de la transformación”.
- 132.) El documento informa que, como parte del proceso de redimensionamiento del negocio y gestión eficiente del portafolio de marcas, durante el 2020 concluyeron la franquicia de “Publimetro”, y el diario “El Bocón” pasó de forma exclusiva a la plataforma digital, además de convertirse en una sección del diario “Ojo” en el impreso, y que se crearon también las Zonas Editoriales, lo que sumado a los Núcleos creados el 2019 para las redacciones, forma parte del foco en la mejora de los procesos y la generación de mayores eficiencias en el proceso de creación de contenidos de calidad.

VI.- Posiciones de las partes procesales

6.1. -Argumentos de los Demandantes:

- 133.) Los Demandantes piden principalmente anular el contrato de venta de acciones celebrado entre las personas de Agois Banchemo y las empresas de Grupo El Comercio al considerar que la alta concentración del mercado de prensa que resulta de dicha operación afecta el derecho constitucional de libre expresión e información.
- 134.) Los Demandantes sostienen que Grupo El Comercio ha comprado la mayoría del capital social de las empresas periodísticas EPENSA y ABS, con lo cual adquiere su control económico; señalan también que el acuerdo de escindir EPENSA en una empresa de propiedad de Agois Banchemo (Grupo EPENSA SAC⁷³) que siga dirigiendo el contenido editorial de los diarios de la exErensa no afecta dicho control pues Grupo El Comercio dirige la empresa (Prensmart SAC) encargada de todos los ingresos por venta de diarios y de publicidad; afirman que Grupo El Comercio ha obtenido un enorme poder de mercado en un mercado de prensa escrita que ya estaba concentrado antes del contrato, y con ello ha acaparado los medios de prensa, lo que afecta la pluralidad informativa de toda la población.
- 135.) Los Demandantes señalan que en 2013, fecha en que se celebra el contrato y se interpone la demanda, el mercado de prensa nacional estaba dominado por tres grupos empresariales con los siguientes diarios: Grupo El Comercio – familias Miró Quesada / García Miró (diarios *El Comercio*, *Perú21*, *Gestión*, *Trome*, *Depor*, *Publimetro*), grupo EPENSA – Agois Banchemo (diarios *Correo*, *Ojo*, *Bocón*, *Ajá*), y Grupo La República – familia Mohme (diarios *La República*, *Popular* y *Líbero*), que GEC tenía el 49 por ciento en circulación y 70 por ciento en publicidad, Grupo EPENSA el 30 por ciento en circulación y 17 por ciento en publicidad, y que ahora totaliza casi 80 por ciento de la circulación.
- 136.) Los Demandantes alegan que el acuerdo entre los Demandados de dividir EPENSA en una empresa de contenidos periodísticos y otra empresa de impresión y venta de diarios y venta de la publicidad **no** evita la concentración del mercado ni el acaparamiento de prensa, pues Grupo El Comercio es el único que capta los ingresos principalmente de publicidad y subordina a la primera; que toda empresa periodística vende noticias (la atención de los lectores) y publicidad (la atención de las empresas anunciantes) con la cual financia la mayor parte de sus egresos, ingresos que se han convertido en esenciales para la supervivencia de cualquier empresa del ramo; que si ya antes de la compra de acciones GEC captaba más

⁷³ En el texto de la demanda los Demandantes se refieren a la empresa de los contenidos periodísticos como “EPENSA 1” (aunque con la demanda ya se anexaba un documento a la SMV que denomina a dicha compañía “Grupo EPENSA SAC”), y a la empresa encargada de la impresión y venta de los diarios de la exErensa y de toda la comercialización de la publicidad como “Erensa-2”. En la contestación, los Demandados informarían que esta segunda compañía es “PRENSMART SAC”.

del 70 por ciento del mercado de publicidad en prensa, ahora con la mayor circulación del grupo (incluidos los diarios de la exErensa) dicho poder es del 87 por ciento y tenderá a su incremento incesante debido a la espiral de la circulación e interdependencia de la demanda, principio económico en el mercado de comunicaciones según el cual a mayor circulación (cantidad de audiencia) mayor captación en publicidad tiene un medio de prensa.

- 137.) Los Demandantes refieren que para determinar el estado de acaparamiento de los medios no es necesario tener ninguna ley de desarrollo del artículo 61 de la Constitución, pues hay métodos alternativos como el IHH Índice de Herfindahl y Hirschman, herramienta técnica - científica utilizada por todas las autoridades que vigilan la libertad de competencia en el mundo, ejemplo el Indecopi en el Perú; y que en base a la información estadística de 2007 a 2013 de ventas y tiraje de diarios (pericia económica **Informe Fernández**) arroja el resultado de un mercado de prensa nacional con grado de **alta concentración**, y luego de la adquisición del grupo EPENSA, el grado es de **más alta concentración**.
- 138.) Los Demandantes consideran que esperar una ley previa para aplicar la prohibición del acaparamiento significa vaciar de contenido la norma constitucional prohibitiva, la cual es de aplicación directa, y que ya desde la Constitución de 1979 en que se diseñó la norma los autores se refirieron al acaparamiento en una realidad de empresas grandes y chicas, y no solo del acaparamiento como retención de insumos para la industria editorial⁷⁴.
- 139.) Los Demandantes precisan que el acto que ha producido la vulneración del derecho de libertad de prensa e información en su dimensión informativa es el contrato de acciones, pues ha disminuido las posibilidades de la población de acceder a la información por fuentes diversas y plurales, la que ahora se concentra en un solo propietario, y que es deber del juez constitucional reponer el derecho al estado anterior a la violación mediante la anulación del acto violatorio (el contrato).

6.2.- Argumentos de los Demandados:

- 140.) Los Demandados sostienen que la demanda es infundada porque en primer lugar el mercado de prensa no es de alta concentración, sino de concentración moderada si el mercado se mide en base a la cantidad de títulos o marcas de diarios que tiene cada empresa editora (Informe Apoyo, pericia económica anexada por empresa SED).

⁷⁴Punto de los Demandantes incluido en su Réplica a las contestaciones; Escrito de 19-8-2014, folios 1,042 ss.; abogado doctor Nelson Ramírez Jiménez.

- 141.) Los Demandados consideran que si el mercado de prensa se encuentra concentrado o si se reclama que Grupo El Comercio detente una posición de dominio en dicho mercado, aclaran que deben su crecimiento al éxito empresarial y preferencia del público; que no existen barreras legales ni estructurales para que otros competidores puedan ingresar al mercado de la prensa; que cualquier persona puede fundar un periódico sin necesidad de mayor capital y competir para obtener la preferencia del público y desplazar al que tenga liderazgo en el mercado; que no existe impedimento para la diversidad y pluralidad informativa debido a los nuevos medios tecnológicos que como internet, la radio y la tv son bienes sustitutos de los diarios impresos.
- 142.) Los Demandados consideran que los conceptos de acaparamiento (retener insumos) y posición de dominio (poder de mercado) son distintos; que el concepto constitucional de “acaparamiento” de prensa necesita de una ley que precise su definición y alcances, que el Tribunal Constitucional así lo estableció en el caso STC 00015-2010-PI (“con qué porcentaje del mercado se acapara?”); que en la fecha del contrato solo existía una ley de 2004 de radio y TV sobre acaparamiento de frecuencias en los mercados de radiodifusión televisiva y sonora, único mercado donde puede haber acaparamiento como limitación a la titularidad de frecuencias debido a que el bien utilizado es el espectro electromagnético o espacio radioeléctrico que se trata de un recurso natural limitado, escaso y finito, situación contraria al mercado de prensa donde sus bienes como los insumos de tinta, papel, imprentas, son recursos ilimitados, razón por la cual es inimaginable una ley futura que pueda establecer el acaparamiento en el mercado de prensa escrita.
- 143.) Los Demandados sostienen que es ilegal establecer judicialmente algún límite a la propiedad de las empresas periodísticas o la participación en el mercado de prensa escrita; que la norma de acaparamiento del artículo 61 de la Constitución de 1993 es imposible de aplicar porque su origen es el artículo 134 de la Constitución de 1979, norma vigente en una economía de control de precios donde se presentaba el fenómeno de agentes que retenían, escondían o sustraían (igual **acaparaban**) bienes del mercado para venderlos después a más precio, realidad que ahora no existe pues según la Constitución de 1993 los bienes e insumos de la prensa escrita son libres de comprar en el mercado e imposibles de acaparar.
- 144.) Los Demandados sostienen que la Constitución solo reprime las acciones señaladas taxativamente en la ley como “conductas anticompetitivas” de abuso de posición de dominio, abuso de posición monopólica, prácticas colusorias horizontales o verticales,

prácticas exclusorias (control posterior de la libre competencia); que si una empresa alcanza una posición de dominio en cualquier mercado incluido el de prensa es un derecho protegido por la misma Constitución; que la Constitución no establece ningún control previo de fusiones empresariales que ponga límites al poder de mercado y todas las empresas son libres de fusionarse y en la fecha del contrato no existía ley alguna, salvo una ley de 1997 para fusiones y concentraciones de empresas de electricidad.

- 145.) Los Demandados sostienen que la pluralidad informativa del mercado de prensa se mantiene igual que antes del contrato pues la venta de acciones se hizo con un **acuerdo** de asociación empresarial en que la familia Agois Banchemo que antes editaba íntegramente los diarios Correo, Ojo, Bocón y Ajá, ahora ha delegado en Grupo El Comercio la parte industrial de dicha actividad empresarial que comprende la “impresión, la distribución y la venta de los diarios, y la comercialización de la publicidad”, que la familia Agois sigue dirigiendo la parte periodística propiamente dicha (los contenidos periodísticos y la línea editorial de esos diarios), a través de la empresa Grupo EPENSA SAC – GESAC de exclusiva propiedad de Agois Banchemo, sin participación de El Comercio.
- 146.) Los Demandados afirman que la demanda se origina en la frustración del señor Mohme (uno de los ocho Demandantes, propietario del Grupo La República) en no haber adquirido las acciones (Agois Banchemo se opuso por tener una línea periodística muy diferente entre sus diarios); que la pluralidad no forma parte del derecho de libre expresión ya que no es obligación de un periódico dar cabida a todas las ideas distintas a su línea editorial.
- 147.) *Ampliando sus argumentos, los Demandados (Empresa El Comercio)* afirman que no es posible solicitar la nulidad de un contrato sin que los Demandantes hayan precisado alguna de las causales de nulidad taxativas de la ley civil, y que anular retroactivamente un contrato afectaría el principio de legalidad en la aplicación de sanciones, contrato celebrado conforme a los derechos constitucionales de los Demandados a la propiedad, la libertad de empresa y la libertad de expresión.
- 148.) Asimismo, (**Empresa SED**, en base a su pericia económica **Informe Apoyo**) afirman que el artículo 61 no define al acaparamiento como participación, poder de mercado, control de estructuras, propiedad de empresas, ni porcentaje de circulación, tiraje o lectoría; que el artículo 61 es ambiguo pues incluso permite el monopolio o el acaparamiento de medios de “un solo tipo (concentración horizontal)”, y solo prohíbe el monopolio o acaparamiento del “conjunto de todos los medios” a la vez

(concentración diagonal); que el contenido del mensaje difundido en los mercados de comunicación no es posible medirse ni establecer una unidad válida para determinar si una empresa controla o no dichos contenidos en tal porcentaje; que la única manera de medir dicho mercado es sobre la *cantidad de títulos o marcas de diarios*; que según los datos del mercado de prensa del periodo 2007-2013 en base a cantidad de títulos de diarios por grupo empresarial se demuestra que el mercado no presenta concentración alta sino concentración **moderada**, conforme al índice IHH; que la aplicación del acaparamiento va contra el bienestar de los consumidores, pues la menor concentración horizontal trae menor calidad y menor diversidad de contenidos; que no existe acaparamiento cuando la información de los diarios tiene sustitutos completos en radio, tv e internet.

- 149.) Además, (**Agois Banchemo**, en base a su pericia económica **Informe Alonso-Muñoz**) sostienen que una prueba de la inexistencia de barreras de acceso al mercado de prensa es el ingreso de Grupo Exitosa; que para denunciar el abuso de dominio existe el INDECOPI, única entidad en el Perú que le corresponde aplicar los criterios como el índice IHH según el D.Legis. 1034; que el Informe Fernández (pericia económica de los Demandantes) se basa en una premisa falsa pues la **espiral** y retroalimentación entre publicidad y circulación de los diarios **es decreciente** y cesa antes de que el agente con dominio alcance el monopolio; que el propio mercado se encargará de impedir el monopolio de Grupo El Comercio a pesar de la alta concentración; que la concentración beneficia a la sociedad y que la actual permisión legal de las fusiones empresariales o concentración empresarial es más adecuada que la prohibición o el control previo de fusiones.
- 150.) Por último, (empresas **Prensmart y ABS**) afirman que la prueba de que la transferencia de acciones celebrada en 2013 no afectó la pluralidad informativa se refleja en la distinta línea editorial de los diarios de la exErensa y los diarios de Grupo El Comercio en las elecciones políticas de 2016.

VII.- Marco constitucional y legal en el plano internacional como nacional sobre el derecho a la libertad de expresión e información

7.1.- Bloque de constitucionalidad - bloque de convencionalidad

151.) El juzgado toma en cuenta el **bloque de constitucionalidad**⁷⁵ del derecho de libre expresión e información comprendido por la norma constitucional, las normas nacionales que lo desarrollan y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nacional.

152.) Asimismo, el juzgado toma en cuenta el **bloque de convencionalidad** de la referida libertad de expresión, que incluye las normas de los tratados y las declaraciones internacionales de DDHH, la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales del sistema de protección de derechos humanos universal y regional⁷⁶, las opiniones de otros organismos especializados del referido sistema internacional de protección de DDHH, etc. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de expresión, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Comisión de Venecia, etc.)⁷⁷.

7.2.- Norma constitucional nacional

153.) El derecho fundamental de libre expresión e información cuya protección se ha invocado en la demanda se encuentra expresamente reconocido en dos partes de la actual Constitución de 1993.

154.) En la sección especial de los derechos fundamentales (artículo 2, del Título I, de la persona y la sociedad, Capítulo 1, Derechos fundamentales de la persona) la libre expresión e información está reconocida en el artículo 2-4).

-Artículo 2. "Toda persona tiene derecho: (...)

⁷⁵ **Bloque de constitucionalidad:** "El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son, pues, verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional en sentido estricto" (Sentencia C-225/95 de la Corte Constitucional de Colombia). "A este parámetro de control, formado por la Constitución (en sus partes pertinentes) y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de la misma y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad (STC 00012-2018-PI, Caso Ley de publicidad estatal, Ley 30793, de 11-10-2018, del Tribunal Constitucional del Perú).

⁷⁶ **Bloque de convencionalidad:** "En Latinoamérica el bloque de convencionalidad lo integran instrumentos internacionales de derechos humanos, que deben ser aplicados por los jueces en forma directa e inmediata y en armonía con la Constitución nacional, en ejercicio de lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denominado el "control de convencionalidad" (Sentencia C-225/95 de la Corte Constitucional de Colombia. En: Instituto de Investigaciones jurídicas, Tomo I (2014). Diccionario de Derecho procesal constitucional y convencional. 2014, Serie de doctrina jurídica, número 692. Primera Edición, México. En: <https://www.cjf.gob.mx/resources/diccionarioDPCC/diccionario%20Tomo%20I.pdf>).

⁷⁷ En este punto (de la fuente internacional como criterio jurídico vinculante para interpretar la norma nacional y el tema del pluralismo informativo en el sentido de que este resulta afectado cuando los particulares mediante operaciones de fusión empresarial obtienen una posición de dominio o de alta concentración en la propiedad de los medios, siendo *la más grave situación* cuando se generan monopolio u oligopolios), la posición de los Demandados ha sido por lo menos ambivalente; algunos simplemente han omitido referirse a dicho alcance de la norma internacional, otros han señalado abiertamente que el pluralismo nada tiene que ver con el contenido esencial de la libertad de expresión, y hubo alguno incluso que reconociendo el mismo alcance conceptual del pluralismo alegado en la demanda como necesidad de "la mayor cantidad y diversidad de voces" en el mercado de medios, ha llegado incluso a citar algunas de las fuentes invocadas por los Demandantes.

4.) *A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.*

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

155.) En la sección económica (Título III, del régimen económico, Capítulo 1, Principios generales), la libre expresión e información está mencionada en el segundo párrafo del artículo 61 (El párrafo primero de este numeral regula el principio económico de libre competencia).

-Artículo 61. (párrafo 2)

(...) “La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

Artículo 61. (párrafo 1)

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)

156.) El párrafo segundo del artículo 61 de la actual Constitución de 1993 es reproducción del artículo 134 de la Constitución de 1979:

Const. 1979: Artículo 134: “La prensa, radio, televisión y demás medios de expresión y comunicación social, y en general las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

157.) Los derechos de libre expresión e información y de libertad de competencia no son aislados, su marco es una Constitución que también reconoce el derecho de **acceso a la información pública** AIP a la autodeterminación informativa ADI (art. 2, inciso 5)⁷⁸, el derecho a la **participación política** (art. 2, inciso 17, art. 31)⁷⁹, el

⁷⁸Constitución, Art. 2, inciso 5. A **solicitar** sin expresión de causa **la información** que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

⁷⁹ Constitución, Art. 2, inciso 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. Art. 31.- Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica(.).

derecho principio del **pluralismo cultural** (art. 2, inciso 19, art. 89, art. 149)⁸⁰, el principio de **supremacía de la Constitución** (art. 51)⁸¹, el **pluralismo económico** (art. 60)⁸², la **economía social de mercado** (art. 58)⁸³, la libertad de **empresa** (art. 59)⁸⁴, la libertad de **contratar** (art. 62)⁸⁵, el derecho de los **consumidores** (art. 65)⁸⁶, el derecho de **propiedad** (art. 2, inciso 16, art. 70)⁸⁷.

158.) Junto a las normas anteriores, se debe tomar en cuenta un conjunto

⁸⁰ Constitución, Art. **2**, inciso **19**. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad. Art. **89**- (.) El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas. Art. **149**- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. (.)

⁸¹ Constitución, Art. **51**- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

⁸² Constitución Art. **60**- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa (.)

⁸³ Constitución, Art. **58**- La **iniciativa privada es libre**. Se ejerce en una **economía social de mercado**. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

⁸⁴ Constitución, Art. **59**- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la **libertad de empresa**, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

⁸⁵ Constitución, Art. **62**- La **libertad de contratar** garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (.)

⁸⁶ Constitución, Art. **65**- El Estado defiende el **interés de los consumidores** y usuarios. Para tal efecto garantiza el **derecho a la información sobre los bienes y servicios** que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado los alcances de este precepto en el siguiente sentido:

"7.- En ese sentido, el consumidor o usuario deviene en el fin de toda actividad económica; es decir, es quien concluye el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de los productos y servicios ofertados en el mercado.

En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que en virtud de un acto jurídico oneroso adquiere, utiliza o disfruta de determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado. (.)

En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones jurídicas generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato **la actuación del Estado para garantizar** su correcto desenvolvimiento.

"8.- En ese orden de ideas, el proveedor sería aquella persona natural o jurídica que, habitual o periódicamente, ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de productos y servicios.

Si bien técnicamente el término **consumidor** difiere conceptualmente del término **usuario** (contratante de un servicio), en el *fin* constitucional aparece claro que las personas ubicadas en la segunda condición reciben el mismo trato tuitivo que la Constitución consagra (Sentencia de 17-1-2005, Agua Pura Rovic vs. INDECOPI (afectación a los derechos de propiedad, contratación, trabajo, libertad de empresa, comercio e industria, pluralismo económico, libre competencia).

⁸⁷ Constitución, art. **2**- **16**. A la propiedad y a la herencia. Art. **70**- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad, sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio (En el ordenamiento internacional de derechos humanos el derecho de propiedad está protegido en la DUDH, artículo 17 y en la CADH, artículo 21).

de normas que a nivel legal y reglamentario regulan el régimen económico, libre competencia, control de fusiones, etc., en fin, aquello que se ha dado en denominar el derecho ordenador del mercado.

159.) Entre otras, incluimos:

-Ley 26876 de 1997 y su Reglamento de 1998, regulan el control previo de concentración de empresas en el sector eléctrico supeditándolo a una autorización previa del INDECOPI. La vigencia de esta norma en el ordenamiento nacional peruano pone reparos a la libertad de adquirir una posición de dominio en el referido mercado, y además de hecho impide el monopolio en el mismo.

-Ley 28278 de 2004, ley de radio y televisión, regula el espectro radioeléctrico, limita a las empresas de comunicación la propiedad de frecuencias en no más del 30 por ciento en televisión y 20 por ciento en radio, y define el **acaparamiento** de frecuencias en dicho mercado.

-Decreto Legislativo 1034 de 2008, ley de represión de conductas anticompetitivas, dictada para viabilizar el tratado de libre comercio de Perú con Estados Unidos. Esta norma mantiene la misma política de competencia de 1991 limitada a la represión reactiva de las conductas promonopólicas o colusorias (*control posterior de la competencia*), y prosigue la omisión en la regulación preventiva de control previo de las fusiones y concentraciones. Cabe señalar que dicha norma tuvo como antecedente directo el **Decreto Legislativo 701 de 1991**, dictado poco tiempo antes de la Constitución de 1993.

-Decreto de Urgencia 013-2019, aprueba la ley de control previo de fusiones y concentración empresarial en todos los sectores económicos, dictado el 19-11-2019 (cuando el Congreso de la República había sido disuelto el 30 setiembre 2019 y se había convocado a elecciones para un nuevo congreso que completara el mandato quinquenal hasta 2021, congreso que se instaló en abril 2020 y sigue en funciones a la fecha de expedir esta sentencia).

-Ley n.º 31112, publicada el 07 enero 2021, aprueba la ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

Dicha norma deroga el Decreto de Urgencia 013-2019 y la Ley 26876. En relación con esta última norma, consideramos que **llena el vacío respecto de la omisión en legislar la vigilancia preventiva de la libre competencia ordenada en el 61 p.1**. Por ejemplo, sobre el artículo 7.2, en el procedimiento de control previo, el órgano competente tiene en consideración, entre otros, los siguientes factores: a. **La estructura del mercado involucrado**. b. **La competencia real o potencial de los agentes económicos** en el mercado. Cabe señalar que su vigencia se iniciará a los 15 días calendarios posteriores a la adecuación normativa de INDECOPI y a partir de la aprobación de su Reglamento mediante decreto supremo.

-Decreto Supremo n.º 039-2021-PCM, publicado el 04 marzo 2021, que aprueba el reglamento de la ley 31112 que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

Dicha norma regula en su capítulo II el procedimiento de autorización previa de operaciones de concentración empresarial y establece los requisitos de la solicitud para iniciar ese procedimiento.

-Reglamento de Propiedad indirecta, vinculación y grupos económicos, aprobado con Resolución CONASEV 090-2005-EF-94.10.

Artículo 6. DEFINICIÓN DE CONTROL. Para efectos del presente reglamento, se considera control la capacidad de dirigir la administración de la persona jurídica. Salvo prueba en contrario, se presume la existencia de control en los siguientes casos: a) Cuando a través de la propiedad directa o indirecta de acciones, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso o similares, acuerdos con otros accionistas o cualquier otro acto jurídico, se pueden ejercer más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de dicha persona jurídica, salvo que en la misma persona jurídica un tercero se encuentre en la situación prevista en el inciso b) siguiente. b) Cuando sin contar con más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de dicha persona jurídica, pueden designar o remover a la mayoría de los miembros del directorio.

-Normas especiales sobre Vinculación y Grupo económico, aprobadas con Resolución SBS 445-2000.

Artículo 3, de la vinculación por riesgo único.

Artículo 5-g, de la vinculación por relaciones de gestión, por existir dependencia comercial directa difícilmente sustituible.

Artículo 9, de los alcances de control.

Artículo 10, establece las presunciones de control en grupo económico.

-Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo 861 de 1996, Texto Único Ordenado LMV - Artículo 28.- Hechos de Importancia (*texto según Ley 27649 de 2002).

-Reglamento de hechos de importancia, información reservada y otras comunicaciones, Resolución CONASEV n.º 107-2002-EF-94.10.

7.3.- Norma internacional

160.) Como lo señala la OEA en su portal web, sección especial sobre la libertad de expresión “el marco jurídico provisto por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se consagra como el más garantista entre los diversos sistemas regionales existentes⁸⁸. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH - 1969) en su artículo 13 da un altísimo valor a la libertad de expresión⁸⁹”.

CADH Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. **No se puede restringir** el derecho de expresión por vías o **medios indirectos**, tales como el abuso de **controles** oficiales o **particulares** de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información

⁸⁸Documentos básicos del sistema interamericano en libertad de expresión.

En: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/sistema_interamericano.asp

⁸⁹Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica"; fue aprobada el 22 noviembre 1969 por la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Entró en vigencia el año 1978. El Perú ratificó la Convención también en 1978.

o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

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

161.) Por su parte, también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH – 1948) en su artículo IV y la Carta Democrática Interamericana (CDI – 2001)⁹⁰ en su artículo 4 reconocen esa alta importancia a la libertad de expresión:

DADDH- Artículo 4.

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

CDI - Artículo 4.

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

162.) Asimismo, en octubre 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH aprobó la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión⁹¹. Respecto del tema que ocupa la presente sentencia (formas directas e indirectas de presión, restricciones y obstáculos que violan la libertad de expresión y el pluralismo) cabe resaltar los principios 5 y 12:

Declaración de Principios

Principio 5: La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

Principio 12: Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser

⁹⁰ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en abril 1948, en Bogotá, Colombia, es “el primer documento internacional de derechos humanos de carácter general”:

La Carta Democrática Interamericana fue aprobada en setiembre 2001, en Lima, Perú.

⁹¹Declaración de Principios sobre la libertad de expresión, aprobada por la CIDH el 19 octubre 2000, elaborada por la Relatoría Especial para la Libertad de expresión, órgano especializado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión ha señalado que la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión es un "texto fundamental para la interpretación del Artículo 13 de la Convención".

La Comisión es el "órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos OEA, encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano, institución del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos SIDH".

En: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>.

exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

163.) En cuanto al reconocimiento de la libre expresión en otros instrumentos jurídicos de nivel global y de otras regiones del planeta, el Juzgado toma en cuenta:

-La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)⁹² aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 (artículo 19).

-El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁹³ (artículo 19).

-La Convención Europea de los Derechos del Hombre (CEDH), de 1950⁹⁴ y

-La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (artículo 10)⁹⁵.

⁹²DUDH. Artículo 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."

Un autor recuerda que "en tanto *aprobada mediante* Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la DUDH no es vinculante para los Estados miembros; *sin embargo*, algunas secciones, entre las que se cuenta al Artículo 19, tienen amplio reconocimiento de que han alcanzado validez jurídica como derecho internacional consuetudinario", no en vano "es la declaración internacional más importante en materia de derechos humanos". En "*Concentración de medios y libertad de expresión: Normas globales y consecuencias para las Américas*", Mendel, García, Gómez, 2017, Unesco.

Disponible en internet: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000248091_spa.

⁹³PIDCP. Artículo 19: (1) Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. (2) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

El PIDCP es un tratado que en octubre de 2015 había sido ratificado por 168 países del mundo.

Como señala un autor "La libertad de expresión es un derecho garantizado en los tres tratados regionales más importantes sobre derechos humanos:

"-Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 9.

"-Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 13 (*como hemos visto arriba*), y

"-Convención Europea de Derechos Humanos, Artículo 10.

En: "*Concentración*"; Mendel y otros.

⁹⁴CEDH. Art. 10.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

Art.10.2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a, ciertas formalidades condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 noviembre 1950 y entró en vigor en 1953.

⁹⁵Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

Artículo 9:

1. Todo individuo tendrá derecho a recibir información.

2. Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley.

-Cabe precisar que en las regiones de Asia – Pacífico no existen instrumentos regionales de derechos humanos con los alcances generales que tienen los tratados de América, Europa y África⁹⁶.

164.) Finalmente, en la medida que en el presente caso se debate el pluralismo informativo en el contexto de una nación pluricultural como el Perú, consideramos pertinente tomar en cuenta dos instrumentos emanados del órgano especializado de las Naciones Unidas en la Educación, la Ciencia y la Cultura que pone de relieve la defensa del pluralismo en los medios de prensa como **garantía** para la vigencia de la **diversidad cultural**:

-La Declaración de Windhoek, el principal documento de la UNESCO en materia de medios de comunicación y prensa (1991)⁹⁷, recuerda la necesidad de una prensa pluralista como indispensable para la democracia y el desarrollo económico de los pueblos (Principio 1), y define una prensa pluralista como aquella exenta de poderes monopólicos (Principio 3).

-La Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, de 2001⁹⁸, reconoce el derecho al pluralismo en los medios de comunicación como **garantía** de la diversidad cultural (artículo 6).

La Carta de Banjul (por la ciudad sede de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) fue aprobada el 27 julio 1981, por la Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, en Nairobi, Kenya.

⁹⁶Según el libro “Derechos Humanos. Manual para parlamentarios n.º 26” del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (2016): “En la Región árabe (que comprende países de África y Asia) en mayo 2004, la Liga de los Estados Árabes adoptó la Carta Árabe de Derechos Humanos, que entró en vigor en marzo de 2008”. “En los países de Asia y el Pacífico no existe ningún convenio regional de derechos humanos”, solo “la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) aprobó una Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN, en Phnom Penh (Camboya) en noviembre 2012; no obstante, la Declaración ha recibido numerosas críticas por su reducida referencia a las normas internacionales de derechos humanos y por no haber incluido consultas significativas con la sociedad civil durante el proceso de redacción”.

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf

Carta Árabe de Derechos Humanos. Reconoce el derecho de libertad de expresión en los siguientes términos:

Artículo 32. La presente Carta deberá asegurar el derecho a la información, la libertad de opinión y libertad de expresión, la libertad para buscar, recibir y difundir información por todos los medios, independientemente de las fronteras. 2. Dichos derechos y libertades son ejercidos en el marco de los principios fundamentales de la sociedad y sólo podrán ser sujetos a las restricciones necesarias para el respeto de los derechos o la reputación de otros y para la protección de la seguridad nacional o del orden público, la salud o la moral.

(Versión en español de la Carta Árabe publicada por la Revista de Derecho Internacional de la Universidad de Boston en colaboración con la Sede en Boston de la Universidad Nacional Autónoma de México).

<https://aci.hl.org/res/documents/CARTA-%C3%81RABE-DE-DERECHOS-HUMANOS.2004.pdf>

⁹⁷Declaración de Windhoek (Namibia), aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 3 mayo 1991.

1.- De conformidad con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el establecimiento, mantenimiento y fortalecimiento de una prensa independiente, pluralista, y libre es indispensable para el desarrollo y mantenimiento de la democracia en un país, así como para el desarrollo económico.

3.- Por prensa pluralista debe entenderse la supresión de los monopolios de toda clase y la existencia del mayor número posible de diarios, revistas y otras publicaciones periódicas que reflejen la más amplia gama posible de opiniones dentro de la comunidad.

⁹⁸Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, 2001, aprobada el 2 noviembre 1991. Identidad, Diversidad y Pluralismo

Artículo 6. Hacia una diversidad cultural accesible a todos

Al tiempo que se garantiza la libre circulación de las ideas mediante la palabra y la imagen, hay que velar por que todas las culturas puedan expresarse y darse a conocer. La libertad de expresión, el **pluralismo de los medios de comunicación**, el plurilingüismo, la igualdad de acceso a las expresiones artísticas, al saber científico y tecnológico -comprendida su presentación en forma electrónica- y la posibilidad, para todas las culturas, de estar presentes en los medios de expresión y de difusión, son los garantes de la diversidad cultural.

Artículo 1. La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad

-La Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 2005, de la UNESCO (Preámbulo, Artículo 2, Principios 2 y 7)⁹⁹ impone a los Estados obligaciones como garantizar la libertad de expresión como forma de proteger la diversidad cultural, garantizar el acceso de las culturas a los medios de expresión y difusión para valorizar la diversidad cultural, etc.

Asimismo, y en la medida que en el presente caso la discusión del asunto tiene que ver con la probable afectación a un derecho fundamental (libertad de expresión) por parte de un grupo privado (grupo empresarial), tomamos en cuenta un instrumento aprobado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y dirigido especialmente a las **empresas respecto de su obligación de respetar los derechos humanos** en cualquier actividad empresarial en el mundo:

-Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar', de 2011 (Principios 11, 18, 23)¹⁰⁰.

La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Artículo 2. De la diversidad cultural al pluralismo cultural

En nuestras sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar una interacción armoniosa y una voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales a un tiempo plurales, variadas y dinámicas. Las políticas que favorecen la integración y la participación de todos los ciudadanos garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz. Definido de esta manera, el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural. Inseparable de un contexto democrático, el pluralismo cultural es propicio para los intercambios culturales y el desarrollo de las capacidades creadoras que alimentan la vida pública.

Artículo 3. La diversidad cultural, factor de desarrollo

La diversidad cultural amplía las posibilidades de elección que se brindan a todos; es una de las fuentes del desarrollo, entendido no solamente en términos de crecimiento económico, sino también como medio de acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactorias.

En: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁹⁹Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales 2005, aprobada el 20 octubre 2005:

(Preámbulo) Reiterando que la libertad de pensamiento, expresión e información, así como la diversidad de los medios de comunicación social, posibilitan el florecimiento de las expresiones culturales en las sociedades,

Artículo 2 - Principios rectores

1. Principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales

Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales (...)

7. Principio de acceso equitativo

El acceso equitativo a una gama rica y diversificada de expresiones culturales procedentes de todas las partes del mundo y el acceso de las culturas a los medios de expresión y difusión son elementos importantes para valorizar la diversidad cultural y propiciar el entendimiento mutuo.

En: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

¹⁰⁰Principios rectores de la empresa, elaborados por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Resolución 17/4, de 16 junio 2011).

II. LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS.

A. PRINCIPIOS FUNDACIONALES

Principio 11. Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.

Principio 18. A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse

-Declaración conjunta de 2002, de los Relatores de libre expresión de la ONU, Europa y América: "Los propietarios de los medios de prensa tienen la responsabilidad de respetar la libertad de expresión y, en particular, la independencia editorial.

7.4.- Interpretación de la norma internacional de libre expresión, pluralismo y mercados concentrados, a la luz de la jurisprudencia de los tribunales y de los órganos de supervisión de derechos humanos de América y Europa

7.4.1.- Opinión Consultiva y Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

165.) Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 noviembre 1985, Caso la Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos):

Fundamento 30: El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole..." Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho

implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe:

- a) Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes;
- b) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación.

CUESTIONES DE CONTEXTO

Principio 23. En cualquier contexto, las empresas deben:

- a) Cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen;
- b) Buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas;
- c) Considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen.

El Representante Especial adjuntó los Principios Rectores a su informe final al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/17/31), que también incluye una introducción a dichos Principios y un resumen del proceso que llevó a su elaboración. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_sp.pdf

colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Fundamento 31: En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier... procedimiento", está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al estatus de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

Fundamento 32: En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

Fundamento 33: Las dos dimensiones mencionadas (supra 30) de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

Fund. 34. *Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son **los medios de comunicación social** los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento **deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad**. Para ello es indispensable, entre otros, **la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.***

Fund. 47. *El artículo 13.2 tiene también que interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que es el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante "vías o medios indirectos... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones". Ni la Convención Europea ni el Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos) contienen una disposición comparable. Es, también, significativo que la norma del artículo 13.3 esté ubicada inmediatamente después de una disposición -el artículo 13.2- que se refiere a las restricciones permisibles al ejercicio de la libertad de expresión. Esa circunstancia sugiere el deseo de asegurar que los términos del artículo 13.2 no fuesen mal interpretados en el sentido de limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión.*

Fund. 48. *El artículo 13.3 no sólo trata de las restricciones gubernamentales indirectas, sino que también prohíbe expresamente "controles... particulares" que produzcan el mismo resultado. Esta disposición debe leerse junto con el artículo 1.1 de la Convención, donde los Estados Partes "se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención... y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..." Por ello, la violación de la Convención en este ámbito puede ser producto no sólo de que el Estado imponga por sí mismo restricciones encaminadas a impedir indirectamente "la comunicación y la circulación de ideas y opiniones", sino también de que no se haya asegurado de que la violación no resulte de los "controles... particulares" mencionados en el párrafo 3 del artículo 13.*

Fundamento 56: Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica "medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

Fund. 69. *Considera la Corte (que) el concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. En este sentido, la Corte adhiere a las ideas expuestas por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, señaló: "que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue conceder derechos y obligaciones recíprocos con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino... establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideales, libertad y régimen de derecho".¹⁰¹ También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se*

¹⁰¹ Caso "Austria vs. Italy", Application N.º 788/60, European Yearbook of Human Rights, vol.4, (1961), pág. 138 citado en el Informe Anual).

respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información.

Fundamento 70: La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también **conditio sine qua non** para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre¹⁰².

166.) **Sentencia del 06 febrero 2001, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú:**

Fundamento 149: La importancia de este derecho (libertad de expresión) destaca aún más al analizar el papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones¹⁰³.

167.) **Sentencia del 02 julio 2004, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica:**

Fundamento 116: Existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.

Fundamento 117: Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

Fundamento 118: Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al

¹⁰²En: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

¹⁰³En: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf

público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad. Al contrario, los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención.

Fundamento 119: En este sentido, la Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca¹⁰⁴.

168.) **Sentencia del 31 agosto 2004, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay:**

Fundamento 88: La Corte considera importante resaltar que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión¹⁰⁵.

169.) **Sentencia del 02 mayo 2008, Caso Kimel vs. Argentina:**

Fundamento 57: Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y

¹⁰⁴En: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

¹⁰⁵En: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas¹⁰⁶.

170.) **Sentencia del 28 enero 2009, Caso Ríos y otros vs. Venezuela:**

Fundamento 107: El ejercicio efectivo de la libertad de expresión implica la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan. Es posible que esa libertad se vea ilegítimamente restringida por actos normativos o administrativos del Estado o por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan o intenten ejercerla, por actos u omisiones de agentes estatales o de particulares. En el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación, así como, en su caso, investigar hechos que los perjudiquen¹⁰⁷.

171.) **Sentencia del 22 junio 2015, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela:**

Fundamento 140: La Corte ha enfatizado que la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”. No sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población. Cualquier condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionales al fin legítimo que se persigue. Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios.

Asimismo, los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana resaltan la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, al establecer que “[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de

¹⁰⁶En: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

¹⁰⁷En: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf

elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos” y “[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

Fundamento 141: Este Tribunal desde sus inicios ha resaltado la importancia del pluralismo en el marco del ejercicio del derecho a la libertad de expresión al señalar que éste implica la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. La relevancia del pluralismo ha sido, a su vez, destacada por la Asamblea General de la OEA en diversas resoluciones, en las cuales ha reafirmado que “los medios de comunicación libres e independientes son fundamentales para la democracia, para la promoción del pluralismo, la tolerancia y la libertad de pensamiento y expresión, y para la facilitación de un diálogo y un debate libre y abierto entre todos los sectores de la sociedad, sin discriminación de ningún tipo”.

Fundamento 144: Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, El Estado debe

→ **minimizar las restricciones** a la información

→ y, **en la mayor medida** posible, **equilibrar la participación** de las **distintas corrientes** en el debate público, **impulsando el pluralismo informativo**.

En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas.

Fundamento 145: En concordancia con todo lo anterior, los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos y principios establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano, para lo cual

→ **deberán establecer leyes y políticas** públicas que **garanticen el pluralismo** de medios o informativo

en las distintas áreas comunicacionales, tales como, por ejemplo, **la prensa**, radio, y televisión.

Fundamento 170: En este sentido y con relación al pluralismo de medios, la Corte recuerda que

→ los ciudadanos de un país tienen **el derecho a acceder** a la información y a las ideas **desde una diversidad de posturas**, la cual debe ser garantizada en los diversos niveles, tales como

- los tipos de medios de comunicación,

- las fuentes y

- el contenido. (.)

La Corte resalta que el pluralismo de ideas en los medios

→ no se puede medir **a partir de la cantidad de medios de comunicación**,

sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura¹⁰⁸.

172.) Sentencia del 31 agosto 2017, Caso Lagos del Campo vs. Perú:

Fundamento 91: En este sentido, la libertad de expresión resulta una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores, a fin de proteger sus derechos laborales, mejorar sus condiciones e intereses legítimos, puesto que sin este derecho dichas organizaciones carecerían de eficacia y razón de ser.

Fundamento 92: Asimismo, la Corte ha establecido que la obligación de garantizar los derechos de la Convención presupone obligaciones positivas para el Estado, a fin de proteger los derechos inclusive en la esfera privada. En casos como el presente, las autoridades competentes, sean judiciales o administrativas, tienen el deber de revisar si las actuaciones o decisiones que se ejercen en el ámbito privado y acarreen consecuencias a derechos fundamentales, resultan acorde con el derecho interno y sus obligaciones internacionales. De lo contrario, el Estado debe corregir la vulneración a estos derechos y brindarles una adecuada protección.

Fundamento 93: Sobre el particular, este Tribunal ha reconocido que “en términos amplios de la Convención Americana, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal”. En el caso de la libertad de expresión, cuyo ejercicio real y efectivo no depende simplemente del deber del Estado de abstenerse de cualquier injerencia, sino que puede requerir medidas positivas de protección incluso en las relaciones entre las personas. En efecto, en ciertos casos, el Estado tiene la obligación

¹⁰⁸En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf

positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión, incluso frente a ataques provenientes de particulares¹⁰⁹.

7.4.2.- Los Informes Anuales de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – OEA) de los organismos de derechos humanos del mundo

173.) A partir de **1998**, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, creada en 1997, inició una serie ininterrumpida de estudios y diagnósticos y propuestas normativas a los Estados en relación con la Libertad de Expresión¹¹⁰. En dicho contexto, el Informe Anual de 1998 fue el siguiente hito en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la protección de esta libertad en situaciones generadas por los mercados de medios de comunicaciones¹¹¹.

174.) →Informe Anual de la Relatoría Especial 1998.

Este primer informe anual ratifica la vigencia de la interpretación de la Corte en **1985** respecto del carácter contra convencional de la existencia de monopolios y oligopolios en la propiedad de los medios, y recuerda que el artículo 13 de la Convención también protege contra las **violaciones y restricciones indirectas** de la libertad de expresión, ejemplo si provienen de privados. Esta posición institucional de la Comisión Interamericana ha sido reiterada en cada uno de los **23 Informes Anuales** sucesivos que de

¹⁰⁹En: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

¹¹⁰ El Informe Anual de la Relatoría Especial de libertad de expresión forma parte del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el cual comprende las acciones desplegadas por la Comisión en los ámbitos concernientes a todos los derechos humanos.

Para fines prácticos en adelante esta sentencia al referirse al “Informe Anual” se entiende solamente al emitido particularmente por la Relatoría de libertad de expresión.

“La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión fue creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (...) en octubre de 1997. Desde su establecimiento, la Relatoría contó con el respaldo, no solo de la CIDH, sino de los Estados, organizaciones de la sociedad civil de todo el hemisferio, los medios de comunicación, periodistas y, principalmente, las víctimas de violaciones a la libertad de expresión quienes han visto en la Relatoría un apoyo importante para el restablecimiento de las garantías necesarias al ejercicio de sus derechos o para asegurar las justas reparaciones que amerite su situación”. (En: Informe Anual 2004 de la Relatoría Especial para la libertad de Expresión, Introducción, 1).

¹¹¹ En un posterior Informe Anual (de 2004), se menciona también que en el tiempo que duraba este órgano (a esa fecha 7 años, y en la actualidad más de 20 años), la actividad de la Relatoría ya contaba con el reconocimiento de todos los Estados de la OEA, tal como se comprueba con las siguientes declaraciones:

Segunda Cumbre de las Américas, de Jefes de Estado y Gobierno, Declaración de Santiago de abril de 1998:

“...Celebramos la reciente constitución de un Relator Especial para la Libertad de Expresión, en el marco de la Organización de los Estados Americanos. “Se recomendó (...) el apoyo a las actividades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en este campo, en particular a la recién creada Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”

Tercera Cumbre de las Américas, en Quebec, Canadá, abril 2001:

“...Apoyarán la labor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión a través del Relator Especial sobre Libertad de Expresión de la CIDH, procederán a la difusión de los trabajos de jurisprudencia comparada, y **buscarán asegurar que su legislación nacional sobre libertad de expresión esté conforme a las obligaciones jurídicas internacionales.**

manera ininterrumpida ha dictado la Relatoría Especial desde entonces. En el Informe de 1998, capítulo 3 de las “Restricciones a la libertad de expresión”, el Relator precisa entre otros puntos lo siguiente:

En la Opinión Consultiva 5-85 la Corte había señalado que “*El artículo 13.2 tiene también que interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que es el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante "vías o medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones" (...) (véase fund. 47 OC5), cláusula que como la Corte también señaló en la OC 5, no se encuentra "en la Convención Europea ni en el Pacto (PIDCP)"*”.

El Relator invoca en este punto la OC 5 para poner de relieve que conforme a la Convención, art. 1.1. “*los Estados se han comprometido a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención... y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción... (y en consecuencia) "la violación de la Convención en este ámbito puede ser producto no sólo de que el Estado imponga por sí mismo restricciones encaminadas a impedir indirectamente "la comunicación y la circulación de ideas y opiniones", sino también de que no se haya asegurado de que la violación no resulte de los "controles... particulares" mencionados en el párrafo 3 del artículo 13"*”.

Finalmente, el Relator vuelve a ratificar lo señalado por la Corte en 1985 en el sentido de que “*la supresión de la libertad de expresión como ha sido descrita en el párrafo precedente (...la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones...), si bien constituye el ejemplo más grave de violación del artículo 13, no es la única hipótesis en que dicho artículo no sea respetado (y que) más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica "medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones"*”.

175.) La posición del Sistema Interamericano de Derechos Humanos materializada en el Informe del Relator especial **desde 1998** y en base a lo resuelto jurisdiccionalmente por la Corte en 1985 en el caso OC 5-85 es, al parecer del Juzgado, que un Estado Parte de la Convención (por ejemplo el Perú) será responsable **también por las violaciones indirectas a la libre expresión** que cometan los grupos privados, o sea incurre en responsabilidad por omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de garantía. Así, en situaciones donde un grupo empresarial alcanza la situación de hecho señalada por la Corte como una de las formas de violación indirecta (ora el monopolio, ora el oligopolio entendido este último como la propiedad de los medios de comunicación, en cualquier sector de ellos, en un reducido número de titulares), el Estado está obligado a actuar (no puede permanecer omiso) del modo más eficaz y

restablecer la situación “a los *requerimientos de la libertad de expresión*”.

176.) **→2000. “Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión”**

Poco tiempo después, en octubre 2000, la Comisión Interamericana aprueba la “**Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión**”, que constituye un nuevo hito en la protección de la libertad de expresión en relación específica a los mercados de medios de comunicación. En esta ocasión el órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos define a los monopolios y oligopolios como incompatibles con la democracia y la pluralidad y diversidad informativa y obliga a los Estados a disponer medidas legislativas. Asimismo, se refiere que incluso restricciones indirectas¹¹² a la libre circulación de ideas violan la libertad de expresión.

177.) **→Informe Anual 2000 – Pautas para la Interpretación de la Declaración de Principios.**

A inicios de 2001 fue publicado¹¹³ el Informe Anual correspondiente al año 2000 del Relator Especial para la libertad de expresión, el mismo que incluye tanto la Declaración de Principios arriba citada, como un capítulo de “**Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de expresión**”, en el que la Relatoría expone nuevos criterios para la aplicación de la libertad de expresión en el contexto de la economía.

178.) El Relator resalta los casos de presiones económicas de parte de grupos de poder privados que limitan los medios de comunicación, los casos que otras formas limitan el libre flujo de ideas como incompatibles con el pluralismo democrático, y los casos de monopolios u oligopolios los cuales califica como obstáculos en la difusión y recepción de opiniones diferentes, como formas de excluir

¹¹² Declaración de Principios sobre la libertad de expresión, aprobada por la CIDH el 19 octubre 2000, elaborada por la Relatoría Especial para la Libertad de expresión, órgano especializado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión ha señalado que la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión es un "texto fundamental para la interpretación del Artículo 13 de la Convención".

La Comisión es el "órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos OEA, encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano, institución del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos SIDH".

En: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>.

¹¹³El Informe Anual del Relator Especial de libertad de expresión, correspondiente al año 2000 reproduce la Declaración de Principios e incluye un capítulo para los “Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre libertad de expresión”. El Informe Anual de 2000, publicado a principios de 2001, contiene referencias a hechos relevantes acaecidos en el campo de la libertad de expresión en los primeros meses de 2001, como las sentencias de la Corte: caso Ivcher y caso “Última tentación de Cristo”, de febrero de 2001.

del acceso a los medios a individuos y grupos sociales, como situaciones en que los medios no materializan el ejercicio de la libre expresión, como obstáculos que discriminan a las personas en la recepción e impartición de información, como situaciones **de hecho** que limitan el derecho de información de **toda la sociedad**, que reducen la posibilidad de una información variada, que niegan la pluralidad como **requisito fundamental** que debe tener la libre expresión.

-Interpretación del Principio 5 de la Declaración de Principios:

*Fund. 27. Asimismo, este principio establece que es **inadmisible la imposición de presiones económicas o políticas por parte de sectores de poder económico y/o del Estado** con el objetivo de influenciar o limitar tanto la expresión de las personas como de los medios de comunicación. La Comisión Interamericana ha expresado al respecto que el uso de poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, ya que al acallar ideas y opiniones impopulares o críticas se restringe el debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. **La limitación en el libre flujo de ideas que no incitan a la violencia anárquica es incompatible con la libertad de expresión y con los principios básicos que sostienen las formas pluralistas y democrática de las sociedades actuales.***

-Interpretación del Principio 12 de la Declaración de principios:

*Fund. 53. **La existencia de monopolios u oligopolios públicos o privados se constituye en un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, como también para la recepción de opiniones diferentes.** Tanto la Corte Interamericana como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han manifestado que la libertad de expresión requiere que **los medios de comunicación social estén abiertos a todos sin discriminación**, o más exactamente que **no haya individuos o grupos que estén excluidos del acceso a tales medios. Exige igualmente ciertas condiciones respecto a estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de la libertad de expresión.** Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión y por lo tanto **deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad**¹¹⁴.*

*Fund. 54. Dentro de este contexto, **se debe garantizar el derecho de todas las personas de contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación, sin discriminación, por ningún motivo. Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación masiva representan un serio obstáculo al derecho de todas las personas a poder expresarse y a recibir información.** Uno de los requisitos fundamentales del derecho a la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información. **El control de los medios de comunicación en forma monopólica u oligopólica afecta seriamente el requisito de pluralidad en la información.***

*Cuando las **fuentes de información están seriamente reducidas en su cantidad, como es el caso de los oligopolios, o bien existe una única fuente, como los monopolios, se facilita la posibilidad de que la información que se difunda no***

¹¹⁴Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios L.E. Nota 64] CIDH, OEA/ser L/V/II.88, Doc. 9 rev (1995).

*cuenta con los beneficios de ser confrontada con información procedente de otros sectores, **limitando de hecho, el derecho a la información de toda la sociedad.***

*Fund. 55. En la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, **tienen un innegable poder** en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. **Si estos medios son controlados por un reducido número** de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, **creando una sociedad en donde un reducido número de personas, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas.***

*Esta **carencia de pluralidad** en la información es un **serio obstáculo** para el funcionamiento **de la democracia**. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este **debate no existe o está debilitado** debido a que **las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático.***

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “La libre circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información y del respeto a los medios de comunicación. No basta para ello que se garantice el derecho de fundar o dirigir órganos de opinión pública, sino que es necesario también que los periodistas y, en general, todos aquellos que se dedican profesionalmente a la comunicación social, puedan trabajar con protección suficiente para la libertad e independencia que requiere este oficio¹¹⁵”.

179.) En los años siguientes, en los Informes Anuales, la Relatoría en su papel de órgano supervisor del cumplimiento de las obligaciones estatales en libertades de expresión, va a reiterar la doctrina ya expuesta desde la Opinión Consultiva de 1985 de la Corte y la Declaración de Principios de 2000 de la Comisión:

→Informe Anual de 1999 de la Relatoría especial:

En sus varias secciones ratifica los alcances de la OC 5-85, destaca las restricciones legales existentes en los países del hemisferio como “obstáculo institucional”, leyes que no responden a los estándares internacionales, y que deben ser reformadas, etc.¹¹⁶

→Informe Anual 2000 de la Relatoría especial:

Además del importante capítulo dedicado a la Declaración de Principios sobre L.E. y a las líneas de Interpretación de la

¹¹⁵ Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios L.E. Nota [65] OEA, Demanda *presentada por la Comisión Interamericana* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Baruch Ivcher Bronstein contra la República del Perú, Caso 11.762, pág. 27.

¹¹⁶ Informe Anual de 1999 de la Relatoría Especial sobre libertad de expresión. El Relator señaló como “principal obstáculo institucional para el pleno y efectivo reconocimiento y ejercicio de este derecho, la protección de los demás derechos fundamentales y el desarrollo de una sociedad democrática pluralista”, a “las restricciones legales existentes”. Destacó que “es necesario contar con la legislación adecuada”, pues “en el hemisferio existen un gran número de leyes que no responden a los estándares internacionales y deben ser reformadas si se quiere contar con un marco legal que promueva y defienda la libertad de expresión e información”. Informe 1999, Cap. II. Evaluación de la libertad de prensa en el hemisferio. A. Introducción.

Por otro lado, en consonancia con la OC 5-85, el Relator recuerda que “la importancia que el Sistema Interamericano le otorga a la libertad de expresión e información queda demostrada a partir del momento en que la protección a este derecho es más amplia que en otros sistemas regionales (Europa, Mundo)”. Informe 1999, II. B. Legislación y Libertad de expresión.

Declaración de Principios, el Informe señala los casos de prácticas monopólicas sobre los medios de comunicación en algunos países de América y recuerda que las mismas son incompatibles en cualquier mercado de medios, incluida “la prensa escrita”¹¹⁷.

→Informe Anual de 2001 de la Relatoría especial:

Este Informe se ubica en el contexto de dos hechos relevantes en el campo jurisdiccional y político: Ese año 2001 la Corte dictó sentencia en el caso Ivcher contra Perú, y la OEA aprobó su Carta Democrática Interamericana cuyo artículo 4 reconoce la libertad de expresión como constituyente de la democracia. La Relatoría pone de relieve otra vez la doctrina de la Corte respecto del efecto de monopolios y oligopolios como **grave obstáculo** al derecho de las personas a expresarse y a recibir información y a la diversidad¹¹⁸.

→Informe Anual de 2002 de la Relatoría Especial en L.E.

¹¹⁷Informe Anual de 2000, del Relator Especial para L.E. Observamos que son dos los casos en que la Relatoría resalta la existencia de prácticas monopólicas en los medios, uno de carácter estatal en Cuba, y otro de carácter privado en Cuba. (Cap. IV. Evaluación sobre el estado de la libertad de expresión en el hemisferio).

“34. La Constitución limita, además, la libertad de expresión al establecer el control de los medios de comunicación. En su Artículo 15, la Constitución establece que los medios de comunicación son propiedad del Estado y no pueden ser de propiedad privada. En el Artículo 53 se indica que el propósito de esta restricción es garantizar que la prensa, la radio, la televisión, el cine y otros medios de comunicación sólo puedan ser utilizados en beneficio del “pueblo trabajador y del interés de la sociedad”. El Relator Especial considera que la imposición de mecanismos jurídicos para ejercer un control total de los medios de prensa y de otros comunicadores sociales tiene un efecto negativo para el respeto y la protección de la libertad de expresión. Estas imposiciones niegan a los individuos su derecho fundamental a participar plenamente en la vida social, política, económica y cultural”.

“120. En Guatemala existe un monopolio de hecho de la televisión abierta de canales VHF (...) afecta seriamente la libertad de expresión y el derecho de información de los guatemaltecos. El Relator Especial quiere reiterar que la existencia de dicho monopolio es un serio obstáculo para el pleno ejercicio de la libertad de expresión de los diversos sectores de la sociedad guatemalteca. La existencia de prácticas monopólicas en los medios de comunicación tanto en el ámbito de la televisión como también de la radio o la prensa escrita, no es compatible con el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática”.

¹¹⁸ Informe Anual de 2001 de la Relatoría especial en L.E.

“15. Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación de masas representan un grave obstáculo al derecho de todas las personas a expresarse y recibir información, lo que afecta gravemente el requisito del pluralismo. Cuando las fuentes de información se reducen drásticamente en cantidad, como sucede con los oligopolios, o cuando sólo existe una fuente, como pasa con los monopolios, aumenta la posibilidad de que se elimine el beneficio de que la información difundida sea impugnada por otra fuente, con lo cual, en la práctica, se limita el derecho de información de toda la sociedad.

“16. En gran medida por las mismas razones, si hay múltiples medios de comunicación, pero sus propietarios y trabajadores son fuertemente representativos de determinado grupo social, político, religioso, cultural o de otro género, la diversidad de puntos de vista es limitada. Se requieren criterios democráticos para la adjudicación de frecuencias de radiocomunicación y televisión, a fin de garantizar la diversidad de puntos de vista (Capítulo VI. Ética en los medios de difusión).

Por otro lado, el Informe vuelve a señalar a Cuba y Guatemala como los dos países donde hay monopolios absolutos en la propiedad de los medios.

“93. Asimismo, sigue existiendo en Cuba un monopolio y control absoluto por parte del Estado de la información, impidiendo así el derecho de los cubanos a acceder a una pluralidad de fuentes de información y opinión.

“114. La Relatoría reitera que la existencia de este monopolio de hecho afecta seriamente la libertad de expresión y el derecho de información de los guatemaltecos. La información recibida da cuenta de que los monopolios privados han mantenido una política dirigida a moldear la opinión pública en favor de los sectores del gobierno obstaculizando la labor del periodismo independiente (Capítulo II. Evaluación sobre el estado de la libertad de expresión en el hemisferio”.

Cabe señalar que este diagnóstico sobre Cuba y Guatemala se va a repetir en todos los Informes Anuales del Relator Especial.

Este informe sigue en la línea de los anteriores, y entre las violaciones indirectas a la libertad de expresión menciona que “*dada la concentración en la propiedad de los medios impresos, de radio y de tv (.) se estarían consolidando prácticas que impiden la expresión plural y diversa*¹¹⁹”.

Por otro lado, el Informe 2002 aporta un marco conceptual en la relación entre democracia, libertad de expresión y pobreza¹²⁰, y con énfasis señala que: “*el efectivo respeto a la libertad de expresión es una herramienta fundamental para incorporar a quienes, por razones de pobreza, son marginados tanto de la información, como de cualquier diálogo. Dentro de este marco de referencia, es deber del Estado garantizar la igualdad de oportunidades a todas las personas para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, eliminando todo tipo*

¹¹⁹Informe Anual 2002, de la Relatoría de L.E.

“20. Por otro lado, la Relatoría ha recibido expresiones de preocupación por parte de la sociedad civil, incluso medios de comunicación, acerca de que se podrían estar consolidando prácticas que impiden la expresión plural y diversa de opiniones dada la concentración en la propiedad de los medios de comunicación, tanto impresos como de radio y televisión. Recuerda que la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (.) es muy clara en ese sentido: los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación afectan la libertad de expresión. (Cap. II. Evaluación sobre el estado de la libertad de expresión en el hemisferio. B. Evaluación).

¹²⁰Informe Anual 2002, de la Relatoría de L.E., Introducción.

“7. La libertad de expresión es uno de los derechos más valorados en una democracia (...) “10. Pero el concepto de democracia puede ser entendido desde otro punto de vista: un concepto “Asociativo” (partnership) según el cual, el “gobierno del pueblo” significa el gobierno de todo el pueblo, actuando en conjunto como socios de una empresa colectiva de autogobierno. Una concepción cuya ventaja es que permite fundar por qué todos los individuos deben jugar un papel como iguales en la construcción de la empresa colectiva. En esta versión, la igualdad ciudadana requiere que no existan grupos que tengan desventajas en sus esfuerzos para ganar la atención y expresar sus puntos de vista.

“11. (.) Los altos índices de pobreza en gran parte de la región generan una imposibilidad para que quienes tienen sus necesidades básicas insatisfechas participen en esa empresa común. “Se dice muy plausiblemente que si un hombre es tan pobre que no puede permitirse algo, respecto de lo cual no hay ningún impedimento legal –una pieza de pan, un viaje alrededor del mundo o el recurso de los tribunales- él tiene tan poca libertad para obtenerlo como si la ley se lo impidiera” (Isaiah Berlin, “Cuatro Ensayos sobre la Libertad”, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pág. 221).

“12. Sin embargo, equivocadamente podría entenderse que las imperiosas necesidades económicas generadoras de pobreza por las que atraviesan muchas regiones del hemisferio merecen ser atendidas en primer lugar, postergando la urgencia de trabajar por la expansión de libertades políticas, en nuestro caso, por fortalecer y afianzar la libertad de expresión. Amartya Sen da por lo menos tres razones que explican lo equivocado de este análisis (.) y explica que la preeminencia de las libertades básicas tiene que ver con: a) su directa importancia para la vida humana asociada con las capacidades básicas, incluida la participación social y política; b) su rol instrumental para permitir que los individuos puedan expresar sus demandas y ponerlas en la atención política, incluyendo sus reclamos de necesidades económicas; y c) su rol constructivo en la conceptualización de lo que son las “necesidades”, incluyéndose lo que se debe entender por necesidades económicas en un determinado contexto social (“Development as Freedom”, Ed. Anchor Books, Nueva York, 1999, pág. 148).

“13. (.) La libertad de expresión puede también ser un instrumento para el desarrollo (.) de los sectores de la población que tiene las necesidades básicas insatisfechas. En el informe “Construyendo Instituciones para los Mercados” publicado en 2002 por el Banco Mundial, se explica que los medios de comunicación (.) pueden jugar un rol importante en el desarrollo económico influyendo tanto en los incentivos de los participantes del mercado, como en la demanda de cambio (.), aspectos que tienen que ver con la necesidad de que se garantice el ejercicio de este derecho sin ningún tipo de discriminación.

“También se aborda el tema relacionado con la importancia de establecer mecanismos para que los pobres accedan a la información pública como parte de su libertad de expresión (.) 15. Es importante insistir en que cuando la información pública se transforma en secreta como regla, ya sea porque la legislación lo dispone, o porque las prácticas instaladas en una sociedad así lo hacen, los efectos, al decir de Joseph Stiglitz, no son sólo políticamente adversos, sino que también se producen efectos económicos adversos.⁴ (.) La sociedad toda paga por los datos que conforman la información pública: la apropiación por parte de los funcionarios de esa información es, según Stiglitz un robo del mismo calibre al de cualquier otro bien público. (“The Right to Tell: the Role of the Mass Media in Economic Development”, World Bank Institute Development Studies, Washington DC, 2002, pág. 35).

*de medidas que discriminen a un individuo o grupo de personas en su participación igualitaria y plena de la vida política, económica y social de su país. Este derecho garantiza una voz informada para todas las personas, condición indispensable para la subsistencia de la democracia*¹²¹”.

→Informe Anual de 2003 de la Relatoría Especial en L.E.

Este informe sigue en la línea de los anteriores en materia de monopolios y oligopolios en la propiedad de los medios y señala que estos afectan la libertad de expresión; añade conclusiones de estudios del Banco Mundial de que “los monopolios o la propiedad concentrada de los medios de comunicación (...) reducen la efectividad de la cobertura de los medios e intervienen (.) en las decisiones sobre los contenidos”¹²², asigna un capítulo entero a las llamadas violaciones indirectas a la libertad de expresión, y recuerda que históricamente las concentraciones en la propiedad de los medios favorecen a los abusos del poder. El Informe también hace un resumen de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre libertad de expresión¹²³.

¹²¹ Informe Anual 2002 de la Relatoría de L.E.

Capítulo IV. Libertad de expresión y pobreza. [336] Nota en el Informe: Véase CIDH, Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/ser.L/V/II92/rev. 3, 3 mayo de 1996.

¹²² Informe Anual 2003, Relatoría de L.E.

Introducción. 6. La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, elaborada por la Oficina y aprobada por la CIDH en 2000, fue establecida como interpretación autorizada del Artículo 13 e importante documento para ayudar a los Estados a abordar estos problemas y defender el derecho a la libertad de expresión. 7. La Oficina del Relator Especial recuerda que el Principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión establece que los monopolios u oligopolios en la propiedad y el control de los medios de comunicación afectan la libertad de expresión

Evaluación sobre el estado de la libertad de expresión en el hemisferio.

17. (...) La concentración de la propiedad de los medios de comunicación es una práctica que impide la expresión plural y diversa de los distintos sectores de la sociedad. Esta es una práctica que, dada las denuncias que recibe la Relatoría al respecto, parece estar creciendo en el hemisferio. Ante ello, la Relatoría insiste en el cumplimiento del principio 12 (*de la Declaración de Principios*).

Capítulo V. Violaciones Indirectas de la libertad de expresión. Asignación discriminatoria de la publicidad oficial.

6. Históricamente, una porción considerable del capital productivo de los medios de comunicación en las Américas se ha originado en la asignación de publicidad oficial por los Estados. Este hecho, sumado a la selectividad discrecional en la colocación de la publicidad, crea el peligro de autocensura para evitar penurias financieras que pudieran enfrentar los medios a los que se niega la publicidad del Estado. Un estudio reciente de las estructuras de propiedad de los medios de comunicación en 97 países llega a la conclusión de que: “(...) los monopolios o la propiedad concentrada de los medios de comunicación que ejercen control sobre la información a los ciudadanos y las organizaciones, públicas o privadas, reducirán la efectividad de la cobertura de los medios y actualmente intervienen regularmente en las decisiones sobre los contenidos” (Nota 482: Grupo del Banco Mundial, Informe del Desarrollo Mundial 2002, 185-186).

2. Este tema merece especial atención en las Américas, donde la concentración de los medios de comunicación ha fomentado, históricamente, el abuso de poder por parte de los gobernantes en la canalización del dinero destinado a la publicidad”.

¹²³Otro estudio de Naciones Unidas señala: “aunque las reformas de mercado y la integración económica han reducido la proporción de medios informativos en poder del Estado, ha aumentado su concentración en el sector privado. Cuatro empresas informativas poseen el 85% de los diarios del Reino Unido, con dos tercios de los periódicos distribuidos. En los Estados Unidos, seis empresas controlan la mayoría de los medios informativos”. En: “Informe sobre Desarrollo Humano 2002. Profundizar la democracia en un mundo fragmentado”. Publicado para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) Ediciones Mundi-Prensa, 2002.

http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2002_es.pdf

180.) **→Informe Anual 2004 y el capítulo de “Violaciones Indirectas a la libertad de expresión: El impacto de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social”**

En 2004 se da un nuevo hito en la interpretación de la protección de la libertad de expresión respecto de monopolios y oligopolios. El Informe Anual del Relator, dedica el capítulo quinto al tema de “Violaciones Indirectas a la libertad de expresión: El impacto de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social”.

Menciona que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha mantenido una constante preocupación acerca de esta realidad, desde la Opinión Consultiva 5-85 en que la Corte Interamericana advirtió contra las formas “indirectas” de coartar la libertad de expresión, cuando “por cualesquiera otros medios, se impide la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”, pasando por cada uno de los Informes Anuales de la Relatoría Especial que desde 1998 viene advirtiendo que “la concentración en la propiedad de los medios de comunicación” es una de las “formas o amenazas indirectas contra la libertad de expresión”, debido a que “sus efectos generan un impacto adverso en la libre circulación de ideas¹²⁴”.

¹²⁴Informe Anual 2004 de la Relatoría Especial de Libre expresión. (A. Introducción. B. Primera Parte. 1.Violaciones directas e indirectas a la libertad de expresión, fund. 1-9).

Por otro lado (B.2.La Libertad de Expresión como Fundamento para la Pluralidad en la Información) el Informe señala que “desde hace algunos años se viene señalando que la concentración en la propiedad de los medios de comunicación masiva es una de las mayores amenazas para el pluralismo y la diversidad en la información. Aunque a veces difícilmente percibida por su carácter sutil, la libertad de expresión tiene un cercano vínculo con la problemática de la concentración. Este vínculo se traduce en lo que conocemos como “pluralidad” o “diversidad” en la información” (f.10), que la Corte ha referido que “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, indispensable para la formación de la opinión pública... y que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre” (f.11).

El Informe insiste en que (f.14) “la pluralidad denota el carácter esencial de la libertad de expresión para la vigencia de un régimen democrático y la libertad de expresión es condición para la transparencia, la existencia efectiva de alternativas, la responsabilidad y la participación racional del ciudadano en los sistemas políticos (...) y son los medios de comunicación los que permiten que los individuos puedan formar su propia opinión política y luego comparar la suya con la de otros” (f.15), por lo que “(f.16) es importante que los medios de comunicación social “en la práctica, sean verdaderos instrumentos de la libertad de expresión pues son los medios los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión y por lo tanto deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad.”

Así, el Informe recoge (f.17) “la tendencia, en los últimos años, que ha venido interpretando que uno de los requisitos fundamentales de la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información y opiniones disponibles al público. Y es por ello por lo que el control de los medios de comunicación en forma monopólica u oligopólica puede afectar seriamente el requisito de la pluralidad en la información (...) limitando de hecho, el derecho de información de toda la sociedad (...) y la existencia de monopolios u oligopolios públicos o privados constituye de esta forma un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, así como para la recepción de opiniones diferentes”(f.18). “En efecto, si estos medios están controlados por un número reducido de individuos o sectores sociales, o bien por uno solo, se genera una carencia de pluralidad que impide el funcionamiento de la democracia. La democracia requiere del enfrentamiento de ideas, del debate y de la discusión. Cuando este debate es inexistente o se encuentra debilitado porque las fuentes de información son limitadas, se ataca “el pilar principal del funcionamiento democrático”, pues, (f.19) conforme lo “ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica “medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (caso O.C. 5-85).

En consecuencia, proclama el Informe 2004, ahora (f.21) “los instrumentos nacionales e internacionales que inicialmente fueron utilizados para denunciar violaciones directas únicamente han sido reinterpretados con singular eficacia a fin de combatir estas nuevas formas de restricción de la libertad de expresión”.

Conclusiones y recomendaciones:

-“Reitera que la existencia de prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social afecta seriamente la libertad de expresión y el derecho de información de los ciudadanos de los Estados miembros, y no son compatibles con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática.

-“Las continuas denuncias recibidas por la Relatoría en relación con prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social de la región indican que existe una grave preocupación en distintos sectores de la sociedad civil en relación con el impacto que el fenómeno de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación puede representar para garantizar el pluralismo como uno de los elementos esenciales de la libertad de expresión.

-“Se recomienda a los Estados miembros de la OEA que desarrollen medidas que impidan las prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social, así como mecanismos efectivos para ponerlas en efecto. Dichas medidas y mecanismos deberán ser compatibles con el marco previsto por el artículo 13 de la Convención y el principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión”.

En este último sentido, señala también que es compatible con la Declaración de Principios de 2000, que los Estados puedan regular de la manera más idónea las situaciones de concentración en medios de comunicación¹²⁵.

181.) Desde entonces en cada Informe Anual la Relatoría Especial para la libertad de expresión ha seguido insistiendo en recordar que los monopolios y oligopolios afectan la libertad de expresión y el Estado está en la obligación de resolver dicha situación.

182.) **→Informe Anual de 2005 de la Relatoría Especial en L.E.**

Expresa múltiples referencias a la Opinión Consultiva de 1985 de la Corte, la Declaración de Principios sobre libertad de expresión de 2000, al Informe Anual de 2004 relativo a las “violaciones indirectas a la libertad de expresión: el impacto de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social” y resaltó el compromiso político de los Estados de la OEA para implementar

¹²⁵Informe Anual 2004 de libertad de expresión (B. La Concentración en la Propiedad de los Medios de Comunicación en las Américas en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión):

94. En este sentido, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA considera que esta provisión no limita en manera alguna la obligación del Estado de garantizar a través de la legislación la pluralidad en la propiedad de los medios, por cuanto los monopolios y oligopolios “conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho de la libertad de información de los ciudadanos. Sin embargo, la Relatoría considera que el marco del derecho de la competencia en muchas ocasiones puede resultar insuficiente, particularmente en cuanto a la asignación de frecuencias radioeléctricas. No se impide entonces la existencia de un marco regulatorio antimonopólico que incluya normas que garanticen la pluralidad atendiendo la especial naturaleza de la libertad de expresión. En todo caso, a la luz del principio 12 los Estados no deben adoptar normas especiales bajo la apariencia de normas antimonopólicas para los medios de comunicación que en realidad tienen como propósito y efecto la restricción de la libertad de expresión.

leyes contra las concentraciones¹²⁶. Asimismo, resalta la acción conjunta del Relator de América con órganos similares de otras regiones del mundo, contra “los monopolios en la propiedad de los medios (*pues*) limitan la pluralidad y evitan que el público conozca ciertos puntos de vista¹²⁷”.

183.) **→Informe Anual de 2006 de la Relatoría Especial en L.E.**

Vuelve a referirse a la concentración mediática en todos los sectores de comunicación (prensa escrita, radio, tv) como un problema que afecta la expresión plural y la diversidad de opiniones¹²⁸, reitera la vigencia del Principio 12 de la Declaración de Principios, recuerda la interpretación de dicho principio en el sentido que los monopolios, los oligopolios y la concentración en la propiedad de los medios son un serio obstáculo para la difusión y la recepción de opiniones distintas, pues implica que las personas reciban una sola perspectiva de los asuntos públicos¹²⁹. El Informe describe que en algunos países

¹²⁶Informe Anual 2005, Relatoría Especial de Libertad de Expresión.

Anexo. Declaración AG/RES. 2149 (XXXV-O/05) de 7 junio 2005, sobre el Derecho a la libertad de pensamiento y expresión y la importancia de los medios de comunicación.

La Asamblea General de la OEA expresó su adhesión al Informe Anual de 2004, y de manera específica a su Capítulo V “violaciones indirectas a la libertad de expresión: el impacto de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social”, “instó a los Estados Miembros a promover un enfoque pluralista de la información y múltiples puntos de vista mediante el fomento del pleno ejercicio de la libertad de expresión, el acceso a los medios de comunicación y la diversidad de propietarios de medios de comunicación y fuentes de información a través de, entre otros, sistemas transparentes de concesión de licencias y reglamentos eficaces que impidan la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación”, e “instó a los Estados Miembros a que adopten todas las medidas necesarias para evitar las violaciones al derecho a la libertad de expresión y creen las condiciones necesarias con tal propósito, incluso asegurando que la legislación nacional pertinente se ajuste a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y se aplique con eficacia”.

¹²⁷Informe Anual 2005, Relatoría de libertad de expresión.

Anexo. Declaración conjunta entre el Relator americano y el de la Unión Africana: Advierten que “la libertad de expresión requiere que distintos puntos de vista puedan ser oídos (y que por tanto) el control estatal de los medios de comunicación, así como las leyes y prácticas que permiten los monopolios en la propiedad de los medios de comunicación limitan la pluralidad y evitan que el público conozca ciertos puntos de vista”.

¹²⁸Informe Anual 2006 de la Relatoría de libre expresión.

“Situación de la libertad de expresión en la región.

52. Asimismo, la Relatoría Especial ha expresado anteriormente su preocupación por la información recibida acerca de que “se podrían estar consolidando prácticas que impiden la expresión plural y diversa de opiniones dada la concentración en la propiedad de los medios de comunicación, tanto impresos como de radio y televisión”.

“Durante el año 2006 la concentración en la propiedad de los medios de comunicación continuó siendo un problema en varios países de la región. En consecuencia, la Relatoría Especial reitera su preocupación por la ausencia de avances para resolver las situaciones de concentración en la propiedad de los medios de comunicación en los países donde existe tal situación.

¹²⁹ Informe Anual 2006 de la Relatoría de libre expresión.

“Conclusiones y recomendaciones: 4.- Las situaciones anteriores se dan además en un contexto general caracterizado por factores de naturaleza más estructural. Uno de ellos es la concentración en la propiedad de los medios en varios países de la región, que implica frecuentemente que las personas reciban en la práctica una sola perspectiva de los asuntos que les conciernen, y eso no contribuye a la efectiva vigencia de la libertad de expresión y de la democracia, que implica pluralismo y diversidad. La Relatoría Especial resalta al respecto que la concentración y los monopolios en la propiedad y control de los medios, ya sea por parte del Estado, de individuos o de empresas, afectan el pluralismo, componente fundamental de la libertad de expresión

“Situación de la libertad de prensa en la región. 54. La Relatoría ha interpretado este principio indicando que la existencia de monopolios u oligopolios constituye un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio y

(como EE. UU.) la tendencia de concentración de propiedad en los medios se ha incrementado¹³⁰, y finalmente recoge el compromiso político de los Estados de la OEA para legislar contra la concentración de la propiedad en los medios¹³¹.

184.) **→Informe Anual de 2007 de la Relatoría Especial en L.E.**

Este Informe en la línea de los anteriores reitera el problema de la propiedad monopólica y oligopólica de los medios comunicativos como una clara afectación al pluralismo informativo y un impedimento de la democracia¹³², e insiste en las obligaciones asumidas por los Estados que han suscrito la Convención lo que implica garantizar el pluralismo informativo a través de una legislación adecuada que prevenga las concentraciones y otras prácticas monopólicas en la propiedad de los medios¹³³. Asimismo, el

para la recepción de opiniones diferentes: “En la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa [...] de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático”.

¹³⁰ Informe Anual 2006 de la Relatoría de libertad de expresión.

“Situación de la libertad de prensa en la Región.

“129. Estados Unidos de América USA. El 18 de septiembre de 2006 se conoció el contenido de un informe de la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC, por sus siglas en inglés) según el cual se ha intensificado en los últimos años una tendencia hacia la concentración de la propiedad de los medios. Según la información recibida, el informe señala que entre marzo de 1996 y marzo de 2003 hubo un aumento de 5,9 por ciento en el número de estaciones de radio en el país, pero hubo un descenso de 35 por ciento en el número de propietarios de estaciones de radio. Se agrega que el grupo propietario de radios más grande del país pasó de tener 62 estaciones en 1996 a 1.233 en 2003.

¹³¹ Informe Anual 2006 de la Relatoría de libertad de expresión.

Anexo. Declaración AG/RES. 2237 (XXXVI-O/06) de la Asamblea General de la OEA. Derecho a la libertad de pensamiento y expresión y la importancia de los medios de comunicación (Aprobada el 6 junio 2006) 6. Instar a los Estados Miembros a que promuevan un enfoque pluralista de la información y múltiples puntos de vista mediante el fomento del pleno ejercicio de la libertad de expresión y de pensamiento, el acceso a los medios de comunicación y la diversidad de propietarios de medios de comunicación y fuentes de información a través de, entre otros, sistemas transparentes de concesión de licencias y, según proceda, reglamentos eficaces que impidan la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación.

¹³² Informe Anual 2007 de la Relatoría de Libertad de expresión.

“Conclusiones y Recomendaciones: “4. Se da un contexto general caracterizado por factores de naturaleza más estructural. Uno de ellos es la concentración en la propiedad de los medios en varios países de la región, que implica frecuentemente que las personas reciban en la práctica una sola perspectiva de los asuntos que les conciernen. Esta situación no contribuye a la efectiva vigencia de la libertad de expresión y de la democracia, que necesita pluralismo y diversidad para subsistir y fortalecerse. La Relatoría Especial reitera que la concentración y los monopolios en la propiedad y control de los medios, ya sea por parte del Estado, de individuos o de empresas, afectan el pluralismo, componente fundamental de la libertad de expresión.

¹³³ Informe Anual 2007 de la Relatoría de libertad de expresión.

“Introducción. 5. Los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de libertad de expresión, que incluyen tanto abstenerse de acciones que afecten el pluralismo como adoptar acciones positivas para garantizarlo. Una de las situaciones que afecta el pluralismo es la concentración y los monopolios, públicos o privados, en la propiedad de los medios.

Informe se adhiere a la Declaración Conjunta que brindaron los Relatores especiales en libertad de expresión de Naciones Unidas, Europa, América y África¹³⁴.

185.) **→ Informe Anual de 2008 de la Relatoría Especial en L.E.**

Este Informe otra vez reitera la necesidad de que los Estados de la OEA, como parte de su obligación convencional de garantizar los derechos fundamentales, adopten efectivas medidas legislativas que impidan el monopolio, la concentración de la propiedad y el control de unos pocos sobre los medios de comunicación¹³⁵.

Este Informe 2008 insiste en el valor del principio 12 de la Declaración de Principios, la jurisprudencia de la Corte en el caso O.C. 5-85 y el Informe Anual de 2000 de la propia Relatoría¹³⁶.

“6. La Relatoría considera importante que los Estados adopten acciones tales como la promulgación de leyes antimonopolio en la propiedad y control de los medios de comunicación y la adopción de legislación que establezca concursos abiertos, públicos y transparentes para la asignación de frecuencias radioeléctricas, así como la atribución de competencia a órganos independientes para la adopción de decisiones sobre la materia.

“7. En diciembre de 2007, los cuatro relatores y expertos en materia de libertad de expresión suscribieron la Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión en la que destacaron que para que los Estados cumplan su deber en este campo, las medidas que adopten deben abarcar la diversidad de tipos de medios de comunicación y de propiedad de los mismos, así como la diversidad de contenidos

“Conclusiones y Recomendaciones: 5. Abstenerse de adoptar acciones que afecten el pluralismo y adoptar asimismo medidas legislativas y de otra índole para garantizarlo, inclusive leyes antimonopólicas (...)”.

¹³⁴ Los Relatores Especiales de la CIDH, ONU, OSCE y CADHP, manifestaron que “en reconocimiento de la particular importancia que la diversidad de los medios de comunicación tiene para la democracia, para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben adoptar medidas especiales, incluyendo leyes antimonopólicas. Tales medidas deben implicar el cumplimiento de estrictos requisitos de transparencia sobre la propiedad de los medios de comunicación a todos los niveles. Además, deben involucrar un monitoreo activo, el tomar en cuenta la concentración de la propiedad, en caso de que sea aplicable, en el proceso de concesión de licencias, el reporte con antelación sobre grandes combinaciones propuestas, y la concesión de autoridad para evitar que tales combinaciones entren en vigor”.

¹³⁵ Informe Anual 2008 de la Relatoría de libertad de expresión.

“Capítulo III. Marco Jurídico Interamericano del derecho a la Libertad de Expresión

“J. Pluralismo, diversidad y libertad de expresión

216. Los Estados tienen la obligación de garantizar, proteger y promover el derecho a la libertad de expresión en condiciones de igualdad y sin discriminación, así como el derecho de la sociedad a conocer todo tipo de informaciones e ideas. En el marco de esta obligación, los Estados deben evitar el monopolio en la propiedad y el control de los medios de comunicación, y promover el acceso de distintos grupos a las frecuencias y licencias de radio y televisión, cualquiera sea su modalidad tecnológica. Dicho acceso también debe ser garantizado en condiciones de igualdad y sin discriminación.

“Conclusiones y Recomendaciones: “9. En suma, a pesar de los avances alcanzados, en la región se siguen presentando los problemas y violaciones que han sido causa de preocupación para la Relatoría Especial en informes anteriores: (...) la falta de regulaciones claras que impidan la existencia de mecanismos de censura indirecta y que promuevan el pluralismo y la diversidad. A estos temas se refieren las recomendaciones que se consagran en este Informe Anual.

“L. Adoptar legislación que asegure criterios transparentes, públicos y equitativos para la asignación de frecuencias radioeléctricas y del nuevo dividendo digital. Esta legislación debe tomar en cuenta la situación actual de concentración en la propiedad de los medios de comunicación, y asignar la administración del espectro radioeléctrico a un órgano independiente, sometido al debido proceso y al control judicial.

“M. Promover políticas y prácticas efectivas que permitan el acceso a la información y la participación igualitaria de todos los sectores de la sociedad para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño y la toma de decisiones sobre políticas públicas. Asimismo, adoptar medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar el pluralismo, incluyendo leyes antimonopólicas”.

¹³⁶ Informe Anual 2008 de la Relatoría de libertad de expresión.

“Capítulo III. Marco Jurídico Interamericano del derecho a la Libertad de Expresión

“J. Pluralismo, diversidad y libertad de expresión

El Informe Anual 2008 recuerda la íntima vinculación entre libertad de expresión y pobreza (Informe Anual 2002) y reclama de los Estados una atención efectiva para que el pluralismo informativo se haga efectivo promoviendo condiciones que permitan dar voz a las masas de la población históricamente postergadas e invisibilizadas en los medios¹³⁷: mujeres madres cabeza de familia en pobreza, mujeres

“223. En el Informe Anual 2000 la Relatoría señaló que uno de los requisitos fundamentales del derecho a la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información.

“224. En las secciones citadas de la jurisprudencia interamericana (caso OC 5-85 de la Corte) queda clara la necesidad de exigir a los Estados el cumplimiento de la obligación de evitar monopolios u oligopolios, de hecho o de derecho, en la propiedad y control de los medios de comunicación.

“230. En suma, los Estados deben abstenerse de realizar acciones o favorecer prácticas que de cualquier manera se encuentren dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones que, de iure o de facto, discriminen o excluyan arbitrariamente a ciertos grupos o personas en el goce o ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Asimismo, deben adoptar medidas positivas (legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza) para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes que comprometan el goce y ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión de ciertos grupos, en condiciones de igualdad y no discriminación. Lo anterior, naturalmente, dentro del respeto pleno por el ejercicio de la libertad de expresión de todos, en los términos que ya han sido claramente definidos por la jurisprudencia interamericana.

¹³⁷Informe Anual 2008 de la Relatoría de libertad de expresión.

“Capítulo IV. Una Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión

“5. Pluralismo, diversidad y libertad de expresión.

“98. Hay pocas ideas que generen mayor consenso en la región que la idea según la cual la libertad de expresión es esencial para el adecuado funcionamiento de un régimen democrático.

“99. El razonamiento que soporta la afirmación anterior es simple: la democracia se fundamenta, entre otras cosas, en la existencia de un proceso libre de selección de preferencias colectivas que tiene como presupuesto un debate público abierto, vigoroso y desinhibido – para usar la famosa frase del juez Brennan-

Es en este proceso deliberativo donde las personas pueden adoptar decisiones informadas sobre el futuro de la sociedad a la cual pertenecen. (...) Este es justamente el alcance democrático de la libertad de expresión: que todos tengan la posibilidad de expresarse y de ser escuchados y que cada uno de nosotros pueda conocer lo que otros tienen que decir.

(Juez Brennan. Juez de la corte suprema de Estados Unidos de América en el caso Texas contra Johnson. Su sentencia de 1989 invalidó las leyes que prohibían la profanación de la bandera estadounidense en 48 estados. El juez William J. Brennan, Jr. dictaminó que el acto del defendido, quien quemó una bandera estadounidense, estaba protegido por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que garantizaba su libertad de expresión. En: www.es.wikipedia.org)

“100. Si lo anterior es cierto, entonces hay un componente de la libertad de expresión con el cual estamos en deuda: las personas que integran los grupos sociales tradicionalmente marginados, discriminados o que se encuentran en estado de indefensión, son sistemáticamente excluidas, por diversas razones, del debate público.

Estos grupos no tienen canales institucionales o privados para ejercer en serio y de manera vigorosa y permanente su derecho a expresar públicamente sus ideas y opiniones o para informarse sobre los asuntos que los afectan. Este proceso de exclusión ha privado también a las sociedades de conocer los intereses, las necesidades y propuestas de quienes no han tenido la oportunidad de acceder, en igualdad de condiciones, al debate democrático. El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio.

“101. Se encuentran en esta circunstancia de invisibilización, por ejemplo,

Las mujeres madres cabeza de familia que viven en situación de pobreza (o extrema pobreza), que (.) afrontan discriminación o violencia cotidiana.

Mujeres que en muchos de nuestros países deben soportar los efectos de una cultura sexista alimentada, en no pocos casos, por el poderoso flujo masivo de informaciones y opiniones al cual ellas no pueden acceder;

Indígenas que no pueden comunicarse entre sí en su propia lengua y ni conocer las discusiones, necesidades y propuestas de distintas comunidades ubicadas más allá de las fronteras de su resguardo;

Afrodescendientes que viven en zonas marginales y deben soportar las consecuencias de culturas profundamente racistas sin poder incidir decisivamente en los debates que ayudarían a revertir los procesos de discriminación;

Comunidades rurales o barriales organizadas con el propósito de superar situaciones indignantes de marginalidad social, que no pueden conocer alternativas exitosas de acción colectiva ni informar adecuadamente a la sociedad sobre sus necesidades y propuestas;

Jóvenes dispuestos a crear en libertad que no tienen canales de difusión de sus ideas y se ven obligados a renunciar tempranamente a sus sueños sin que hubieran tenido la oportunidad de que otras personas pudieran conocer sus propuestas creativas;

Personas con serias desventajas físicas o psíquicas, cuyas necesidades e intereses son sistemáticamente excluidas de la deliberación colectiva.

que soportan la cultura sexista alimentada por los medios, indígenas impedidos de comunicarse en su lengua, afrodescendientes en zonas marginales víctimas de racismo, comunidades rurales o barriales en marginalidad social, jóvenes, personas con discapacidad física o síquica, etc.

Es precisamente en función de estas enormes masas de la población postergadas que tiene sentido la exigencia del pluralismo, y de una democracia efectiva. Es en función de estas personas cotidianamente ignoradas en la cultura oficial y sometidas solo a estrategias comunicativas para el mero consumo (y no de construcción de ciudadanía) que el Sistema Interamericano recuerda la urgencia de adoptar medidas contra la concentración en la propiedad y en el control de los medios de comunicación¹³⁸.

186.) **→Informe Anual de 2009 de la Relatoría Especial en L.E.**

Este Informe alude al respaldo de la Asamblea General de la OEA a las contribuciones que ha hecho la Relatoría para el análisis y mejor interpretación de la norma convencional en materia de libertad de expresión, incluyendo la concentración en la propiedad de los medios de comunicación como una de las formas de violaciones indirectas a la libertad; reitera también que dicho respaldo se ha traducido en compromisos para realizar modificaciones legislativas para optimizar la libertad de expresión frente a dicha forma de violación¹³⁹.

En fin, millones de personas cuya libertad de expresión no se encuentra suficientemente asegurada, todo lo cual conduce a una falla fundamental en el proceso de deliberación democrática.

¹³⁸ Informe Anual 2008 de la Relatoría de Libertad de expresión.

“Capítulo IV. Una Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión

“5. Pluralismo, diversidad y libertad de expresión.

103. Para afrontar el déficit de protección de la libertad de expresión de los grupos marginados y la insuficiente información de las sociedades, la Relatoría Especial debe seguir trabajando en dos áreas diferentes. En primer lugar, es necesario insistir en la urgente necesidad de aplicar leyes antimonopólicas para evitar la concentración en la propiedad y en el control de los medios de comunicación. (...)

104. En relación con la lucha antimonopólica, todos los órganos del sistema interamericano de protección se han manifestado para recordar la obligación del Estado de evitar los monopolios públicos o privados en la propiedad o el control de los medios de comunicación y garantizar de esta manera la pluralidad de medios (cf: principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión).

106. En este orden de ideas es preciso, entre otras cosas, que los Estados reconozcan y faciliten el acceso en condiciones de equidad (...) (107) a medios de comunicación social que, como las radios y canales comunitarios, cumplen un papel esencial en las democracias de nuestra región. Se trata en estos casos de un marco normativo que promueva la vitalidad de la democracia si se atiende al hecho de que el proceso comunicativo no sólo debe satisfacer las necesidades de consumo de los habitantes (necesidades legítimas de entretenimiento, por ejemplo), sino las necesidades de información de los ciudadanos.

¹³⁹ Informe Anual 2009 de la Relatoría L.E.

“Introducción.

5. En distintas oportunidades, la Asamblea General de la OEA ha manifestado su respaldo a la labor de la Relatoría Especial y le ha encomendado el seguimiento o análisis de algunos de los derechos que integran la libertad de expresión. En 2005, la Asamblea General de la OEA aprobó la resolución 2149 (XXXV-O/05), que reafirmó el derecho a la libertad de expresión, reconoció las importantes contribuciones realizadas en el Informe Anual 2004 de la Relatoría Especial, y exhortó al seguimiento de los temas incluidos en ese informe, tales como (...) las violaciones indirectas a la libertad de expresión; el impacto de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social (...)

El Informe hace mención de que los Relatores de libertad de expresión de los diversos organismos internacionales de derechos humanos del mundo en distintas reuniones han abordado el problema de la concentración de la propiedad de medios, y advertido que incluso **“los propietarios de los medios de prensa tienen la responsabilidad de respetar la libertad de expresión¹⁴⁰”**.

187.) Finalmente, el Informe 2009 destaca la jurisprudencia en materia de libertad de expresión que la Corte había dictado recientemente, donde por primera vez advierte del “poder de los medios” y de la necesidad de que deben “adecuarse a los requerimientos de la libertad de expresión” (como se señaló en la O.C. de 1985)¹⁴¹.

“Consideraciones y recomendaciones. 17. La Relatoría Especial recomienda a los Estados miembros: a. Adoptar legislación que asegure criterios transparentes, públicos y equitativos para la asignación de frecuencias radioeléctricas y del nuevo dividendo digital. Esta legislación debe tomar en cuenta la situación actual de concentración en la propiedad de los medios de comunicación, y asignar la administración del espectro radioeléctrico a un órgano independiente, sometido al debido proceso y al control judicial.

Anexo: “Declaración de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2523 (XXXIX-O/09) Derecho a la libertad de pensamiento y expresión y la importancia de los medios de comunicación (Aprobada el 4 junio 2009).

6. Instar a los Estados Miembros a que promuevan un enfoque pluralista de la información y múltiples puntos de vista mediante el fomento del pleno ejercicio de la libertad de expresión y de pensamiento, el acceso a los medios de comunicación y la diversidad de propietarios de medios de comunicación y fuentes de información a través de, entre otros, sistemas transparentes de concesión de licencias y, según proceda, reglamentos eficaces que impidan la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación.

¹⁴⁰ Informe Anual 2009, Relatoría L.E.

“3. La prohibición de restricciones indirectas a la libertad de expresión por causas distintas al abuso de restricciones estatales.

163. Los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE han abordado el tema de las restricciones indirectas a la libertad de expresión derivadas de factores económicos y comerciales en distintas declaraciones conjuntas. Así, por ejemplo, en la Declaración Conjunta de 2001 afirmaron que “deben adoptarse medidas efectivas para evitar una concentración indebida de la propiedad en los medios de difusión”, y que “los propietarios y los profesionales de los medios de difusión deben ser estimulados para concertar contratos que garanticen la independencia editorial; los aspectos comerciales no deben incidir indebidamente en el contenido de los medios de difusión”.

“De igual forma, en la Declaración Conjunta de 2002 se declararon conscientes de “la amenaza que plantea la creciente concentración de la propiedad de los medios de prensa y los medios de comunicación, en particular para la diversidad y la independencia editorial”; y afirmaron que **“los propietarios de los medios de prensa tienen la responsabilidad de respetar la libertad de expresión** y, en particular, la independencia editorial”.

(Cabe señalar que el mismo año 2009 los Relatores de Naciones Unidas, Europa, América y África dieron otra Declaración Conjunta, por la cual “Los Estados deben implementar diversas medidas, incluidas aquellas que fueron señaladas en nuestra Declaración Conjunta del 12 diciembre 2007, con el objeto de crear un entorno propicio para la proliferación de medios de comunicación pluralistas. Estas medidas deben incluir, entre otras, el requisito de transparencia acerca de la propiedad de los medios de comunicación, el otorgamiento de licencias a distintos tipos de emisoras a fin de promover la diversidad, la creación de normas destinadas a prevenir la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación y la adopción de medidas para promover la diversidad de contenidos” (Anexo al Informe Anual 2009, Relatoría L.E.).

¹⁴¹ Informe Anual 2009, Relatoría L.E.

“Capítulo III Marco jurídico interamericano del derecho a la libertad de expresión. “F. Los periodistas y los medios de comunicación social. 1. Importancia del periodismo y de los medios para la democracia. 5. Condiciones inherentes al funcionamiento de los medios de comunicación.

“198. En relación con los medios de comunicación, la libertad de expresión exige ciertas condiciones respecto de su funcionamiento, “de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla”, ya que son los medios los que sirven para materializar el ejercicio de este derecho, “de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad”. Tales condiciones son, entre otras:

(a) la pluralidad de medios;

(b) la aplicación de las normas antimonopolio en este campo, para prevenir la concentración de los medios, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar — condición en relación con la cual el Principio 12 de la

188.) →Informe Anual 2010 de la Relatoría Especial en L.E.

En este Informe, la Relatoría vuelve a señalar la importancia de que los Estados asuman sus responsabilidades y ejecuten sus compromisos adoptados en las diversas reuniones de la OEA en relación con combatir y evitar las concentraciones indebidas de la propiedad sobre los medios¹⁴². Asimismo, junto con señalar los casos de concentración de propiedad en diversos países de la región (enunciativamente Bolivia, México)¹⁴³, condensa la doctrina que los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han

Declaración de Principios dispone que, “los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos”—; y (c) la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas que laboran en ellos. De igual modo, se ha reconocido que la libertad de expresión “requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios” (*todo esto de conformidad con lo señalado por la Corte en el caso Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OC 5-85 párr. 34).

“199. El pluralismo y la diversidad en los medios de comunicación son de particular importancia para el ejercicio pleno y universal del derecho a la libertad de expresión. Estas reglas apuntan hacia el deber estatal de garantizar el máximo pluralismo y diversidad en el debate público. En términos de la Corte Interamericana, la máxima posibilidad de información es un requisito del bien común, y es el pleno ejercicio de la libertad de información el que garantiza tal circulación máxima (cf. *Corte, OC 5-85, fund. 77*).

“Por ello, el Estado debe impulsar el pluralismo al mayor grado posible, para así lograr un equilibrio en la participación de las distintas informaciones en el debate público, y también para proteger los derechos humanos de quienes enfrentan el poder de los medios.

“En palabras de la Corte Interamericana, “dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas” (Nota 302, Corte I.D.H., Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 mayo 2008, párr. 57) Este criterio ha sido reproducido por la Corte en los casos:

Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Sentencia de 27 enero de 2009, párr. 113;

Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Sentencia de 28 enero 2009. párr. 106;

Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Sentencia de 28 de enero de 2009. párr. 117.

¹⁴²Informe Anual 2010, Relatoría L.E.

“Cap. I. Información General. 5. En distintas oportunidades, la Asamblea General de la OEA ha manifestado su respaldo a la labor de la Relatoría Especial y le ha encomendado el seguimiento o análisis de algunos de los derechos que integran la libertad de expresión: (...) las violaciones indirectas a la libertad de expresión; el impacto de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social (...)

“Cap. VI. Conclusiones y recomendaciones. 17. En vista de las consideraciones anteriores, la Relatoría Especial recomienda a los Estados miembros: a. Adoptar legislación que asegure criterios transparentes, públicos y equitativos para la asignación de frecuencias radioeléctricas y del nuevo dividendo digital. Esta legislación debe tomar en cuenta la situación actual de concentración en la propiedad de los medios de comunicación, y asignar la administración del espectro radioeléctrico a un órgano independiente, sometido al debido proceso y al control judicial.”

“Declaración conjunta del Décimo aniversario de los Relatores especiales de Naciones Unidas, Europa, América África 6. Presiones económicas. Existen distintas presiones comerciales que amenazan la capacidad de los medios de comunicación de difundir contenidos de interés público, que usualmente son costosos de producir. Las cuestiones más preocupantes son:

“a) La creciente concentración de la propiedad de los medios de comunicación, con posibles y preocupantes graves consecuencias para la diversidad de los contenidos.

“b) La fractura del mercado publicitario, y otras presiones comerciales que se traducen en la adopción de medidas de reducción de costos, como menor proporción de contenido local, entretenimiento de bajo nivel intelectual y reducción del periodismo de investigación”. (Anexo al Informe Final 2009, Relatoría L.E.).

¹⁴³Informe Anual 2010, Relatoría L.E.

Cap. II. Evaluación sobre el estado de la Libertad de Expresión en el hemisferio. Fund. 59. (Bolivia), Fund. 532, 753 (México), etc.

desarrollado hasta la fecha¹⁴⁴, respecto de la diversidad y el pluralismo como componentes esenciales de la libre expresión, lo que obliga a los Estados a ejecutar políticas concretas a este fin debido a que “la ausencia de pluralidad de fuentes de información y medios de comunicación representa un serio obstáculo para el efectivo ejercicio de este derecho¹⁴⁵”.

189.) → Informes Anuales de 2011, 2012, 2013

Aquí, la **Relatoría Especial** recuerda la vigencia de su Informe especial de 2004 sobre la concentración en la propiedad de los medios como forma indirecta de violación a la libertad de expresión y el respaldo recibido por la Asamblea General a dichas directrices¹⁴⁶.

-Además, el Relator insiste en la utilidad de impedir la concentración pública o privada en el control y la propiedad de los medios de comunicación social, y recomienda a los Estados que frente a dicho problema deben ejecutar políticas concretas para garantizar el pluralismo informativo y la diversidad¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Particularmente el Informe Anual de 2004 y su capítulo especial de “Violaciones Indirectas a la libertad de expresión: El impacto de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social”.

¹⁴⁵ Informe Anual 2010, Relatoría L.E.

Cap. II. Evaluación sobre el estado de la Libertad de Expresión en el hemisferio.

2. Pluralismo informativo y publicidad oficial.

1.- Los Estados deberían establecer políticas y destinar recursos para promover la diversidad y el pluralismo de medios a través de mecanismos de ayudas indirectas o subsidios explícitos y neutros, diferenciados de los gastos de publicidad oficial. La pauta estatal no debe ser considerada como un mecanismo de sostenimiento de los medios de comunicación.

2.- La libertad de expresión, además de proteger el derecho individual del emisor, garantiza el derecho de todas las demás personas a acceder a la mayor cantidad y diversidad de informaciones e ideas, como requisito del debate robusto que exige el sistema democrático para su buen funcionamiento. La Corte Interamericana específicamente remarcó esta doble dimensión, individual y social, de la libertad de expresión y tanto esa Corte como la Comisión Interamericana han sostenido que la ausencia de pluralidad de fuentes de información y medios de comunicación representa un serio obstáculo para el efectivo ejercicio de este derecho.

3.- Bajo los parámetros de la Convención Americana, y tal como lo han dicho en numerosas oportunidades los órganos del sistema, los Estados tienen el deber de impulsar el pluralismo informativo. Para ello, deben adoptar medidas para que los mercados en los que operan los medios de comunicación sean abiertos, plurales, diversos y no concentrados.

¹⁴⁶ Informe Anual 2011.

Introducción. 5. En distintas oportunidades, la Asamblea General de la OEA ha manifestado su respaldo a la labor de la Relatoría Especial y le ha encomendado el seguimiento o análisis de algunos de los derechos que integran la libertad de expresión. En 2005, la Asamblea General de la OEA aprobó la resolución 2149 (XXXV-O/05), que reafirmó el derecho a la libertad de expresión, reconoció las importantes contribuciones realizadas en el Informe Anual 2004 de la Relatoría Especial y exhortó al seguimiento de los temas incluidos en ese informe, tales como (.) las violaciones indirectas a la libertad de expresión y el impacto de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social.

Informe Anual 2012: Introducción. 5. (texto similar).

Informe Anual 2013: (texto similar).

¹⁴⁷ Informe Anual 2011, Relatoría L.E.

Cap. V. Conclusiones y Recomendaciones.

17. La Relatoría Especial recomienda a los Estados miembros

A.- Adoptar legislación que asegure criterios transparentes, públicos y equitativos para la asignación de frecuencias radioeléctricas y del nuevo dividendo digital. Esta legislación debe tomar en cuenta la situación actual de concentración en la propiedad de los medios de comunicación, y asignar la administración del espectro radioeléctrico a un órgano independiente del poder político y económico, sometido al debido proceso y al control judicial.

-Advierte que dichas políticas deben garantizar que el Estado no afecte al sector “de ninguna otra manera distinta a evitar la concentración en la propiedad y el control” por ejemplo de insumos como el papel¹⁴⁸.

190.) →Informe Anual de 2014 de la Relatoría Especial

En este Informe se anuncia un plan de trabajo para los años 2015-2018 sobre varios ejes, entre ellos el de diversidad y pluralismo¹⁴⁹, para lo cual se recuerda que desde hace 20 años el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reiterado que los Estados tienen la obligación de “intervenir ante la concentración excesiva”, y que son responsables cuando por su omisión se producen los monopolios u oligopolios en la propiedad o control de los medios de comunicación, por ser violaciones o restricciones indirectas de la libertad de expresión. En otros aspectos relacionados con el tema que ocupa la presente sentencia, el Informe 2014 se refiere a una audiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

B.- Promover políticas y prácticas efectivas que permitan el acceso a la información y la participación igualitaria de todos los sectores de la sociedad para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño y la toma de decisiones sobre políticas públicas. Asimismo, adoptar medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar el pluralismo, incluyendo leyes antimonopólicas.

Informe Anual 2012. Conclusiones y Recomendaciones. 17. La Relatoría recomienda a los Estados (...) para garantizar el pluralismo, incluyendo leyes que prevengan la existencia de monopolios públicos o privados.

Informe Anual 2013. Conclusiones y Recomendaciones. 22. La Relatoría recomienda a los Estados (...) *Medidas* necesarias para garantizar el pluralismo, incluyendo leyes que prevengan la existencia de monopolios públicos o privados.

El Juzgado advierte que si bien están incluida en una sección de Asignación de Frecuencias Radioeléctricas, la recomendación de adoptar legislación que prevengan o eviten los monopolios debe entenderse en el alcance general del Principio 12 de la Declaración de Principios que es aplicable a todos los mercados de medios de comunicación, prensa, tv, radio.

¹⁴⁸ Informe Anual 2011, Relatoría L.E.

“B. Evaluación sobre la situación de la libertad de expresión en los Estados miembros 1. Argentina.

“26. (...) Resulta importante aplicar a la producción de papel para periódicos las normas antimonopolio existentes de forma tal que se fomente así su libre producción. Este régimen corresponde definirlo al poder legislativo, atendiendo especialmente a la obligación de impedir la existencia de controles oficiales o particulares abusivos. En particular, es importante tener en cuenta que so pretexto de regular los monopolios, no puede crearse una forma de intervención que permita que el Estado afecte este sector de ninguna otra manera distinta a evitar la concentración en la propiedad y el control en la producción y distribución de este insumo, y facilitar la producción libre y competitiva de papel.”

¹⁴⁹ Informe Anual 2014, Relatoría L.E.

F. Plan de Trabajo 2015-2018. 105. Diversidad y pluralismo. El hemisferio asiste a un debate sobre la necesidad de garantizar la diversidad y el pluralismo en la comunicación sin interferir en los discursos protegidos por la libertad de expresión. Nos referimos de este modo a que las personas tengan la capacidad de acceder a medios para expresarse libremente, pero también que tengan acceso a una diversidad de fuentes de información y opinión. En este sentido, desde hace más de veinte años el SIDH viene construyendo y reafirmando estándares en dos sentidos:

a) los Estados tienen la obligación de garantizar la existencia de medios de comunicación libres independientes y plurales; b) los monopolios u oligopolios en la propiedad o control de los medios de comunicación conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho de la libertad de información. Cuando la omisión del Estado conduce a la existencia de monopolios u oligopolios o impide el libre flujo de las ideas, da lugar a una forma de restricción indirecta. Los Estados tienen la obligación de intervenir ante la concentración excesiva, bajo los medios autorizados por la propia Convención y adecuar el funcionamiento de los medios de comunicación social que utilizan frecuencias a los requerimientos de la libertad de expresión.

sobre “situación del derecho a la libertad de expresión y concentración de propiedad de medios de comunicación en Perú” (24 marzo 2014) en la que resume una situación de oligopolios en sectores de la comunicación distintos a la prensa escrita¹⁵⁰. Finalmente, al referirse a los problemas de concentración de propiedad y control de audiencias en la televisión, la Relatoría insiste en que “el rechazo no se refiere sólo a la concentración privada de la propiedad y se aplica también —de manera especial— a los procesos de concentración de la propiedad o el control de los medios por parte del Estado”, que los Estados deben “adoptar medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar el pluralismo, incluyendo leyes que prevengan la existencia de monopolios públicos o privados”, que los Relatores de Libertad de Expresión de la ONU, OEA, OSCE y CADHP desde 2007 vienen manifestando su oposición a la formación de monopolios y oligopolios, y a “la necesidad de “adoptar medidas especiales, incluyendo leyes antimonopólicas” para “prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical”, todo lo cual incluso lleva a “**considerar situaciones preexistentes de concentración en la propiedad o control de los medios de comunicación**”¹⁵¹”.

191.) →Informe Anual de 2015 de la Relatoría Especial

¹⁵⁰ Informe Anual 2014, Relatoría L.E.

“H. Otras situaciones relevantes. 921. (*Además de la denuncia de que en el país existe una concentración de propiedad de medios de comunicación escritos, generada a partir de la adquisición de cuatro diarios por parte del Grupo El Comercio al Grupo Epensa*) Se hace referencia al tema de la propiedad cruzada de los medios de comunicación, explicando que el Grupo El Comercio es propietario del principal canal de televisión del país (América Televisión), (...) que estas situaciones de concentración alcanzan también a la radio, ya que algunos grupos tienen varios radios de cobertura nacional, lo cual afecta el acceso y la sobrevivencia de algunos medios de comunicación locales.

¹⁵¹ Informe Anual 2014, Relatoría L.E.

“Cap. III, Estándares de libertad de expresión para la transición a una televisión digital abierta diversa, plural e inclusiva. A. Introducción.

“5. No obstante, el proceso no encierra únicamente transformaciones técnicas. Como se ha observado, por la función que desempeñan los medios de comunicación en una sociedad democrática, cualquier decisión sobre la transición hacia la televisión digital debe observar aspectos relacionados con las garantías para el ejercicio de la libertad de expresión y la promoción de la diversidad (...) (*leyes*) con el fin de promover el pluralismo y remover barreras culturales o lingüísticas para el acceso a diversas fuentes de información y evitar o reducir la concentración de medios en pocos operadores.

“39. Al respecto la CIDH ha indicado que, “[s]i [los] medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, o sólo una, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas”.

“40. En efecto, la necesidad de aplicar leyes antimonopólicas para evitar la concentración en la propiedad y en el control de los medios de comunicación ha sido señalado por la Relatoría Especial de manera reiterada como un tema prioritario en la defensa del derecho a la libertad de expresión en el hemisferio.

“41. En este orden de ideas, UNESCO ha encontrado que “históricamente, en América Latina y el Caribe ha predominado un modelo comercial, por lo que la propiedad de los medios de comunicación se ha visto extremadamente concentrada en unas pocas manos. En promedio, en gran parte de la región, casi la mitad de los productos y servicios de los mercados de la información y las comunicaciones de cada país son controlados por un solo proveedor”. Según dicho órgano, estudios recientes en países de la región demuestran “que los índices de concentración en la propiedad de los medios se mantienen en niveles elevados” en buena parte del hemisferio.

“50. En este contexto, es fundamental la existencia de mecanismos de transparencia de la propiedad de los medios de comunicación a todos los niveles, los cuales deben ser tomados en cuenta al diseñar los procesos de otorgamiento de nuevas licencias de televisión digital. Asimismo, se deberían considerar situaciones preexistentes de concentración en la propiedad o control de los medios de comunicación.

En su diagnóstico periódico del estado de la libertad de expresión en los países de América, se detallan los casos de concentración en la propiedad de medios de comunicación:

-En **Brasil**, donde la Rede Globo en Brasil tiene el 70% del mercado de publicidad comercial y el 40% de la audiencia nacional y una oligopolización del sector¹⁵²;

-En **Chile** con “un marco normativo que propicia la concentración de medios”, con “ausencia de reglas sobre propiedad cruzada que permiten la concentración de prensa escrita, televisión y radiodifusión”, donde “la prensa escrita constituye el mercado de medios mayormente concentrado, de estructura duopólica” (grupo económico Edwards con El Mercurio, Últimas Noticias y La Segunda, y cadena de 21 diarios regionales, y grupo económico Copesa con La Tercera y La Cuarta, y revistas especializadas en contenidos políticos y económicos¹⁵³;

-En **Ecuador**, con el grupo Albavisión, del empresario mexicano Ángel González que concentra la propiedad o el control de 16 medios de comunicación en Ecuador con empresas presuntamente repartidas entre familiares, abogados y empleados, tres canales de televisión, 11 emisoras de radio y dos diarios (El Comercio y Últimas Noticias)¹⁵⁴,

-A propósito del personaje mencionado, una investigación periodística señala “el poder mediático del empresario Ángel González González en Latinoamérica con AlbaVisión la única red operadora de televisión y radio en Latinoamérica, con operaciones en México, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Panamá, Ecuador, **Perú**, Chile, Argentina, Uruguay y Paraguay, con matriz en Miami, Estados Unidos, donde González reside desde 1995, desde donde controla sus negocios de entretenimiento, los medios de comunicación, salas de cine y distribución de películas¹⁵⁵;

-En **El Salvador**, donde se resalta una sentencia que obliga al Estado impedir la formación de oligopolio o monopolio de los medios¹⁵⁶;

-En **Guatemala**, donde se deplora la situación que desde hace décadas registra un elevado número de canales de televisión y estaciones de radio en manos del

¹⁵² Informe Anual 2015, Relatoría L.E.

“Cap. II. Evaluación sobre el estado de la libertad de expresión en el hemisferio

“Brasil. Concentración de medios de comunicación. Fund. 273, 274. Además, existen pocas emisoras de televisión con alcance nacional, lo que resultaría en una oligopolización del sector, la Rede Globo llegaría a 98,6% de los municipios brasileños; SBT a 85,7%; Record a 79,3%; Bandeirantes a 64,1%; y la Red TV a 56,7%. Según lo informado, ninguna otra emisora llegaría a “los dos dígitos”.

¹⁵³ Informe Anual 2015.

“Cap. II. Evaluación sobre el estado de la libertad de expresión en el hemisferio

“Chile. F. Concentración de medios de comunicación. Fund. 327.

¹⁵⁴ Informe Anual 2015. “Cap. II. Evaluación sobre el estado de la libertad de expresión.

“Ecuador. K. Concentración de medios de comunicación. Fund. 565.

¹⁵⁵ Informe Anual 2015.

“981. El 25 de febrero, el diario El Universo de Ecuador aseveró que “el poder mediático del empresario Ángel González González en Latinoamérica comprendía hasta esa fecha 82 estaciones en FM y AM en diferentes países y 26 cadenas de televisión, de las cuales 21 son propias y el resto en asociación con otras programadoras”.

¹⁵⁶ Informe Anual 2015.

“El Salvador. 588. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia examinó, en primer lugar, si el procedimiento de subasta prescrito en la Ley de Telecomunicaciones para obtener una concesión de radio y televisión abierta atenta contra el principio de igualdad y el derecho a la libertad de expresión, y puntualizó que “el pluralismo informativo tiene una doble implicación: (...) y (ii) evitar la concentración de los medios masivos en pocas personas, impidiendo la formación de oligopolio o monopolio de los mismos”.

empresario mexicano Remigio Ángel González, con proporción muy significativa de la publicidad oficial¹⁵⁷;

-En **Honduras**, con alta concentración en la propiedad y control de los grandes medios de comunicación, por capital transnacional¹⁵⁸;

-En **Nicaragua**, donde la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) y otros periodistas denuncian la concentración de medios televisivos¹⁵⁹ y un duopolio bajo la familia presidencial de Ortega, dueña de cuatro canales, y el socio del mandatario, el empresario mexicano Ángel González, dueño de otros cinco.

-En **Paraguay**, donde se denuncia la concentración de medios de comunicación en manos de familiares del presidente de la República Cartes¹⁶⁰;

-En **Venezuela**, finalmente, la Relatoría reitera la concentración de medios de parte del Estado, sobre todo televisivos, y el monopolio del papel para prensa¹⁶¹;

¹⁵⁷ Informe Anual 2015.

“Guatemala. 657. Tampoco mejoró la situación de concentración de la propiedad de los medios de comunicación en Guatemala, que registra un elevado número de canales de televisión y estaciones de radio en manos del empresario mexicano Remigio Ángel González, quien a su vez sigue siendo receptor de una proporción muy significativa de la publicidad oficial. 713. De acuerdo con la información presentada por la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) en la audiencia “Diversidad, pluralismo y concentración en los medios de comunicación en América” de la CIDH, el caso de González “incide en la calidad y cantidad de información sobre asuntos de interés público que reciben los ciudadanos guatemaltecos”.

“Además de los cuatro canales de televisión abierta que controla, Albavisión tiene 66 emisoras de radio de las 300 afiliadas a la Cámara de Radiodifusión de Guatemala. Otras 31 pertenecen al grupo Emisoras Unidas, 70 a Radio Nuevo Mundo, 20 a Radio Corporación Nacional y 35 a Radio Grupo Alius. Una de las estaciones de González, Radio Sonora, lidera el espacio noticioso del país y “es utilizada constantemente para enviar a la población los mensajes que el gobierno de turno desea que sean conocidos”. “Estos mensajes incluyen ataques a periodistas, políticos de oposición, académicos y personas e instituciones en general que se oponen u opinan desfavorablemente sobre el gobierno de turno”, dijo la SIP.

“De acuerdo con esa organización, su posición dominante en el mercado le da “prácticamente la potestad de elegir presidentes de la República y hacer que la población reciba menos información crítica de los gobiernos de turno”.

¹⁵⁸ Informe Anual 2015.

“Honduras. 800. Igualmente, durante la visita, distintos actores expresaron preocupación por los niveles de concentración mediática en Honduras. Al igual que en otros países latinoamericanos, en Honduras la alta concentración en la propiedad y control de los grandes medios de comunicación, especialmente en lo que refiere a la adquisición de medios por capital transnacional, es una tendencia preocupante.

¹⁵⁹ Informe Anual 2015

“Guatemala. 978. La Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), en su Asamblea General número 71, denunció la concentración de medios televisivos en Nicaragua en manos de la familia del presidente Ortega. Según la SIP, la familia presidencial controla el grupo Radio y Televisión Nicaragüense y otros medios de comunicación privados a través de aliados, lo cual ha tenido efecto de restricción a la información pluralista, dado que es notoria la propaganda oficial de esos medios. 979. Distintos medios de prensa asociaron a la familia presidencial con la compra de medios de comunicación. Según el diario Las Américas, los hijos del presidente Ortega manejan algunos medios de comunicación, Rafael Ortega Murillo maneja algunas de las empresas familiares, incluido canales y emisoras de radios; Camila Ortega Murillo dirige el canal 13 de televisión, canal donde además trabaja Luciana Ortega Murillo; Juan Carlos Ortega Murillo el canal 8; Maurice Ortega Murillo la empresa de publicidad Difuso, la cual elabora parte de la propaganda oficial; y Daniel Edmundo Ortega Murillo funge como director de canal 4. 980. El periodista nicaragüense y propietario de los medios Esta Semana y Confidencial Carlos Fernando Chamorro aseguró el 15 septiembre 2015 en Miami, Florida (...) la creación de un duopolio bajo la familia presidencial de Ortega, dueña de cuatro canales, y el socio del mandatario, el empresario mexicano Ángel González, dueño de otros cinco.

¹⁶⁰ Informe Anual 2015.

“Paraguay. 1029. Según información difundida en la prensa local, durante 2015 Sarah Cartes, hermana del presidente de la República del Paraguay, Horacio Cartes, adquirió siete medios de comunicación del país, compró la mayor parte de las acciones del Grupo Nación Comunicaciones, integrado por el diario La Nación, el tabloide Crónica y las radios 970 AM y Montecarlo, en agosto, compró el tabloide Diario Popular, el medio digital Hoy y la radio por Internet LaserStream, del grupo Multimedia del ex presidente paraguayo Juan Carlos Wasmosy.

¹⁶¹ Informe Anual 2015.

-En **Perú**, la Relatoría nuevamente da cuenta de algunos hechos vinculados con la compra por parte de Grupo El Comercio de la mayoría del capital social de las empresas de grupo EPENSA (hecho que es el objeto de la presente sentencia)¹⁶².

192.) **→Informe Anual de 2016 de la Relatoría Especial**

La Relatoría reitera su posición sobre el problema de la concentración de la propiedad de los medios en América en un contexto del “fenómeno de las zonas silenciadas”¹⁶³; y da cuenta de otros casos de concentración en países de América en los mercados de **prensa escrita**.

-En **Estados Unidos**, donde el Ministerio de Justicia del gobierno norteamericano ha demandado para oponerse a la compra de una empresa editora por parte de otra empresa periodística debido a que sus diarios juntos

“Venezuela. “1198. Algunos periódicos venezolanos enfrentaron nuevamente en 2015 restricciones para la compra de papel prensa, utilizado para imprimir diarios (y) señalaron a la compañía estatal de papel prensa, que tiene el monopolio de la producción en el país, de ser discrecional con la venta de papel a medios críticos del gobierno.

“H. Concentración de medios de comunicación. 1216. La concentración de medios de comunicación por parte del Estado, sobre todo televisivos, continuó siendo una realidad en Venezuela en 2015. En este país existen 15 canales de televisión abierta financiados con dineros públicos, frente a tres estaciones privadas. 1218. El Estado, sin embargo, informó que la mayoría de las concesiones y las audiencias se concentran en el sector privado. “En Venezuela, el control del espectro radioeléctrico está en manos del sector privado. Las empresas controlan el 60% de las concesiones en radio y 54% de las concesiones en televisión abierta. Los grupos empresariales controlan el 70% de la capacidad de emisión y tienen el 80% de las audiencias”, dijo el presidente de la Conatel. 1221. El gobierno de Nicolás Maduro también continuó con la edición de los diarios Correo del Orinoco y Ciudad Valencia.

¹⁶²Informe Anual 2015, Relatoría L.E.

“Perú. 1076. La Asociación Nacional de Periodistas del Perú (ANP) expresó su preocupación por la primera consecuencia visible de lo que denominaron “concentración de medios”, hecho que según este gremio se tradujo en el despido de cientos de periodistas, empleados administrativos y personal de producción con experiencia y antigüedad en sus labores cotidianas. Mediante un comunicado publicado el 5 de agosto, reportaron la paralización de actividades de la planta de impresión Prensmaart (ex Epensa –Empresa Periodística Nacional), donde se imprimían los diarios Correo, Ojo y Bocón. (Nota 1353 en el original: vínculo web “Asociación Nacional de Periodistas del Perú (ANP). 5 de agosto de 2015. ANP denuncia primeros efectos de concentración de medios”). 1077. El 31 de julio 80 trabajadores de la planta de Lima fueron enviados supuestamente de vacaciones y sólo el 20% permaneció en su centro de labores realizando tareas de limpieza y mantenimiento a la maquinaria. Según informaron los trabajadores, la imprenta se estaba desmantelando progresivamente, lo que haría inminente su cierre. Esto se suma al cierre de las plantas impresoras en Piura, Huancayo y Trujillo y a los cambios administrativos y de personal en las redacciones de los diarios Correo, Ojo y Bocón, lo que ha implicado cambios de razón social que han terminado afectando a los trabajadores, entre otras cosas en la antigüedad en la empresa. Esto provocó incertidumbre laboral, especialmente en las redacciones de las ediciones regionales de Correo (Nota 1354 en el original: vínculos web: “Federación Internacional de Periodistas (FIP). 7 de agosto de 2015. La FIP se une a su sindicato ANP para denunciar la vulneración del derecho al trabajo en Perú; La República. 8 de marzo de 2015. Tema de concentración de medios presente en debate sobre la situación del Perú”).

¹⁶³Informe Anual 2016, Relatoría de libertad de expresión.

“B. EL FENÓMENO DE LAS ZONAS SILENCIADAS

“29. La Relatoría Especial también ha podido observar a través de sus actividades de monitoreo que en muchas regiones subsisten otras problemáticas o medios indirectos que contribuyen a la autocensura, es el caso de la carencia de criterios objetivos para la distribución de la pauta oficial, la concentración de los medios de comunicación, la negativa de las autoridades a otorgar información de interés público, entre otros medios indirectos de afectación”. (Esto a propósito de que en el Informe 2016 la Relatoría (fund. 26) “quiere llamar la atención en forma especial sobre el fenómeno que se registra en diversas regiones de las Américas cuyas comunidades están siendo desinformadas y silenciadas por efecto de la violencia desatada por el crimen organizado para asegurar sus fines ilícitos, en algunos casos actuando en complicidad con autoridades locales o regionales infiltradas por las ramificaciones de estos grupos”; (fund. 28) “sin embargo, no puede desconocerse que en la región subsisten otros medios de orden institucional encaminados a censurar u obstaculizar la labor de la prensa” como el referido a la concentración de medios.

“representan el 98 por ciento de las ventas de periódicos en *un condado* del Estado de California” y “el 81 por ciento de las ventas en *otro condado*”, con lo que el comprador obtendría “un monopolio (**sic**) sobre las ventas de periódicos, y le permitiría subir los precios de las suscripciones, de la publicidad y reducir las inversiones para mantener calidad de los productos”¹⁶⁴,

-En **Chile**, donde se recibieron denuncias de “elevada concentración en la radio y la prensa escrita” en “dos grupos propietarios” (grupos Edwards y grupo COPESA), y la “consolidación de la propiedad cruzada y dominio del capital extranjero en el sector de la radio”¹⁶⁵ (se refiere a que el grupo PRISA español compró la cadena de radio Iberoamericana Radio Chile –con más de la mitad de las emisoras del país)¹⁶⁶.

193.) →Informe Anual de 2017 de la Relatoría Especial.

¹⁶⁴Informe Anual 2016.

“ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. H. Concentración de medios de comunicación. 638. El Departamento de Justicia presentó el 17 de marzo una demanda civil antimonopolio buscando frenar la adquisición de la empresa Freedom Communications Inc., editora de los medios “Register”, de Orange County, California, y de “Press-Enterprise”, de Riverside County, California, por parte de la compañía Tribune Publishing Company, que publica el diario “Los Angeles Times”.

“En un comunicado el Departamento de Justicia [Justice Department] informó que Tribune fue seleccionada como compradora de los periódicos de Freedom tras una subasta por quiebra y buscará aprobación de una corte para la adquisición. El Departamento interpuso una demanda en una corte federal de distrito en Los Ángeles, buscando una orden de restricción temporaria para impedir que la venta se concrete. Los Angeles Times y Register representan el 98 por ciento de las ventas de periódicos en Orange County, a la vez que Los Angeles Times y los periódicos de Freedom representan juntos el 81 por ciento de las ventas en Riverside County. La adquisición por parte de Tribune de su principal competidor le daría un monopolio sobre las ventas de periódicos, y le permitiría subir los precios de las suscripciones, de la publicidad y reducir las inversiones para mantener calidad de los productos, argumentó el Departamento.

¹⁶⁵Informe Anual 2016.

“CHILE. 1239. Durante la visita, la Relatoría Especial escuchó denuncias de organizaciones de la sociedad civil sobre la existencia de una concentración excesiva en la propiedad y control de los medios de comunicación en manos de un reducido número de grupos económicos y las consecuencias de este fenómeno en el pluralismo informativo. “Consolidación de la propiedad cruzada y dominio del capital extranjero en el sector de la radio. La adquisición por parte el grupo español Prisa de la cadena de radio Iberoamericana Radio Chile –con más de la mitad de las emisoras del país– fue denunciada como un ejemplo de este problema.

“La integración vertical (impresión y distribución) de dos grupos propietarios cada uno de varios periódicos nacionales, regionales y locales, para muchos, ha obstaculizado el acceso de nuevos actores al mercado de la prensa escrita. (*Se refiere al grupo económico Edwards que edita El Mercurio, Últimas Noticias, La Segunda, y al grupo COPESA que edita La Tercera*). “Por otra parte, **ambos grupos son promotores de similares ideas a nivel editorial.** (...) “1250. Del mismo modo, y atendiendo a la situación preexistente, Chile debería reforzar sus políticas para promover la competencia en todos los mercados relevantes de la comunicación e impedir que los grupos existentes sigan expandiéndose verticalmente y **acaparando** medios de comunicación.

¹⁶⁶El diario El País, cabeza periodística del grupo empresarial, informaba que el “grupo francés Vivendi ha anunciado la adquisición del 7,6% de PRISA, el grupo líder en información y educación en el mundo de habla hispana, dueño de EL PAÍS, Santillana, cadena SER, Radio Caracol, AS y LOS40. Vivendi es un grupo con presencia en los mercados de telecomunicaciones y entretenimiento” (El País, edición digital del 22-1-2021). Prisa poseedor de una modesta editorial de alcance local (Santillana) y luego del diario El País, con el apoyo del poder político saltó a ser hoy conglomerado empresarial multimédios, un imperio económico global, que desde 1999 empezó la segunda conquista de América (de las ideas y las opiniones) al adquirir “19% de Caracol Radio al Grupo Empresarial Bavaria de Colombia, al año siguiente constituyó en Miami, junto con Caracol (50-50) un holding internacional de radio, Grupo Latino de Radiodifusión (GLR), que integra actualmente 105 emisoras en Chile, Panamá, Costa Rica, Estados Unidos (Miami) y Francia (Radio Latina de París), que en mayo de 2004, Prisa adquirió a Bavaria su participación en GLR, aglutinando la totalidad del capital, que en octubre de 2000, Prisa invirtió diez millones de dólares en el Grupo Garáfulic, el principal conglomerado de medios de comunicación de Bolivia, que controla los canales de televisión de la red ATB, varias cadenas radiales de alcance nacional y los diarios La Razón (La Paz), El Nuevo Día (Santacruz), y Extra” (<https://dircomfidencial.com>)

Este Informe pasa revista a los principales hechos acaecidos en los países de América en materia de libertad de expresión, y en cuanto al tema de concentración de la propiedad resalta el caso de Argentina¹⁶⁷. Asimismo, si bien incluidas en la sección de Asignación de Frecuencias Radioeléctricas del Informe, el Relator reitera las recomendaciones a los Estados para adoptar leyes que prevengan o eviten los monopolios, conforme al alcance general del Principio 12 de la Declaración de Principios que es aplicable a todos los mercados de medios de comunicación, prensa, tv, radio¹⁶⁸.

194.) → Informe Anual 2018 de la Relatoría Especial

De este Informe nuestro Juzgado destaca por un lado el diagnóstico que la Relatoría hace de distintos casos de prácticas monopólicas y de concentración excesiva en la propiedad de los medios de comunicación, en países de América:

- En Canadá¹⁶⁹,
- En Cuba, Venezuela, Paraguay¹⁷⁰,

¹⁶⁷Informe Anual 2017.

“Argentina: 74. El 3 de agosto la titular de la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual de Argentina, María José Guebbe, envió una carta a la Relatoría Especial. De acuerdo con la Defensoría, Argentina es en la actualidad escenario de “un proceso de **concentración mediática sin precedentes**”. Dicho proceso habría comenzado con la sanción del Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 267/2016, aprobado por el gobierno entrante de Mauricio Macri, que modificó la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual e implementó medidas que habrían profundizado la **concentración de medios**, como la **desarticulación de los mecanismos de control antimonopólico** y la **habilitación de la fusión de poderosos actores del mercado** de las telecomunicaciones”.

¹⁶⁸Informe Anual 2017.

“Cap. III. Conclusiones y Recomendaciones.

“25. Durante este período, la Relatoría Especial recibió denuncias relativas a la falta de reconocimiento del sector comunitario e indígena a la radiodifusión en algunos países de la región. Asimismo, recibió información sobre la inexistencia de mecanismos normativos para garantizar el acceso a las frecuencias a estos medios, así como la existencia de obstáculos para su adecuado funcionamiento. La Relatoría también observó que en algunos países de la región subsiste un problema de concentración de medios públicos o privados.

“27. En vista de las consideraciones anteriores, la Relatoría Especial recomienda a los Estados miembros:

a. Asegurar la existencia de criterios transparentes, públicos y equitativos para la asignación de frecuencias radioeléctricas y del nuevo dividendo digital. Estos criterios deben tomar en cuenta **la concentración de la propiedad o el control de los medios de comunicación**, y asignar la administración del espectro radioeléctrico a un órgano independiente del poder político y económico, sometido al debido proceso y al control judicial.

“b. (.) Asimismo, adoptar **medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar el pluralismo**, incluyendo **leyes que prevengan la existencia de monopolios públicos o privados y la concentración indebida o excesiva de los medios** de comunicación.

¹⁶⁹Informe Anual 2018, Relatoría especial de Libertad de expresión de la OEA.

“Capítulo II: Situación de la libertad de expresión en el hemisferio

“CANADÁ. F. Medios de prensa en peligro de cierre 245. De acuerdo con el informe de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), el grupo empresarial Postmedia habría anunciado su decisión de cesar la publicación de al menos seis periódicos comunitarios. Asimismo, habría anunciado sobre disminución de las operaciones de este grupo empresarial en una serie de regiones municipales (Nota 347). En diciembre de 2017, Reporteros Sin Fronteras manifestó su preocupación de que Postmedia y Torstar, que serían dueños de cuarenta periódicos, se hayan fusionado lo cual implicaría el cierre de una gran cantidad de medios en diferentes regiones (348).

¹⁷⁰Informe Anual 2018. “Capítulo II: Situación de la libertad de expresión en el hemisferio

Cuba donde existe un control absoluto del Estado sobre todos los medios (Fund. 415).

Venezuela donde prosigue el monopolio del papel para prensa (fund. 1031),

- En Guatemala¹⁷¹,
- En Costa Rica¹⁷²,
- En México¹⁷³,
- En Uruguay, donde se diagnostica la situación de concentración de propiedad en determinados mercados de comunicación¹⁷⁴, y se destaca que una nueva norma dispone que en caso de que al tiempo de entrar en vigor esta ley se constatare que exista una situación **preexistente** que supere los límites de concentración definidos por dicha nueva ley, los titulares están obligados a transferir sus derechos para no superar el límite establecido¹⁷⁵.

Paraguay, donde se mantienen los altos índices de concentración de medios en manos de privados (fund. 858).

¹⁷¹Informe Anual 2018. “Capítulo II: Situación de la libertad de expresión en el hemisferio
 “GUATEMALA. Concentración indebida en medios de comunicación. 632. En 2018, la CIDH y su Relatoría Especial no observan avances en Guatemala con respecto a los excesivos niveles de concentración en la propiedad y control de medios audiovisuales, en especial de la televisión abierta, que fueron constatados durante la visita *en el sitio* realizada al país en 2017. 633. En marzo, se hizo público que un examen especial que habría sido realizado por auditores de la Contraloría General de Cuentas (CGC) de Guatemala habría determinado que hubo irregularidades en la adjudicación de frecuencias de TV al empresario Ángel González (...) entre 1996 y 2016”. 634. Por otro lado, de acuerdo con una investigación publicada el 30 de julio por Plaza Pública, la radio y la televisión en Guatemala sería dominada por cinco grandes grupos mediáticos. Según dicha investigación, dichos grupos, “en su mayoría emporios familiares, han acaparado el espectro radioeléctrico y han aplastado a posibles competidores. Para ello se han favorecido de sus relaciones con el poder político. Los grupos Albavisión, Emisoras Unidas, Radio Grupo Alius, Radio Corporación Nacional (RCN) y Nuevo Mundo son usufructuarios del 39.77% del espectro en Frecuencia Modulada (FM), actualizado a 2017.

¹⁷²Informe Anual 2018.
 “COSTA RICA. 375. Un estudio publicado en 2018 sobre la situación de la libertad de expresión en Costa Rica realizado por el Programa de Libertad de Expresión, Derecho a la Información y Opinión Pública (Proledi) y el Centro de Investigación en Comunicación (Cicom) de la Universidad de Costa Rica (UCR), indica la persistencia de una situación de concentración de medios que utilizan el espectro radioeléctrico “en pocas manos”. 535. En tal sentido, el informe citó datos de la Red MICA según los cuales “cinco grandes cadenas empresariales tienen en su poder poco más del 50 % de las emisoras de radio y una sola empresa posee cuatro canales de televisión abierta, lo que significa un 70 % de los canales existentes”. El reporte señala que **este “proceso de concentración, que se acelera paulatinamente, no está regulado ni limitado por la legislación actual.**

¹⁷³Informe Final 2018.
 “MÉXICO. M. Diversidad y pluralismo o Concentración de medios de comunicación / Radiodifusión comunitaria 758. De acuerdo con la información recabada por los Relatores Especiales, “México sigue estando entre los países con **el más alto nivel de concentración de medios, en radiodifusión, prensa gráfica y medios digitales**”.

¹⁷⁴Informe Final 2018.
 “URUGUAY. I. Diversidad y pluralismo / Concentración de medios de comunicación / Radiodifusión comunitaria 1011. Un estudio publicado en diciembre de 2017 reafirma la persistencia de una concentración histórica de medios en el país, **caracterizada por un oligopolio mediático**. El estudio analiza la reconfiguración de los **tres grandes grupos mediáticos del país** formados en torno a los canales de TV comerciales de Montevideo: el grupo Villar/De Feo, del Canal 10; el grupo Romay, históricamente asociado en torno al Canal 4; y el grupo Cardoso/Scheck, del Canal 12. A su vez, a nivel local, se focaliza en los casos de concentración de la propiedad de medios en los departamentos de Durazno, Lavalleja y Rocha.

¹⁷⁵Informe Final 2018.
 URUGUAY. El artículo 189 de la LSCA regula la “adecuación a la normativa anticoncentración” (nota 1310). En tal sentido, dispone que “en el caso de existir situaciones actuales que, a la fecha de entrada en vigor de esta ley superen los límites de concentración definidos, los titulares de servicios de comunicación audiovisual deberán transferir las autorizaciones o licencias necesarias para no superar el límite de concentración establecido, para lo cual dispondrán de cuatro años a partir de la vigencia de la presente ley para haber culminado efectivamente la transferencia”. El plazo vence en enero de 2019. (Nota 1310: Observacom. 6 de diciembre de 2018. “En pocas manos”: nuevo libro revela mapa de concentración en Uruguay”; Radio Uruguay. 7 de mayo de 2018. Gómez: la estructura de medios no cambió pese a tres gobiernos del Frente Amplio).

-En Perú, el Informe registra como parte de su casuística¹⁷⁶ algunos hechos que corresponden al caso objeto de la presente sentencia (operación de compraventa de acciones entre Grupo El Comercio – grupo Agois).

195.) →Informe Anual de 2019 de la Relatoría Especial

En este Informe la Relatoría insiste como en años anteriores que los “Estados tomen en cuenta la concentración de la propiedad o el control de los medios de comunicación” y “adopten medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar el pluralismo, incluyendo leyes que prevengan la existencia de monopolios públicos o privados y la concentración indebida o excesiva de los medios de comunicación¹⁷⁷”.

Asimismo, resalta que los Relatores de libre expresión del mundo han advertido de “las persistentes y crecientes amenazas contra la diversidad y la independencia de los medios debido, entre otros motivos (...) por el incremento en la concentración de la propiedad de los medios de comunicación”, advierte del “control privado como amenaza a la libertad de expresión” en los entornos digitales y de internet, e invoca a los Estados a que en salvaguarda del derecho fundamental dispongan medidas eficaces entre otros fines para¹⁷⁸ “establecer

¹⁷⁶Informe Final 2018.

“PERÚ: G. Concentración de medios de comunicación. 890. En abril 2018, el Grupo El Comercio habría informado a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) de la adquisición del 100 % de las acciones de la empresa Prensart (antes Epena), de la cual poseía el 54 % en 2013.

“Cuando El Comercio adquirió las acciones de Epena y Alfa Beta Sistemas habría pasado a dominar el 78 % del mercado de venta de diarios. El Colegio de Periodistas del Perú (CPP), a través de un comunicado público, cuestionó la operación comercial porque profundiza la concentración de medios periodísticos en el Perú, y recordó que aún se encuentra pendiente de resolución un recurso de amparo que se presentó en la Justicia contra la adquisición realizada en 2013”.

¹⁷⁷Informe Anual de 2019 de la Relatoría especial sobre Libertad de expresión, de la OEA.

“Capítulo III. Conclusiones y recomendaciones”.

“32. La Relatoría Especial recomienda a los Estados miembros: (...)

“B. Promover políticas y prácticas efectivas que permitan el acceso a la información y la participación igualitaria de todos los sectores de la sociedad para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño y la toma de decisiones sobre políticas públicas. Asimismo, adoptar medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar el pluralismo, incluyendo leyes que prevengan la existencia de monopolios públicos o privados y la concentración indebida o excesiva de los medios de comunicación.

¹⁷⁸Informe Anual 2019.

Anexo. Declaración Conjunta Relatores para la libertad de expresión de la ONU, OSCE, OEA, CADHP, 2019.

“3. Control privado como amenaza a la libertad de expresión. Una característica transformativa del entorno de las comunicaciones digitales es el poder de las empresas privadas y, particularmente, de las redes sociales, las plataformas de búsqueda y otros intermediarios, sobre las comunicaciones, con un enorme poder concentrado en unas pocas empresas.

“Para proteger el entorno de la libertad de expresión frente al dominio privado sin suficiente rendición de cuentas, urgimos el desarrollo de las siguientes medidas:

“a. Desarrollar mecanismos de supervisión, transparentes y que cuenten con garantías de independencia (...), para abordar las reglas privadas de moderación de contenido que podrían ser contrarias al derecho internacional de los derechos humanos o interferir con el derecho de las personas a ejercer su libertad de expresión.

“b. Medidas regulatorias que aborden los modelos de negocios de ciertas empresas de tecnología digital que dependen de modelos de publicidad que fomentan un entorno que puede ser utilizado para la viralización, *entre otros*, de engaños, desinformación y expresiones de odio.

“c. Implementar un marco de responsabilidades de las empresas según los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU, respaldado por regulaciones o la supervisión del Estado para mitigar los

reglas y sistemas eficaces para remediar la concentración indebida de la propiedad y las prácticas que representen un abuso de la posición dominante de las empresas que proporcionan servicios de comunicación digital”.

7.4.3.- Declaraciones conjuntas de relatores de libertad de expresión de los organismos de derechos humanos del mundo

196.) La situación de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación como una situación de hecho problemática que afecta de manera indirecta a la libertad de expresión ha estado presente a lo largo de los 20 y tantos años que los Relatores Especiales para la libertad de expresión de los organismos internacionales de derechos humanos (Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación OSCE, Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión), han tenido ocasión de hacer declaraciones jurídicas.

197.) En el primer documento, **Declaración Conjunta de 1999**, los Relatores recordaron el carácter básico de esta libertad para la democracia y la función que deben realizar los medios de denunciar la corrupción¹⁷⁹ y otras prácticas **indebidas** provenientes “*por parte del gobierno como de las empresas*”.

198.) En la **Declaración Conjunta de 2001** se trata por primera vez de manera explícita el tema de la concentración de medios:

-Recordaron que los Estados debían “*adoptar medidas efectivas para evitar una*

daños a los derechos humanos, mediante el desarrollo de compromisos, políticas y evaluaciones públicas del impacto persistente en los derechos humanos.

“d. Soluciones legales y tecnológicas que permitan transparentar la curación y moderación algorítmica del contenido, con la posibilidad de auditar de forma completa y permanente los datos que informan la inteligencia artificial.

“e. Soluciones basadas en los derechos humanos(,) de manera transparente, creíble y orientada mediante enfoques compatibles con los estándares internacionales en materia de legalidad y la legitimidad del objetivo perseguido, cuando sea estrictamente necesario y proporcional(,) para enfrentar los problemas causados por la desinformación, incluida la creciente posibilidad de falsificaciones tecnológicas profundas - "deep fakes".

f. Establecer reglas y sistemas eficaces para remediar la concentración indebida de la propiedad y las prácticas que representen un abuso de la posición dominante de las empresas que proporcionan servicios de comunicación digital.

¹⁷⁹Declaración Conjunta de 26 noviembre 1999, Londres.

“La libertad de expresión es un derecho humano internacional fundamental y componente básico de la sociedad civil basada en los principios democráticos.

“Los medios de comunicación independientes y pluralistas son esenciales para una sociedad libre y abierta y un gobierno responsable.

“La libertad de expresión no es sólo un derecho humano fundamental en sí, sino que también tiene ramificaciones para el desarrollo económico.

“Los medios de comunicación tienen una función "correctiva" al llevar la corrupción y las prácticas inequitativas a la atención del público. La falta de medios de comunicación libres puede conducir al estancamiento económico y a prácticas indebidas por parte tanto del gobierno como de las empresas.

“Implícito en la libertad de expresión está el derecho de toda persona a tener libre acceso a la información

“Los medios de comunicación deben abstenerse de la apología del odio

“En muchos países existen leyes, tales como las leyes de desacato, que limitan indebidamente el derecho a la libertad de expresión.

“Los Estados deben asegurar un proceso judicial eficaz, serio e imparcial, a combatir la impunidad de quienes perpetran ataques contra la libertad de expresión.

concentración indebida de la propiedad en los medios de difusión”^{180 181}.

199.) En la **Declaración Conjunta de 2002**, los Relatores:

-Tipificaron “*la creciente concentración de la propiedad de los medios de prensa y los medios*” como una amenaza contra el pluralismo.

-Recordaron que, además del Estado, también “*los propietarios de los medios de prensa tienen la responsabilidad de respetar la libertad de expresión*”¹⁸².

200.) En la **Declaración Conjunta de 2005**, los Relatores de la Comisión Interamericana y el de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sostuvieron lo siguiente:

-**Reafirman** los principios previstos en (...) la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en noviembre de 2000;

-Declaran que La libertad de expresión requiere que distintos puntos de vista puedan ser oídos. El **control estatal** de los medios de comunicación, así como **las leyes y prácticas que permiten los monopolios en la propiedad** de los medios de comunicación **limitan la pluralidad y evitan que el público conozca** ciertos puntos de vista.

En las Declaraciones Conjuntas de 2003¹⁸³, 2004¹⁸⁴, 2005¹⁸⁵ y 2006¹⁸⁶, los

¹⁸⁰Declaración Conjunta del 19 noviembre 2001, titulada “Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo”.

Antiterrorismo: algunos Estados han adoptado medidas encaminadas a limitar la libertad de expresión y cercenar el libre flujo de la información; esta reacción hace el juego a los terroristas.

Radiodifusión: la radiodifusión sigue siendo la fuente más importante de información para la mayoría de los pueblos del mundo.

Los propietarios y los profesionales de los medios de difusión deben ser estimulados para concertar contratos que garanticen la independencia editorial; los aspectos comerciales no deben incidir indebidamente en el contenido de los medios de difusión.

Internet: la creciente importancia de Internet y su potencial como instrumento para fomentar el derecho a la libertad de expresión y la libertad de información; que el derecho a la libertad de expresión rige también para Internet.

¹⁸¹En cuanto a la Declaración Conjunta de 2000, la preocupación de los Relatores se centró en los temas de amenazas a la libertad de expresión y a la libre circulación de información e ideas en los casos de Ataques a periodistas y otras personas que ejercen su derecho a la libertad de expresión (censura a través del asesinato) y abuso de leyes restrictivas sobre difamación e injuria mediante publicaciones, y se adelantó la preocupación de tratar en ocasiones futuras las tecnologías de las comunicaciones.

¹⁸²Declaración Conjunta de 2002.

“Conociendo la amenaza que plantea la creciente concentración de la propiedad de los medios de prensa y los medios de comunicación, en particular para la diversidad y la independencia editorial;

“Conscientes de la importante función fiscalizadora que desempeñan los medios de prensa al revelar la corrupción política y económica y otras desviaciones;

“Libertad de expresión y administración de justicia: No se pueden justificar las restricciones especiales a los comentarios sobre tribunales y jueces; la justicia cumple una función pública clave y, como tal, debe estar sometida al escrutinio público.

“Comercialización y libertad de expresión: Los propietarios de los medios de prensa tienen la responsabilidad de respetar la libertad de expresión y, en particular, la independencia editorial.

“Difamación penal.

¹⁸³Declaración de 2003

-Regulación de los medios: Los sistemas regulatorios deben tomar en consideración las diferencias fundamentales entre los medios de comunicación impresos, de radio y televisión, y el Internet.

-Sobre las restricciones a los periodistas.

-La investigación de la corrupción: Se debe impulsar a los propietarios de los medios de comunicación para que provean del apoyo apropiado a los periodistas comprometidos con el periodismo investigativo (2003).

¹⁸⁴Declaración Conjunta 2004:

Relatores rozaron de manera tangencial el tema de la concentración mediática.

201.) En la **Declaración Conjunta de 2007**, titulada “**Declaración para la promoción de la diversidad en los medios de comunicación**”, los Relatores (que a partir de esta fecha incluyen al Relator de Libertad de Expresión de África) hacen el primer desarrollo amplio de la concentración de la propiedad sobre los medios. Los Relatores diagnostican la realidad y exigen a los Estados cumplir sus obligaciones internacionales para garantizar el derecho humano de la libertad de expresión, la diversidad y el pluralismo:

-Existe la necesidad de preservar “*la diversidad, que incluye la **diversidad de medios de comunicación** (tipos de medios) y de fuentes (**propiedad de los medios**), así como la diversidad de contenido (producto de los medios)*”

-La “**concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación, directa o indirecta**” es en sí misma una “*amenaza a la diversidad de los medios*”,

-Los Estados están en la obligación de “**prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical**”,

-Los Estados están obligados en “*adoptar medidas especiales, incluyendo leyes antimonopólicas*”, así como establecer la “**transparencia sobre la propiedad de los medios de comunicación**” como “*un requisito¹⁸⁷*”.

-Sobre el acceso a la información: El derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global (por ejemplo, las Leyes de Libertad de Acceso a Información) basada en el principio de máxima divulgación.

-Sobre la legislación que regula secreto: Los denunciantes de irregularidades (“whistleblowers”) que divulgan información sobre violaciones de leyes, casos graves de mala administración de los órganos públicos, una amenaza grave para la salud, la seguridad o el medio ambiente, o una violación de los derechos humanos o del derecho humanitario deberán estar protegidos (2004).

¹⁸⁵Declaración Conjunta 2005.

-Sobre Internet: El Internet, tanto a nivel global como local, sólo debe ser controlado por organismos públicos protegidos de la interferencia política y comercial del gobierno, justamente como la libertad de dicha interferencia ya es universalmente reconocida en el área de la prensa escrita y los medios de comunicación de radio y televisión. El derecho a la libertad de expresión impone a todos los Estados la obligación de asignar los recursos adecuados para promover al acceso universal a Internet, incluyendo puntos de acceso en la vía pública. La comunidad internacional debe tener el acceso universal a Internet como una prioridad en el marco de programas asistenciales para ayudar a los países pobres a cumplir con esta obligación.

¹⁸⁶Declaración Conjunta 2006. A partir de este documento de 2006, las Declaraciones Conjuntas de los Relatores incluirán a la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos CADHP.

-Impunidad en casos de ataques en contra de periodistas

-Sobre la publicación de información confidencial: No debe atribuirse responsabilidad a los periodistas que publican información clasificada o confidencial cuando no hayan cometido ilícito alguno en obtenerla.

-Libertad de expresión y tensiones culturales y religiosas. Los gobiernos deben abstenerse de presentar proyectos de ley que conviertan en delito la simple exacerbación de las tensiones sociales. La mayoría de los países ya tienen excesiva o al menos suficiente legislación en relación con los “discursos de odio”.

¹⁸⁷Declaración Conjunta 2007, conocida también como “Declaración conjunta sobre diversidad en la radiodifusión”. Aunque motivada especialmente para la radiodifusión, el alcance del documento llega a todos los medios de comunicación en los distintos mercados incluida la prensa escrita.

“Notan que la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación, directa o indirecta, así como el control gubernamental sobre los mismos constituyen una amenaza a la diversidad de los medios, a la vez que generan otros riesgos, tales como la concentración del poder político en manos de los propietarios o de elites gobernantes;

202.) En las Declaraciones siguientes¹⁸⁸, el problema de la concentración de los medios por parte de privados (y del Estado) como una manera indirecta de afectación a la libertad de expresión será motivo de preocupación constante de los Relatores.

203.) En la **Declaración Conjunta de 2009**, los Relatores reiteran sus preocupaciones relativas a:

-La necesidad de asegurar el pluralismo,

-El deber de los Estados de “crear normas destinadas a prevenir la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación.

-La adopción de medidas para promover la diversidad de contenidos¹⁸⁹.

204.) En la **Declaración Conjunta de 2010**, los Relatores señalan su preocupación por las siguientes cuestiones:

“-La creciente concentración de la propiedad de los medios de comunicación, con posibles y preocupantes graves consecuencias para la diversidad de los contenidos”

-Las “presiones comerciales” que resultan en “menor contenido local, entretenimiento de bajo nivel intelectual, reducción del periodismo de investigación¹⁹⁰”.

“En reconocimiento de la particular importancia que la diversidad de los medios de comunicación tiene para la democracia, para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben adoptar medidas especiales, incluyendo leyes antimonopólicas.

“Tales medidas deben implicar el cumplimiento de estrictos requisitos de transparencia sobre la propiedad de los medios de comunicación a todos los niveles.

“Además deben involucrar un monitoreo activo, el tomar en cuenta la concentración de la propiedad, en caso de que sea aplicable, en el proceso de concesión de licencias, el reporte con antelación sobre grandes combinaciones propuestas, y la concesión de autoridad para evitar que tales combinaciones entren en vigor.

¹⁸⁸Cabe precisar que en las Declaraciones Conjuntas de 2008 y 2011 los Relatores debieron atender otros temas de la libertad de expresión.

En la Declaración “sobre difamación de religiones y legislación antiterrorista y antiextremista” de 2008 se trató de “la proliferación de leyes antiterroristas y antiextremistas en el Siglo XXI –en particular después de los ataques atroces de septiembre de 2001-, que restringen indebidamente la libertad de expresión y el acceso a la información”; que la “difamación de religiones: El concepto de “difamación de religiones” es incompatible con los estándares internacionales relativos a la difamación”, “Las organizaciones internacionales, incluyendo la Asamblea General de la ONU y el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, deberían desistir de la adopción de pronunciamientos adicionales que apoyen la noción de “difamación de religiones””.

En la Declaración “sobre libertad de expresión e internet” de 2011 se señaló que “la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación”, que “las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba “tripartita”).

¹⁸⁹Declaración Conjunta 2009 “sobre medios de comunicación y elecciones”.

“Preocupados ante las amenazas a la cobertura libre y abierta de los medios de comunicación que se han manifestado en época de elecciones, como la intimidación, las agresiones físicas y la imposición de restricciones legales excesivamente estrictas a la libertad de expresión;

“Entorno general para los medios de comunicación y las elecciones: Los Estados deben implementar diversas medidas, incluidas aquellas que fueron señaladas en nuestra Declaración Conjunta del 12 de diciembre de 2007, con el objeto de crear un entorno propicio para la proliferación de medios de comunicación pluralistas. Estas medidas deben incluir, entre otra, (...) la creación de normas destinadas a prevenir la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación y la adopción de medidas para promover la diversidad de contenidos.

¹⁹⁰ Declaración Conjunta 2010, “Declaración Conjunta Del Décimo Aniversario: Diez Desafíos Claves para la Libertad de Expresión en la Próxima Década”.

“Enormes desafíos aún persisten para el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como la existencia de sistemas jurídicos restrictivos, presiones comerciales y sociales, así como la falta de tolerancia a la crítica de parte de los sectores que detentan el poder;

205.) En la **Declaración Conjunta de 2013**, los Relatores insisten¹⁹¹:

“-Si no se planifica y gestiona adecuadamente, la transición digital podría exacerbar el riesgo de que se produzca una concentración indebida de la propiedad y el control de los medios de radio y televisión”.

“-Se deberían adoptar, según sea necesario, medidas especiales para evitar que la transición digital terrestre fomente una concentración mayor o indebida de la propiedad o el control de los medios”.

206.) Posteriormente, desde 2017 se retoma de manera más insistente y amplía el problema de la concentración de medios (En las Declaraciones de 2014¹⁹², 2015¹⁹³ y 2016¹⁹⁴, los Relatores habían tocado la problemática de la

“1. Mecanismos ilegítimos de control gubernamental sobre los medios de comunicación (...) e) La propiedad o control significativo de los medios de comunicación por parte de líderes políticos o partidos. “2. Difamación penal “3. Violencia contra periodistas “4. Límites al derecho de acceso a la información

“5. Discriminación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión La igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión continúa siendo la excepción, en tanto los grupos históricamente menos favorecidos — como mujeres, minorías, refugiados, personas indígenas y minorías sexuales— aún luchan para que se tengan en cuenta sus opiniones y para poder acceder a la información que les concierne. Las cuestiones más preocupantes son: a) Los obstáculos a la creación de medios de comunicación por grupos históricamente menos favorecidos. b) El uso indebido de leyes sobre expresiones que instigan el odio para impedir que grupos históricamente menos favorecidos participen en debates genuinos sobre sus problemas e inquietudes. c) La ausencia de medidas de autorregulación adecuadas para abordar: i. La reducida proporción de miembros de los grupos históricamente menos favorecidos entre los trabajadores de los principales medios de comunicación, incluidos los medios públicos. ii. La cobertura insuficiente por parte de medios de comunicación y otras organizaciones de temas relevantes para los grupos históricamente menos favorecidos. iii. La difusión masiva de información estereotipada o peyorativa respecto de grupos históricamente menos favorecidos.

“6. Presiones económicas. Existen distintas presiones comerciales que amenazan la capacidad de los medios de comunicación de difundir contenidos de interés público, que usualmente son costosos de producir. Las cuestiones más preocupantes son: a) **La creciente concentración de la propiedad de los medios de comunicación, con posibles y preocupantes graves consecuencias para la diversidad de los contenidos.** b) La fractura del mercado publicitario, y otras presiones comerciales que se traducen en la adopción de medidas de reducción de costos, como menor proporción de contenido local, entretenimiento de bajo nivel intelectual y reducción del periodismo de investigación. c) El riesgo de que los beneficios de la transición a las frecuencias digitales sean absorbidos en gran parte por los medios existentes, y de que otros usos, como las telecomunicaciones, operen en detrimento de una mayor diversidad y acceso, y de los medios de interés público. “7. Apoyo a emisoras públicas y comunitarias “8. Seguridad y libertad de expresión (...) lucha contra el terrorismo. Las cuestiones más preocupantes son: a) Las definiciones vagas y/o excesivamente amplias de términos clave como seguridad y terrorismo (...) 9. Libertad de expresión en Internet (...) Las cuestiones más preocupantes son: a) La fragmentación de Internet a través de la imposición de cortafuegos (firewalls) y filtros, y de requisitos de registro. b) El bloqueo estatal de sitios Web y de dominios. 10. Acceso a tecnologías de información y comunicación. Si bien Internet ha ofrecido a miles de millones de personas posibilidades de acceso a la información y a herramientas de comunicación sin precedentes, la mayoría de los ciudadanos en todo el mundo aún no tienen acceso a Internet o sólo tienen un acceso limitado. Las cuestiones más preocupantes son: a) Las estructuras de precios que imposibilitan el acceso de los sectores pobres a Internet. b) La omisión de extender la conectividad a todo el territorio, lo que deja a los usuarios rurales sin acceso.

¹⁹¹Declaración Conjunta 2013, “sobre protección de la libertad de expresión y la diversidad en la transición digital terrestre”: “Preocupados por el hecho de que, en numerosos países, las **consideraciones comerciales** y políticas **han dominado los debates y la formulación de políticas** sobre transición hacia la señal digital terrestre (desconexión o transición digital) en detrimento de los derechos humanos, especialmente aspectos relativos a la libertad de expresión, incluida la diversidad, y la protección de los derechos de espectadores y oyentes; “Considerando que, si no se planifica y gestiona adecuadamente, la transición digital podría exacerbar el riesgo de que se **produzca una concentración indebida de la propiedad y el control de los medios** de radio y televisión; “a. Las políticas y los procesos de otorgamiento de licencias de los Estados vinculados con la transición digital terrestre **deberían fomentar la diversidad en los medios** de comunicación. “h. Se deberían adoptar, según sea necesario, **medidas especiales para evitar** que la transición digital terrestre fomente **una concentración mayor o indebida de la propiedad o el control** de los medios. Esto podría incluir medidas de regulación relativas a la operación de multiplexores, normas claras sobre fijación de precios y competencia respecto de multiplexores y redes de distribución y la separación de las operaciones de distribución y contenidos en una misma empresa, entre otras cosas.

¹⁹²Declaración Conjunta 2014, “Sobre universalidad y el derecho a la libertad de expresión”. “Recomendaciones a los Estados: a. Los Estados deberían adoptar **medidas positivas** para asegurar el **ejercicio efectivo y sin discriminación por todas las personas y grupos de la sociedad** de su derecho a la libertad de expresión”-

concentración de manera tangencial, al atender otras temáticas de la libertad de expresión).

207.) En la **Declaración Conjunta 2017**¹⁹⁵, los Relatores recuerdan que los Estados están obligados a garantizar la diversidad en los medios de comunicación, por lo se les invoca “adoptar medidas”, entre ellas:

“-Normas que **prohíban la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación**”.

“-Normas que **exijan transparencia por parte de los medios de comunicación con respecto a sus estructuras de propiedad**”.

208.) En la **Declaración Conjunta 2018**, los Relatores amplían el tratamiento del tema de la concentración en los medios, y abordan nuevos temas como la **obligación de las empresas mediáticas de respetar los derechos humanos**, la dinámica de los mercados, las empresas con “posición fuerte o dominante en el mercado”. Así, los Relatores sostiene que para cumplir los Estados con su deber de garantizar la libertad de expresión podrán establecer límites a la concentración, a la propiedad cruzada, realizar control previo de fusiones y adquisiciones empresariales, etc.

“-La falta de transparencia de la propiedad de los medios de comunicación puede fomentar los monopolios y la concentración indebida de la propiedad de los medios

¹⁹³Declaración Conjunta 2015, “Sobre la libertad de expresión y las respuestas a las situaciones de conflicto”. “Los Estados deberían adoptar medidas para **garantizar que todos los grupos de la sociedad tengan acceso a oportunidades** para que se escuche su voz, tanto dentro de sus comunidades como en debates sociales más amplios, incluyendo medidas de **promoción para la diversidad de medios**, servicios públicos de radiodifusión y medios comunitarios”. “8. Privacidad de las Comunicaciones: a. Las situaciones de conflicto no deberían ser utilizadas para justificar el aumento de la vigilancia por parte de actores del Estado dado a que la vigilancia representa la invasión a la privacidad y una restricción de la libertad de expresión. “11. Situaciones donde el estado del derecho no aplica: Los actores de los estados y los agentes privados están aún obligados a respetar el derecho humanitario internacional incluso cuando el estado del derecho haya fracasado, incluyendo las disposiciones que exigen que los trabajadores de los medios de comunicación sean tratados como civiles y no como combatientes”

¹⁹⁴Declaración Conjunta 2016, “Sobre la libertad de expresión y el combate al extremismo violento”. “1. Principios generales: a. Toda persona tiene derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, especialmente en asuntos de interés público, lo que incluye a los asuntos relacionados con la violencia y el terrorismo, así como para comentar y criticar la forma en que los Estados y los políticos responden a estos fenómenos”.

¹⁹⁵Declaración Conjunta 2017, “Sobre libertad de expresión y "noticias falsas" ("fake news"), desinformación y propaganda”. “Conscientes de la creciente propagación de la desinformación (a veces referida como noticias "falsas" o "fake news") y la propaganda en los medios tradicionales y sociales, impulsada tanto por Estados como por actores no estatales, y los diversos perjuicios a los cuales contribuyen en parte o de manera directa; “Reiterando que los Estados **tienen la obligación positiva de fomentar un entorno propicio para la libertad de expresión**, lo que incluye **promover, proteger y apoyar la diversidad de los medios de comunicación**, los cuales están sujetos a una presión cada vez mayor como resultado del agravamiento progresivo del contexto económico para los medios tradicionales;

“3. Entorno propicio para la libertad de expresión: d. Los Estados deberían adoptar otras medidas para promover la diversidad en los medios de comunicación que podrán consistir, según lo amerite la situación, en algunas de las siguientes, o todas:

“ii. Normas que **prohíban la concentración indebida** de la propiedad de los medios de comunicación; y

“iii. Normas que **exijan transparencia por parte de los medios de comunicación con respecto a sus estructuras de propiedad**”.

“-Las fusiones de los medios de comunicación con empresas de telecomunicaciones, así como otros tipos de compañías, podrían limitar las oportunidades para promover la diversidad de los medios;

“-Los Estados deben asegurar que todos los aspectos de los mercados de los medios de comunicación, como la publicidad y la producción y distribución de contenido, funcionen de una manera imparcial y competitiva, protegidos de prácticas anticompetitivas de aquellos que detentan una posición fuerte o dominante en el mercado.

“Los Estados deben establecer requisitos estrictos de transparencia para la propiedad de los medios de comunicación, junto con normas y sistemas eficaces para evitar los monopolios y la concentración indebida o la propiedad cruzada de los medios.

“Se debe requerir la aprobación de órganos reguladores independientes antes que puedan realizarse fusiones o adquisiciones que planteen una amenaza a la libre competencia o a la diversidad.

“Estos requisitos podrían incluir límites a la concentración de los medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos.

“Los medios de comunicación (...) deben tomar en serio su deber de respetar los derechos humanos¹⁹⁶.”

209.) En la **Declaración Conjunta 2019**, en esta ocasión, los Relatores al recordar que cumplen 20 años de emitir informes colectivos (desde el primero en 1999):

Afirman que las Declaraciones tuvieron *“el objetivo de interpretar las garantías de los derechos humanos para la libertad de expresión”*.

-Sostienen que dichas Declaraciones han buscado también *“orientar a medios de comunicación y empresarios”, y recuerdan a “las empresas privadas, que*

¹⁹⁶ Declaración Conjunta 2018, “Sobre la Independencia y la Diversidad de los Medios de Comunicación en la era Digital”. “Conscientes de las presiones económicas en los medios de comunicación, entre ellas la pérdida de audiencia, especialmente frente a las redes sociales, y la reducción de los ingresos derivados de la publicidad, que limita los recursos disponibles para el periodismo de investigación, y observando que es necesario buscar formas innovadoras de contrarrestar estas presiones;

“Reconociendo que la **falta de transparencia de la propiedad** de los medios de comunicación puede fomentar los **monopolios y la concentración** indebida de la propiedad de los medios y que las **fusiones de los medios de comunicación con empresas de telecomunicaciones**, así como otros tipos de compañías, podrían limitar las oportunidades para promover la diversidad de los medios;

“Los Estados tienen la obligación positiva de crear un entorno general propicio para buscar, recibir e impartir información e ideas (libertad de expresión), incluso con las siguientes medidas: b. Los Estados tienen también la obligación positiva de proteger la libertad de los medios de comunicación.

“6. Amenazas económicas. b. Los Estados deben tomar medidas apropiadas para crear un entorno económico que apoye un paisaje diverso de los medios de comunicación, que abarque medios tradicionales y medios que sirvan a comunidades locales o rurales, sin socavar su independencia, con sistemas de subsidios independientes o uniformes y exoneraciones fiscales.

“c. Los Estados deben asegurar que **todos los aspectos de los mercados de los medios** de comunicación, como la publicidad y la producción y distribución de contenido, **funcionen de una manera imparcial y competitiva, protegidos de prácticas anticompetitivas** de aquellos que **detentan una posición fuerte o dominante** en el mercado.

“d. Los Estados deben establecer **requisitos estrictos de transparencia para la propiedad de los medios** de comunicación, junto con normas y sistemas eficaces para **evitar los monopolios y la concentración** indebida o **la propiedad cruzada** de los medios. Se debe requerir la aprobación de órganos reguladores independientes **antes que puedan realizarse fusiones** o adquisiciones que planteen una **amenaza a la libre competencia o a la diversidad**. Estos requisitos podrían **incluir límites a la concentración** de los medios de comunicación o **la propiedad cruzada** de los mismos.

“7. Los **medios de comunicación** y las plataformas en línea. a. Los medios de comunicación y las plataformas en línea, que son o suelen ser **agentes empresariales poderosos**, deben tomar en serio su **deber de respetar los derechos humanos**.

tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y reparar violaciones”.

-Señalan las *“persistentes y crecientes amenazas contra la diversidad y la independencia de los medios”, siendo una de ellas “el incremento en la concentración de la propiedad de los medios de comunicación”.*

-Consideran que “el Control privado” también es “una amenaza a la libertad de expresión” en el campo de las *“comunicaciones digitales”* caracterizadas por *“el poder de las empresas privadas, las redes sociales, las plataformas de búsqueda y otros intermediarios”, “enorme poder concentrado en unas pocas empresas”, para lo cual debe aplicarse “los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU”, y los Estados deben “establecer reglas y sistemas eficaces para remediar la concentración indebida de la propiedad y las prácticas que representen un abuso de la posición dominante de las empresas que proporcionan servicios de comunicación digital¹⁹⁷”.*

210.) En la **Declaración Conjunta de 30 abril 2020**, en el último informe de los Relatores se recuerda que los Estados deben establecer normas obligatorias para que “los medios de comunicación **den a conocer públicamente quiénes son sus propietarios¹⁹⁸**”.

7.4.4.- Opinión y jurisprudencia de los órganos y tribunales europeos

¹⁹⁷Declaración Conjunta 2019, “Declaración Conjunta del Vigésimo Aniversario: Desafíos para la Libertad de Expresión en la Próxima Década”, Londres, 10 julio 2019. “Durante veinte años hemos orientado a (:) gobiernos, organizaciones de la sociedad civil, profesionales del derecho, periodistas y medios de comunicación, académicos y empresarios”. “Las Declaraciones Conjuntas han contribuido al establecimiento de las normas autorizadas que abordan una variedad de asuntos y desafíos y que también resaltan la importancia de la libertad de expresión para la democracia, el desarrollo sostenible, la protección de todos los demás derechos, y las medidas para enfrentar el terrorismo, la propaganda y la incitación a la violencia”.

“Expresan preocupación en torno a las persistentes y crecientes amenazas contra la diversidad y la independencia de los medios debido, entre otros motivos, a la significativa reducción en los ingresos publicitarios de los medios tradicionales, lo cual socava la producción de noticias y, particularmente, el periodismo local de investigación; el incremento en la concentración de la propiedad de los medios de comunicación,

“Las empresas privadas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y reparar violaciones,

“1- Creación de un ambiente que permita el ejercicio de la libertad de expresión

“2.- Consolidar y mantener una Internet libre, abierta e inclusiva

“3.- Control privado como amenaza a la libertad de expresión (..) Para proteger el entorno de la libertad de expresión frente al dominio privado sin suficiente rendición de cuentas, urgimos el desarrollo de las siguientes medidas: a. - Desarrollar mecanismos de supervisión, transparentes, b. - Medidas regulatorias que aborden los modelos de negocios de ciertas empresas de tecnología digital que dependen de modelos de publicidad --- c. - Implementar un marco de responsabilidades de las empresas según los **Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU**, respaldado por regulaciones o la supervisión del Estado para mitigar los daños a los derechos humanos, mediante el desarrollo de compromisos, políticas y evaluaciones públicas del impacto persistente en los derechos humanos. e. - Soluciones basadas en los derechos humanos para enfrentar los problemas causados por la desinformación, incluida la creciente posibilidad de falsificaciones tecnológicas profundas “deep fakes”.

“f. Establecer reglas y sistemas eficaces para remediar **la concentración indebida de la propiedad** y las prácticas que representen un **abuso de la posición dominante** de las empresas que proporcionan servicios de comunicación digital.

¹⁹⁸Declaración Conjunta 2020, “Declaración Conjunta sobre Libertad de expresión y elecciones en la era digital”, Washington D.C., 30 abril 2020.

En: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1174&IID=2>

211.) **Comisión de Venecia, 2005, opinión para el caso de la ley Gasparri de Italia**¹⁹⁹

“(…) Aunque la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no proporciona indicaciones específicas sobre este tema, es posible deducir algunos principios pertinentes: en primer lugar, que la libertad de expresión desempeña un papel fundamental en una sociedad democrática, en particular cuando, por conducto de la prensa, sirve para comunicar información e ideas de interés general que el público tiene, además, el derecho de obtener, y que el Estado es el garante último del pluralismo, especialmente en los medios audiovisuales, cuyos programas son muy ampliamente difundidos(…)” “Existe un verdadero pluralismo de los medios de comunicación cuando existe un gran número de medios de comunicación autónomos e independientes a nivel nacional, regional y local, garantizando una oferta variada de contenidos, reflejando los diferentes puntos de vista políticos y culturales”.

“Para la Comisión, la pluralidad de los medios de comunicación implica no sólo la existencia de una pluralidad de actores, sino también la existencia de una amplia gama de medios de comunicación, es decir de diferentes tipos de medios”.

“Los instrumentos del Consejo de Europa establecen algunas herramientas para promocionar el pluralismo de los medios de comunicación, entre ellos:

-Un marco legislativo fijando límites a la concentración de los medios de comunicación; entre los instrumentos que permitan lograrlo, encontramos los límites autorizados (que es conveniente medir sobre la base de un elemento o de un conjunto de elementos como la cuota de audiencia, la parte de capital o los límites de ingresos) que una única empresa está autorizada a controlar en uno o varios de los mercados afectados,

-Las autoridades de regulación de los medios de comunicación específicos, con facultades para actuar contra la concentración,

-Medidas específicas contra la integración vertical (control de elementos clave de la producción, la difusión de la distribución y actividades conexas por una única empresa o un solo grupo),

-Independencia de las autoridades de regulación,

-Transparencia de los medios de comunicación,

-Medidas destinadas a promover activamente la producción y la difusión de contenidos variados,

-Apoyo financiero, directo o indirecto, destinado a fortalecer el pluralismo, concedido sobre la base de criterios objetivos y no partidistas, en el marco de procedimientos transparentes y sometidos a un control independiente,

¹⁹⁹La opinión de la Comisión de Venecia, aprobada en su 63ª período de sesiones (10 a 11 de junio de 2005), se menciona en la Sentencia del Caso Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano c. Italia del 2012.

En: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-139360&filename=001-139360.pdf>

-Instrumentos de autorregulación, como directrices editoriales o leyes que rigen la independencia de la prensa”.

“A este respecto, la Comisión recuerda que, si las medidas anticoncentración tienden, en general, a impedir los abusos de posición dominante, las posiciones dominantes están prohibidas como tales en el sector de los medios de comunicación”.

212.) **Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano c. Italia de 2012 de Gran Sala** ^{200 201}

Reproduce otras conclusiones de la Comisión de Venecia en el mismo caso Ley Gasparri:

Fundamento 129: El Tribunal considera oportuno recordar el conjunto de principios generales derivados de su jurisprudencia en materia de pluralismo de los medios audiovisuales. Como ha subrayado a menudo, **no existe democracia sin pluralismo. La democracia se alimenta de la libertad de expresión.** Es esencial permitir la propuesta y discusión de proyectos políticos diversos (.)

Fundamento 130: A este respecto, el Tribunal observa que, en una sociedad democrática, para garantizar un auténtico pluralismo en el sector audiovisual, **no basta con contemplar la existencia de varias cadenas** o la posibilidad teórica para los operadores potenciales de acceder al mercado del sector audiovisual. **Es preciso, además, permitir un acceso efectivo al mercado, a fin de garantizar la diversidad del contenido** de la programación, que refleje tanto como sea posible la variedad de opiniones que existen en la sociedad a la que se dirigen estos programas.

Fundamento 134: El Tribunal subraya que, en un sector tan sensible como el de los medios audiovisuales, además de la obligación negativa de no injerencia, **el Estado posee la obligación positiva de establecer un marco legislativo y administrativo apropiado y capaz de garantizar un pluralismo efectivo** (ver el párr. 130 supra). Esto resulta especialmente importante cuando, como en el presente caso, el sistema audiovisual nacional se caracteriza **por ser un duopolio**”.

²⁰⁰Tribunal Europeo, Caso Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano c. Italia, 7 de junio de 2012, Demanda n.º 38433/09.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO (2017). *Concentración de medios y libertad de expresión: normas globales y consecuencias para las Américas*. Montevideo, Uruguay.
En: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000248091_spa

²⁰¹Un caso puede ser elevado a una Gran Sala de dos maneras: o bien de manera efectiva, cuando se apela la decisión adoptada por una Sala ordinaria (remisión), o en situaciones donde la complejidad o la importancia del caso impulsa a la Sala ordinaria a remitirlo a una Gran Sala (renuncia). La Gran Sala se compone de 17 jueces y se considera que sus sentencias revisten especial autoridad.

En: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000248091_spa

7.5.- Desarrollo constitucional nacional. La libertad de expresión e información y el pluralismo en la doctrina jurisprudencial del tribunal constitucional nacional

213.) Tanto Demandantes como Demandados han invocado diversa jurisprudencia tanto nacional como supranacional (con la precisión que los Demandados lo hacen para considerar que el pluralismo informativo no puede ser objeto de protección mediante el amparo constitucional²⁰²). En cuanto a la jurisprudencia del TC, la presente sentencia toma en cuenta los casos que el Tribunal Constitucional ha compendiado en una sección especial de su portal web²⁰³ sobre libertad de expresión y libertad de información, además de la sistematización hecha por el propio juzgado²⁰⁴.

2002

214.) **El caso Caja Rural.** El año 2002, en la sentencia del 14 agosto 2002 (caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra periodistas de Radio Imagen de Tarapoto, STC 00905-2001-AA/TC)²⁰⁵, el Tribunal Constitucional desarrolló su doctrina jurisprudencial sobre la **libertad de información y expresión (diferencia, objeto de protección)**, en los siguientes términos:

Fund. 9. El inciso 4) del artículo 2.º de la Constitución reconoce las libertades de expresión e información.

Aun cuando históricamente la libertad de información haya surgido en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra, el referido inciso

²⁰²Los Demandados han citado las sentencias nacionales STC 00905-2001-PA y STC 00015-2010-PI principalmente, y en cuanto al fuero internacional la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de DDHH y la Opinión Consultiva 005-85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Escrito de contestación de Agois Banchemo, pág. 38, 44, 58, ss.)

²⁰³Jurisprudencia relevante de libertad de expresión e información según portal web del TC - **Sumillas:**
https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?tema=libertad_de_expresion&accion=categoria
https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?tema=libertad_de_informacion&accion=categoria

²⁰⁴De este modo hemos procurado exponer en forma cronológica toda la jurisprudencia relevante sobre el tema:
2002. Caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín c. periodistas de Radio Imagen de Tarapoto.
2003-2004. Hábeas data, caso viajes presidenciales de Alberto Fujimori, y caso viajes Alejandro Toledo.
2005. Caso Carlos Ramírez Lama c. juez penal de Tumbes.
2005. Caso Medina Vela - Adaro Rueda, derecho de intimidad de trabajadoras de la farándula.
2006. Caso Colegio de Periodistas del Perú, demanda de inconstitucionalidad de la Ley 28904.
2006. Caso franja electoral, demanda de inconstitucionalidad del artículo 37 Ley 28094 Ley de Partidos Políticos.
2007. Caso alumno Oliver Iparraguirre c. Universidad Privada de Tacna.
2012. Caso Ley RTV, demanda de inconstitucionalidad del artículo 22, Ley 28278 – Ley de Radio y Televisión, acaparamiento de frecuencias radioeléctricas.
2013. Caso Semanario El Búho de Arequipa.
2018. Caso Ley de publicidad estatal, demanda de inconstitucionalidad de la Ley 30793, Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano.

²⁰⁵STC 00905-2001-AA, Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín vs. Radio Imagen (empresa Comunicación y Servicios SRL) y periodistas Ramón Alfonso Amaringo Gonzales e Hildebrando García Moncada. La demandante denunció a los periodistas por difundir informaciones que han producido pánico financiero y retiro masivo de los depósitos (afectación a los derechos a la banca, garantía del ahorro, libre contratación), al haber publicado noticias de que el dueño de Caja Rural era José Venero, hermano de Víctor Alberto Venero Garrido (acusado de ser testaferro de Vladimiro Montesinos Torres) y de que existía relación con Manuel Tafur Ruiz vinculado a un vídeo con Vladimiro Montesinos y J. Venero.

4) del artículo 2.º de la Constitución las ha reconocido de manera independiente, esto es, como dos derechos distintos y, por tanto, cada uno con un objeto de protección distinto. *La libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones,*

La libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente.

Con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir,

Con la libertad de información se garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz.

Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser.

215.) En la misma sentencia de **2002** del caso Caja Rural, el Tribunal Constitucional también abarcó el contenido esencial de la libertad de información, sus dimensiones como derecho subjetivo (individual) y derecho colectivo, la titularidad de todas las personas, su derivación de la dignidad personal, alcances de la jurisprudencia internacional de derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos caso OC-85), doble vertiente individual y colectiva, su vinculación a la democracia, su carácter de condición para la influencia social, la necesidad de su ejercicio óptimo e intenso, etc., en los siguientes términos:

Contenido de la libertad de información: La información veraz

Fund. 10. De allí que, aunque la Constitución no especifique el tipo de información que se protege, el Tribunal Constitucional considera que el objeto de esta libertad no puede ser otro que la información veraz. Desde luego que, desde una perspectiva constitucional, la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes. (...)

Fund. 11. Las dimensiones de la libertad de información son:

a) el derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, si no, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información.

b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, en tal caso, es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública.

Fund. 12. Por cuanto se tratan de libertades –la de información y la de expresión– que se derivan del principio de dignidad de la persona, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen una doble vertiente.

En primer lugar, una dimensión individual, pues se trata de un derecho que protege de que "[...] nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento" o de difundir hechos informativos.

Pero, al mismo tiempo, ambas presentan una inevitable dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas a "recibir cualquier información y (a) conocer la expresión del pensamiento ajeno" a fin de formarse una opinión propia.

Fund. 13. Sin embargo, ellas no sólo constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

También se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública. Desde esa perspectiva, ambas libertades "tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia.

Constituyen el fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad" (Erns Wolfgang Böckenforde, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Edit. Trotta, Madrid 2000, pág. 67); o, como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Constituyen "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *condición indispensable* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. (OC 5/85, de 13 noviembre 1985, Caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 70).

Por ello, tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública.

Fund. 14. Esta condición de las libertades informativas requiere que, cada vez que con su

ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un **margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales**. Lo anterior no implica que ambas libertades tengan que considerarse como absolutas, esto es, no sujetas a límites o que sus excesos no sean sancionables. Con anterioridad, este mismo Tribunal Constitucional ha señalado que, con carácter general, todos los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones o restricciones en su ejercicio. Pero, cuando ello se haga, tales límites no pueden afectar el contenido esencial de ellos, pues la limitación de un derecho no puede entenderse como autorización para suprimirlo.

2003-2004

216.) En las Sentencias de 2003 caso viajes de Alberto Fujimori STC 01797-2002-HD y de 2004 caso viajes de Alejandro Toledo STC 0959-2004-HD, el Tribunal Constitucional desarrolló su doctrina respecto al derecho de acceso a la información pública, que como la

libertad de expresión también protege la formación de una opinión pública libre e informada (sentencias de hábeas data)²⁰⁶.

2005

217.) El caso Carlos Ramírez Lama c. juez penal de Tumbes. El año 2005, en la sentencia del 17 octubre 2005 (STC 02262-2004-HC)²⁰⁷ el Tribunal amplió su doctrina jurisprudencial sobre libertad de expresión e información **como derechos fundamentales**, los 4 derechos descritos en el artículo 2 inciso 4, las acepciones de censura previa, autorización previa, impedimento previo, control judicial previo, etc., en los siguientes términos:

Fund. 13. La expresión y la información como derechos fundamentales. Si bien la Constitución señala en su artículo 2º, inciso 4, la existencia de (...) las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (...), en realidad, existen solamente dos derechos fundamentales en juego:

Derecho a la expresión y

Derecho a la información,

El derecho a la opinión solo es el bien jurídico tutelado de la expresión; y

El derecho a la difusión del pensamiento (es) un grado superlativo en que la comunicación puede llegar al público.

²⁰⁶ Año 2003. El caso viajes de Alberto Fujimori. En la sentencia del 29 enero 2003 (STC 01797-2002-HD, hábeas data de Wilo Rodríguez para obtener información de los gastos de viajes presidenciales de Alberto Fujimori), el Tribunal Constitucional desarrolló su doctrina jurisprudencial sobre el derecho de acceso a la información pública en su doble dimensión individual y colectiva, en los siguientes términos:

El derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. Además, En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática (FJ 10-11).

Año 2004. El caso viajes de Alejandro Toledo. En la sentencia del 19 noviembre 2004 (STC 0959-2004-HD/TC, hábeas data de Wilo Rodríguez Gutiérrez para obtener información de los gastos de viajes presidenciales de Alejandro Toledo), el Tribunal Constitucional amplió su doctrina jurisprudencial sobre el derecho de acceso a la información pública en su doble dimensión individual y colectiva, en los siguientes términos:

El derecho al acceso a la información pública, desde una perspectiva colectiva, es consustancial al orden democrático, puesto que representa una garantía para todos los individuos de recibir la información necesaria y oportuna, para que pueda formarse una opinión pública, libre e informada (FJ 11).

²⁰⁷STC 02262-2004-HC, Carlos Laureano Ramírez de Lama c/ juez penal Carlos Bendezú Díaz, de la Sala Penal de Tumbes. El demandante del hábeas corpus, procesado por delito de cohecho en agravio del Estado, denuncia que el juez le ha ordenado que no puede declarar en la prensa sobre el caso.

La Resolución del 3 marzo 2004 que motivó el hábeas corpus señaló lo siguiente:

“Al inculpado Carlos Laureano Ramírez de Lama se le ha variado el mandato de detención por el de Comparecencia Restringida.

“El artículo 73 del Código de Procedimientos Penales establece el carácter reservado de la instrucción.

“El inculpado viene incoando y/o propagando por medios de difusión una serie de adjetivos incalificables contra los Magistrados del Poder Judicial que hace necesario que se le aplique reglas de conducta en garantía del debido proceso sin recortársele el Derecho de la Defensa, dentro del proceso al instruido.

“SE RESUELVE: Ampliar el auto apertorio de instrucción en lo referente a las reglas de conducta, fijándose lo siguiente:

“PRIMERO: Queda terminantemente prohibido hacer comentarios periodísticos, radiales o televisivos sobre hechos del proceso y de la materia del juzgamiento

“TERCERO: Prohibírsele que en forma directa o indirecta se abstenga de propalar versiones o comentarios del desarrollo del proceso”

Respecto a la información, esta se refiere a la capacidad de emitir y recibir las noticias veraces, completas y asequibles, en la medida en que su objeto son los hechos, los mismos que pueden ser comprobables.

Respecto a la expresión, esta se refiere a la capacidad de recibir los puntos de vista personales del emisor, que en tanto son opinables, requieren un carácter básico de congruencia entre lo que se busca señalar y lo que finalmente se declara públicamente.

Además, ambos derechos tienen un sólido sustento democrático, e incluso se han propuesto garantías para que la injerencia a su ejercicio sea lo más limitada posible. De ello se sigue la imposibilidad de control o censura previa sobre ellos.

El Tribunal Constitucional señala que la Constitución recoge tres acepciones para definir de manera genérica la censura previa prohibida. En ese sentido, la autorización previa consiste en solicitar permiso a alguna autoridad para ejercer el derecho. La censura previa propiamente dicha se presenta en la revisión de aquello que se va a informar, opinar, expresar o difundir, con la opción del veto. El impedimento previo se refiere a la implementación de algún obstáculo o prohibición para ejercer estos derechos. Con tales impedimentos se evita que exista cualquier tipo de examen administrativo, político o económico del discurso. Asimismo, se realiza precisiones sobre el control judicial previo como método de censura previa (FJ 15-16)²⁰⁸.

218.) El mismo año 2005, en el caso Medina Vela – Adaro Rueda, derecho de intimidad de trabajadoras del vedetismo, sentencia del 17 octubre 2005 (STC 6712-2005-PHC), el Tribunal Constitucional amplió su doctrina jurisprudencial sobre libertad de expresión e información (límite del derecho de **información**, interés público, vida privada, contenido constitucional, mejoramiento social, veracidad como verosimilitud de la información) en los siguientes términos:

El derecho a la información tiene límites, pues sólo así puede constituirse como un derecho angular para el sistema democrático de un Estado. Así, se entiende que un límite válido a este derecho es el derecho a la vida privada de las personas (FJ 36 y 37).

Se ha establecido que para evaluar la información vertida por los medios de comunicación, esta debe constituir una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de la sociedad (FJ 52).

El contenido del derecho a la información se encuentra en la veracidad de lo que se manifiesta, lo cual no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontestable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información (FJ 35).

²⁰⁸STC 02262-2004-HC. En otra parte el Tribunal Constitucional señala que “de la jurisprudencia nacional se extrae *dos casos*:

“-El caso de la Municipalidad de Lima Metropolitana contra los cines Teatro Colón y República, a los cuales pretendía clausurar invocando la protección de la moral y las buenas costumbres del vecindario. La Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Lima, en la Resolución N.º 922, Expediente 1003-98, del 9 octubre 1998, *declaró* fundado el Amparo interpuesto por las empresas Cines y Servicios S.A. y Multifilms S.A.”

“-El caso que en similar sentido resolvió este Colegiado en la sentencia del Expediente N.º 57-95-AA/TC, Caso Editora Sport S.A., cuando la Municipalidad de Lince emitió una ordenanza que impedía la exhibición externa de fotos de contenido morboso en los kioscos y puestos de venta de periódicos y revistas”. (*En realidad Exp. 00057-1998-AA/TC*).

Nota: En el caso *cines Teatro Colón y República* la censura se debía a su cartelera exclusiva de cine porno, y en el caso *Editora Sport – diario El Chino* la ordenanza de Lince clausuraba los kioscos con periódicos y revistas “que exhibían en su primera plana imágenes de personas desnudas o semidesnudas”, “imágenes de parejas homosexuales y/o heterosexuales en actos carnales”, “imágenes de cadáveres y otros sucesos de índole similar” “de carácter repulsivo y/o macabro”.

2006

219.) El caso Colegio de Periodistas del Perú, demanda de inconstitucionalidad de la Ley 28904, colegiación obligatoria para ejercer periodismo (STC 00027-2005-PI). En la sentencia del 20 febrero 2006 el Tribunal Constitucional amplió su doctrina jurisprudencial sobre libertad de expresión e información (titularidad del derecho, relación con el periodismo), en los siguientes términos:

Libertad de expresión/ Titularidad del derecho: Nuestra Constitución no restringe la titularidad de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de información sólo a determinados sujetos; por el contrario, extiende la titularidad de los derechos comprendidos en su artículo 2º a todas las personas. Reservar el ejercicio de la actividad periodística a personas que han obtenido un título profesional en periodismo supone una limitación injustificada del ejercicio de los derechos fundamentales aludidos y una distinción, en cuanto a su titularidad, que la Constitución no realiza (FJ 28).

Libertad de expresión/ Relación con periodismo: Las consecuencias jurídicas que se derivan de la identificación entre el derecho fundamental a la libertad de expresión con el ejercicio profesional del periodismo no son para nada irrelevantes, toda vez que sólo a partir de esa identidad el ejercicio profesional del periodismo se entiende protegido por las garantías previstas en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (FJ 15-20).

220.) **El mismo año 2006**, Caso franja electoral, demanda de inconstitucionalidad del artículo 37 Ley 28094 Ley de Partidos Políticos, STC 0003-2006-PI, en la Sentencia del 19 setiembre 2006,²⁰⁹ el Tribunal Constitucional reiteró su doctrina jurisprudencial sobre libre expresión e información y aplicó los criterios de la Corte Interamericana en el caso Ivcher (2001) y caso Ricardo Canese vs. Paraguay (2004) acerca de partidos políticos y pluralismo, democracia y participación, derechos - garantías institucionales de la democracia, sociedades heridas de muerte democrática, dimensión individual y dimensión social de la libertad de comunicación, perspectiva rentista o de lucro comercial de la empresa de comunicaciones frente a la libertad de expresión e información, libertad de información no como producto o servicio de mercado de oferta y demanda, sino como medio canal del pluralismo político, libre expresión en campaña electoral, derechos políticos y libre pensamiento, óptimo del contenido constitucional de libre expresión, cultura democrática, institucionalidad partidaria:

(9.a) Partidos políticos, pluralismo y franja electoral.

F.28. El artículo 43 de la Constitución califica a la República peruana como democrática (...). *El principio democrático no sólo fundamenta el Estado social y democrático de derecho, en general, sino que, de manera más concreta, articula las relaciones entre*

²⁰⁹STC 0003-2006-PI, Sentencia de 19 setiembre 2006, caso inconstitucionalidad de la franja electoral. Se solicitó anular el artículo 37 Ley 28094 Ley de Partidos Políticos que disponía lo siguiente: “Desde los treinta días hasta los dos días previos a la realización de elecciones generales, los partidos políticos tienen acceso gratuito, de acuerdo con lo establecido en esta ley, a los medios de radiodifusión y televisión, de propiedad privada o del Estado, en una franja electoral. El Estado compensa a los medios de comunicación a través de la reducción proporcional en el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico o electromagnético”.

los **ciudadanos**, las organizaciones partidarias, las entidades **privadas en las que subyace el interés público** y las entidades públicas.

Fund. 29. Ello ha sido expuesto por este Colegiado en estos términos: “El principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, según reconoce y exige el artículo 2º, inciso 17, de la Constitución. (...).

Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45º de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31º de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35º de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2º, inciso 17 y 30º a 35º (.), **los derechos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento** mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2º, inciso 4), de **acceso a la información pública** (artículo 2º, inciso 5), de reunión (artículo 2º, inciso 12) y de asociación (artículo 2º, inciso 13).

Una **sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos**, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, **herida de muerte**(...) (cfr. STC 00030-2005-PI)” ²¹⁰

9.b Las libertades de información y expresión.

Fund. 41. El artículo 2º 4 de la Constitución reconoce las libertades de expresión e información (y *el TC cita su doctrina en el caso Caja Rural STC 0905-2001-AA, Fund. 9*).

Fund. 42. Las libertades de la comunicación del discurso tienen una doble dimensión, ambas condicionadas recíprocamente: una individual y otra social. Como bien ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH),

La dimensión individual consiste en que nadie pueda ser arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, libertad que no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o a escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir la información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios.

La dimensión social, de contenido institucional, se encuentra orientada a garantizar el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, implicando también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos o noticias. Para el ciudadano tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia [34]. [34] Cfr. Caso Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú. Serie C – N.º 74, del 6 de febrero de 2001, párrafos 146 a 148.

Fund. 43. Las libertades comentadas son, pues, garantía de la difusión del pensamiento y la información, por ende, base inseparable del pluralismo democrático. Se tratan, por

²¹⁰STC 00030-2005-PI, Sentencia de 2 febrero 2006, caso inconstitucionalidad de la ley de barrera electoral 28617. Se solicitó anular la Ley 28617 que modifica los artículos 20 y 87 de la Ley Orgánica de Elecciones y el artículo 13 de la Ley de Partidos Políticos, normas por las cuales un partido solo obtiene representación en el congreso si alcanza el 5 por ciento de los votos válidos nacionales, caso contrario pierde su inscripción en el Registro de Organizaciones Políticas.

tanto, no sólo de derechos fundamentales, sino de garantías institucionales para la formación de una opinión pública libre en una sociedad democrática.

Fund. 44. A criterio del Tribunal Constitucional, resulta evidente que cuando los recurrentes han efectuado los cálculos a efectos de pretender demostrar que la compensación con la reducción del canon resulta insuficiente para cubrir los costos de la franja electoral, lo han hecho desde una **perspectiva única y exclusivamente rentista o de lucro comercial**, es decir, atendiendo a los costos de la publicidad televisiva y radial en el mercado.

Olvidan, en consecuencia, que la franja electoral no puede ser concebida como si tuviera por objeto difundir ante la población peruana **un producto o servicio más de los muchos que se distribuyen en el mercado bajo las reglas de la oferta y demanda**,

La franja electoral se trata, a la luz de lo expuesto, de **un medio para canalizar el pluralismo político, garantizar la igualdad** y situar a las fuerzas partidarias en el más directo contacto con la mayor cantidad posible de ciudadanos, en momentos en los que la necesidad de viabilizar la información política partidaria alcanza su máxima expresión, esto es en los días más próximos al acto de sufragio.

Fund. 45. Tal como ha expuesto la CIDH, “en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un verdadero instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los diferentes candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión (...) El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En ese sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí.” [35] [35] Cfr. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Etapa de fondo, Serie C –N.º 111, del 31 agosto 2004, párrafos 88 y 90.

Fund. 46. En definitiva, lejos de compartir el criterio de los demandantes conforme al cual la franja electoral genera consecuencias negativas en la efectiva vigencia de las libertades de expresión e información, este Tribunal considera que la disposición impugnada, al instituir la franja electoral, **optimiza el contenido constitucionalmente protegido de dichas libertades**, permitiendo que el electorado conozca, valore y divulgue las propuestas e ideas de los distintos partidos políticos y sus más representativos candidatos, en aras de fortalecer la cultura democrática de nuestra sociedad, la institucionalidad de las organizaciones políticas y la responsabilidad debida en el ejercicio del derecho de voto²¹¹.

221.) Y en lo que es el primer análisis del TC acerca de la relación entre los mercados de comunicación y el pluralismo informativo (que ampliará en 2012 con el caso Ley de Radio y Televisión), el Tribunal Constitucional advierte del antagonismo entre el poder empresarial privado y el interés público por una libre expresión *como soñó el primer liberalismo* hoy inexistente a causa del poder monopólico en los medios de comunicación:

9.c La función social de los medios de comunicación.

²¹¹STC 0003-2006-PI, Sentencia de 19 septiembre 2006, caso franja electoral (citada).

Fund. 47. Los medios de comunicación cumplen un rol de vital importancia en el Estado social y democrático de derecho. No sólo permiten formar y canalizar la opinión pública indispensable para garantizar el pluralismo inherente a una sociedad democrática, sino que, a su vez, por su cada vez mayor alcance difusivo, se convierten en potencial instrumento de integración social.

Dichos medios deben encontrarse orientados a asegurar la plena vigencia de las libertades de expresión e información, y del pluralismo democrático; de ahí que el Constituyente haya previsto no sólo que los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación (último párrafo del artículo 2, inciso 4, Constitución), sino también que “la prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado o de los particulares.” (*artículo 61, Constitución*).

La captación monopólica y autoritaria de las redes de difusión de la información y de la expresión, sean escritas, visuales o auditivas, **coarta la libre formación del pensamiento**, al impedir la canalización de las ideas, las propuestas y el discurso, sea consensual o disidente. La confrontación fluida de ideas disímiles es imprescindible en el Estado democrático, pues coadyuva al necesario equilibrio preliminar en la maduración del pensamiento y la toma de decisiones, además de viabilizar la alternancia en el poder, y asegurar un gobierno de mayorías con absoluto respeto por los derechos fundamentales de las minorías.

Fund. 48. Por otra parte, así como existen monopolios comunicativos impuestos por gobiernos autoritarios de turno, es **deber fundamental de los medios de comunicación no ceder ante una suerte de monopolio “natural”**, producto del eventual e inadecuado ejercicio del poder que les viene asignado en las sociedades de nuestro tiempo.

Así, por ejemplo, el reconocido profesor Pedro de Vega considera que “...el proceso de mundialización del mercado y de cosmopolitización de la vida social y política, se ha visto acompañado por la **aparición de los grandes monopolios de la comunicación y la información**, capaces no sólo de crear las llamadas culturas del uniformismo, sino de generar una opinión pública también uniforme, manipulada e impuesta, y que nada tiene que ver con la opinión libre y racional con la que soñara el primer liberalismo. (...)

La agenda (...) ya no viene determinada por los hechos y las circunstancias que realmente acaecen, sino por los **criterios, intereses y conveniencias de esos monopolios, dueños** de los centros generales de información. (...)

No es la opinión pública el gran tribunal social que controla al poder, sino que **es el poder [privado] el que no sólo controla la opinión pública**, sino que, además, la crea. (...).

La gran cuestión no puede ser ya la de cómo justificar el poder del representante sin que traicione la voluntad del representado, sino la de cómo legitimar el poder público frente al poder privado, al **Estado frente al mercado**²¹².

222.) Finalmente, y haciendo suya la posición de la Corte Interamericana contra la lógica empresarial monopolística en los medios de comunicación, el Tribunal Constitucional recuerda los límites del crecimiento de las empresas de los mercados de la libertad de expresión conforme a la jurisprudencia del tribunal supranacional y la norma constitucional nacional:

²¹²Cita del Tribunal Constitucional: “[37] Cfr. Vega, Pedro De. Democracia, representación y partidos políticos. En: Pensamiento Constitucional. N.º 2, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, pp. 24 a 25”.

Fund. 50. Así como la franja electoral no puede ser analizada a manera de producto o servicio mercantil, tampoco los medios de comunicación pueden ser concebidos como **comunes entidades empresariales**, máxime si éstas, de por sí, tienen una responsabilidad social en el Estado social y democrático de derecho.

El Tribunal Constitucional ha destacado (*en el caso de 2005, Ley de Regalía Minera*) que “la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La **Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general**, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan **las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente**.”

En el Estado Social y Democrático de Derecho **el crecimiento económico** no puede ni debe reñirse con el **derecho a la plenitud de la vida humana**;

No puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.

Lo ‘social’, se define aquí desde tres dimensiones:

Como mecanismo para establecer legítimamente algunas **restricciones a la actividad de los privados**;

Como una cláusula que permite **optimizar al máximo el principio de solidaridad**, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente,

Como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para **garantizar un ambiente equilibrado** y adecuado al desarrollo de la vida²¹³”.

Fund. 51. En el caso de los medios de comunicación social, el razonamiento no sólo no puede ser distinto, sino que, en su caso, como quedó dicho, el compromiso social viene impuesto expresa y específicamente por la propia Constitución, en su artículo 14²¹⁴, y por la legislación dictada conforme a ella. A lo que cabe añadir que la defensa de la Constitución y, consecuentemente, la del sistema democrático, es un deber de “todos los peruanos” (artículo 38° de la Constitución).

Es así como los medios de comunicación tienen un **deber social inherente que les obliga a relativizar sensiblemente** (sin extinguirlo) **su ánimo de lucro** cuando de coadyuvar con la consolidación de los valores constitucionales y democráticos se trata, entre los que se encuentra, sin duda, **el pluralismo político** en condiciones de igualdad.

En efecto, siendo la franja electoral un medio de efectivizar la información y participación políticas, tanto partidaria (a nivel activo), como ciudadana (a nivel pasivo), promueve la educación política y contribuye a crear una moral pública en compromiso con los valores democráticos. Por ello, de una adecuada interpretación del artículo 14 de la Constitución, deriva el deber de los medios de comunicación social privados y públicos de difundir la franja electoral.

Y es que como ha tenido ocasión de destacar la CIDH:

“Si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuo o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios

²¹³[38] Cfr. STC 0048-2004-PI, Fundamentos 15 y 16. Sentencia de 1 abril 2005, demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso y cinco mil ciudadanos, contra la Ley 28258 - Ley de Regalía Minera.

²¹⁴Constitución 1993. Capítulo II. De los Derechos Sociales y Económicos (Artículo 4 al 29). Artículo 14. (...) Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural.

de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que **sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse** a esa libertad. Para ello es indispensable, *por ejemplo*, la **pluralidad de medios**, la **prohibición de todo monopolio** respecto de ellos, **cualquiera sea la forma** que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.”[39] [39] Cfr. Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 34.

2007

223.) El caso Oliver Iparraguirre. El año 2007, en la sentencia del 26 marzo 2007 (STC 10034-2005-PA/TC, alumno Oliver Iparraguirre c. Universidad Privada de Tacna)²¹⁵, el Tribunal Constitucional reiteró su doctrina jurisprudencial sobre la libertad de expresión e información en los siguientes términos:

Libertad de información/ Contenido constitucional: La libertad de información, se refiere a la capacidad de emitir y recibir las noticias veraces, completas y asequibles, en la medida en que su objeto son los hechos, los mismos que pueden ser comprobables (FJ 16).

Libertad de expresión/ Contenido constitucional: La libertad de expresión se refiere a la capacidad de recibir los puntos de vista personales del emisor que, en tanto son opinables, requieren un carácter básico de congruencia entre lo que se busca señalar y lo que finalmente se declara públicamente (FJ 16)²¹⁶.

2012

224.) El caso Ley RTV. El año 2012, en la sentencia del 11 setiembre 2012 (STC 00015-2010-PI, demanda de inconstitucionalidad del artículo 22, Ley 28278 – Ley de Radio y Televisión, acaparamiento de frecuencias radioeléctricas), el Tribunal Constitucional amplió su doctrina jurisprudencial sobre la libertad de expresión e información y respecto de la relación entre **“las Libertades de expresión y de información, los medios de comunicación y el pluralismo informativo”** (no olvidemos que dicha relación se presenta exactamente en el caso sobre *concentración de prensa* de nuestro juzgado) el Tribunal sostiene lo siguiente:

Es necesario ²¹⁷“analizar el contenido constitucionalmente protegido de las libertades de expresión y de información, su relación con la función de los medios de comunicación social en el Estado Constitucional, y el concepto de pluralismo informativo” (F.13). En este punto, reproduce el artículo 2, inciso 4, de la Constitución, en cuanto señala textualmente cuatro “libertades de (1) información, (2) opinión, (3) expresión y (4) difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier

²¹⁵STC 10034-2005-PA/TC, alumno Oliver Iparraguirre c/ Universidad Privada de Tacna, amparo para anular la resolución administrativa que expulsó al alumno por brindar declaraciones contra las autoridades en el contexto de un conflicto entre estudiantes - universidad.

²¹⁶Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional según su portal web, sección “libertad de **expresión**”. En: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?tema=libertad_de_expresion&action=categoria

²¹⁷La respuesta que se plantea el TC es respecto a si es o no constitucional la parte de la Ley 28278 Ley de Radio y Televisión, que establece como medida de acaparamiento del mercado de telecomunicaciones la titularidad de frecuencias en más del 30 por ciento para la radiodifusión televisiva y más de 20 por ciento para la radiodifusión sonora.

medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley” (F.14), y recuerda su doctrina desarrollada en casos anteriores de que “en realidad, existen solamente dos derechos fundamentales en juego: 1→a la expresión y 2→a la información”, que “la información se refiere a la capacidad de emitir y recibir las noticias veraces, completas y asequibles, en la medida en que su objeto son los hechos, los mismos que pueden ser comprobables, y la expresión a la capacidad de recibir los puntos de vista personales del emisor que, en tanto son opinables, requieren un carácter básico de congruencia entre lo que se busca señalar y lo que finalmente se declara públicamente” (cfr. caso Ramírez Lama – juez penal de Tumbes STC 02262-2004-HC, F. 13, y caso Oliver Iparraguirre – Universidad de Tacna STC 10034-2005-PA, F. 16).

225.) El Tribunal Constitucional sostiene que la libre expresión deriva de la dignidad humana y es complemento del desarrollo libre de la personalidad:

Fund. 16. “Las libertades de expresión y de información, constituyen una concreción del principio de dignidad del ser humano y un complemento indesligable del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad reconocido en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución” (*Ver caso STC 00905-2001-PA, Caja Rural, nota del Juzgado*).

“En el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (...) y de los derechos fundamentales a las libertades de conciencia (...), expresión, opinión y difusión del pensamiento (...), **subyace una regla prohibitiva**, en virtud de la cual, a menos que pueda resultar de manera manifiesta afectado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de terceras personas, **no cabe que el Estado limite** la libertad de elección y acción de las personas, con el objetivo de lograr su propio bienestar, bajo el argumento de una supuesta formación y ejecución irracional de la voluntad”.

“Dicha limitación constituiría una seria afectación a la autonomía moral del ser humano, subrogando el Estado su propio criterio acerca de la racionalidad al criterio que el ser humano debe ser libre de forjar y ejecutar al amparo de la construcción de su propio plan de vida” (cfr. STC 0032-2010-PI, F. 45, *caso demanda de inconstitucionalidad de la Ley 29517 que modifica el artículo 3 de la Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco 28705: prohibición de fumar en interiores de trabajo y en espacios públicos*).

Fund. 17. “El desenvolvimiento de la personalidad solo es libre y, consecuentemente, digno, si existe una libre formación de la conciencia. Y la formación de la conciencia solo es verdaderamente libre si tiene como insumo la libre circulación en la sociedad de las diversas ideas ajenas y de la información transparente de los hechos noticiosos, y si, a su vez, se permite transmitir libremente dicha formación del pensamiento, a través de la expresión.

Por tanto, las libertades de expresión y de información, cumplen un rol fundamental para el desarrollo de la autonomía moral del ser humano, y, en esa medida, para respetar y promover su dignidad (artículo 1º de la Constitución).

226.) Asimismo, el Tribunal recuerda el significado que la libre expresión tiene para la Corte Interamericana: condición para la democracia:

Fund. 18. “Las libertades de expresión e información ‘tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia. Constituyen el fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad²¹⁸’.

²¹⁸Cita del Tribunal: “Böckenforde, Erns Wolfgang, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Trotta, Madrid, 2000, p. 67” (se refiere a Ernst Wolfgang Böckenförde).

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que la **Libertad de expresión e información** constituye una piedra angular en la existencia misma de una **sociedad democrática**.

Es indispensable para la formación de la opinión pública.

Es también *condición indispensable* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente.

La libre expresión es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada (cfr. Opinión Consultiva N.º 5/85, del 13 de noviembre de 1985, Caso *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, párrafo 70).

Por ello, tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional”.

227.) Asimismo, el Tribunal establece su doctrina respecto de los medios de comunicación como medio para el ejercicio de la libertad informativa óptima:

Fund. 19. “(.) El artículo 2, inciso 4, de la Constitución establece que ‘es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación’. Ello obedece a que **los medios de comunicación social son instrumentos** necesarios y óptimos para asegurar la difusión de la expresión y de la información, y contribuir significativamente a asegurar la plena vigencia de estas libertades fundamentales.

En esa medida, los medios de comunicación **son personas jurídicas que, en sí mismas, ostentan los derechos fundamentales** cuyo contenido procure garantizar el cumplimiento eficiente del esencial rol que cumplen en el Estado Constitucional, singularmente, en lo referido a la **optimización de las libertades informativas** que, como se dijo, constituyen garantías institucionales de la democracia.

El Tribunal, que en el caso Franja electoral (2006) ya había desarrollado su doctrina sobre el pluralismo y los límites del crecimiento empresarial privado en los medios de comunicación, ahora en el caso Ley RTV refuerza dicha posición en relación directa al tema central del caso que tramita este Juzgado: el acaparamiento de medios de prensa.

Fund. 20. No existe democracia sin pluralismo.

El libre desarrollo de la personalidad y las libertades de conciencia, opinión y expresión, son las vertientes subjetivas a través de las cuales se garantiza el pluralismo como valor democrático.

La garantía del pluralismo es la manera cómo las sociedades democráticas se ponen a buen recaudo de la aparición de algo así como una “tiranía de los valores”, conforme a la cual una mayoría poderosa, bajo el argumento de haber descubierto una supuesta verdad dogmática, sojuzga el pensamiento y la acción de una minoría que se aparta de ella, la cual, por vías pacíficas y democráticas, busca canalizar sus dudas hacia esa verdad aparente²¹⁹.

²¹⁹STC 00015-2010-PI.

El fundamento sigue así: “(...) *esa minoría* busca canalizar sus dudas hacia esa verdad aparente, tentado su reexamen en una relación dialógica. En el Estado Constitucional es pues fundamental instaurar algo así como una “ética de la duda” ejercida al amparo del libre desenvolvimiento de la personalidad y del pensamiento, puesto que en realidad “la duda contiene (...) un elogio a la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre re-examinada y re-descubierta. Así pues, la ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: ‘¿Será realmente verdad?’ (...). La ética de la duda no significa en absoluto sustraerse a la llamada de lo verdadero, de lo justo, de lo bueno o de lo bello, sino justamente intentar responder a esa llamada en libertad y responsabilidad

Fund. 21. Las diversas manifestaciones del pluralismo, se encuentran garantizadas constitucionalmente.

La Constitución reconoce y protege:

-Un pluralismo cultural, en tanto el artículo 2º, inciso 19, de la Constitución, establece que toda persona tiene derecho “[a] su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”;

-Un pluralismo social, (*que se*) manifiesta en:

-Una pluralidad educativa que respete el multilingüismo y la diversidad cultural, pero que, a su vez, fomente la integración nacional (artículo 17º de la Constitución);

-Un pluralismo político, al promoverse y garantizarse la libre participación en los asuntos públicos y en los procesos electorales (artículos 2º, inciso 17, 30º, 32º y 35º de la Constitución);

-Un pluralismo económico, conforme lo señala expresamente el artículo 60 de la Constitución; y, ciertamente,

-Un ***pluralismo informativo***, cuya principal concreción está manifestada en la **prohibición** dirigida al Estado y a los particulares, **de monopolizar o acaparar los medios** de comunicación social, prevista en el artículo 61 de la Constitución.

Fund. 22. (Según el texto del) artículo 61 de la Constitución, Puede apreciarse que la Constitución de 1993, a diferencia de su predecesora, la Constitución de 1979, como principio general, no prohíbe los monopolios (salvo el monopolio legal), sino solo el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Se trata de una opción constitucional coherente con el objetivo de promover la leal y libre competencia, como valor fundamental del orden económico.

Y es que, en muy alta medida, promover la libre competencia y prohibir los monopolios, resulta singularmente contradictorio. Como bien advirtió en su momento el juez norteamericano Learned Hand en el caso *United States v. Aluminium Co. of America*, “*the successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins*” (“el competidor exitoso, que ha sido instado a competir, no debe ser castigado cuando triunfa”) - (cfr. 148, F. 2d 416 –2nd Cir. 1945).

228.) En los fundamentos que siguen, el Tribunal Constitucional opta por la interpretación del párrafo segundo del artículo 61 en el sentido de que es una norma **especial** que queda **excluida radicalmente del régimen general de protección de la libertad de competencia** descrito en el párrafo primero del mismo número. Así, completando lo expresado en el caso franja electoral e invocando el respaldo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana (caso Opinión consultiva 5-85) y los **informes de la Comisión Interamericana y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión**, el TC ubica la lógica de la acumulación y el crecimiento empresarial “natural” de un agente en dichos mercados como una de las **vías indirectas** de afectación de la libertad de expresión, en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Fund. 23. No obstante, de conformidad con el segundo párrafo del referido artículo 61 de la Constitución, el asunto es distinto en lo que a los medios de comunicación se refiere.

Ni los medios de comunicación, ni, en general, los bienes o servicios relacionados con ellos, pueden ser objeto de monopolio o acaparamiento por parte del Estado o de particulares.

hacia uno mismo y hacia los demás” (cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *Contra la ética de la verdad*, traducción de Álvaro Núñez Vaquero, Trotta, Madrid, 2010, pp. 9 – 10).

En estos casos, por decisión del Constituyente, **el valor de la libre competencia, en importante medida, debe ceder ante el valor de la protección del libre y plural flujo de las ideas** y de los hechos noticiosos, el cual encuentra en los medios de comunicación social, la vía idónea, por antonomasia, para su realización.

Ello resulta plenamente acorde con lo dispuesto por el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme al cual, “**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”.

Fund. 24. Y es que tal como ha sostenido este Tribunal, los medios de comunicación, “no sólo permiten formar y canalizar la opinión pública indispensable para garantizar el pluralismo inherente a una sociedad democrática, sino que, a su vez, por su cada vez mayor alcance difusivo, se convierten en potencial instrumento de integración social. Dichos medios deben encontrarse orientados a asegurar la plena vigencia de las libertades de expresión e información, y del pluralismo democrático (...).

La captación monopólica y autoritaria de las redes de difusión de la información y de la expresión, sean escritas, visuales o auditivas, **coarta la libre formación del pensamiento**, al impedir la canalización de las ideas, las propuestas y el discurso, sea consensual o disidente.

La confrontación fluida de ideas disímiles es imprescindible en el Estado democrático, pues coadyuva al necesario equilibrio preliminar en la maduración del pensamiento y la toma de decisiones, además de viabilizar la alternancia en el poder, y asegurar un gobierno de mayorías con absoluto respeto por los derechos fundamentales de las minorías” (cfr. STC 0003-2006-PI, F. J. 47, *caso franja electoral*).

Fund. 25. (***Los monopolios en la jurisprudencia de la Corte***) En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos *ha* dicho:

“Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a esa libertad.

Para ello **es indispensable, por ejemplo, la pluralidad** de medios, la **prohibición de todo monopolio** respecto de ellos, **cualquiera sea la forma** que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas (...).

No sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran **monopolios públicos o privados** sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista” (cfr. Opinión Consultiva N.º 5/85, ob. cit., párrafo 34).

Fund. 26. (***Los monopolios en los Informes de la Comisión Interamericana***). En similar sentido, el principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (*aprobada en 2000 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*)²²⁰ dispone lo siguiente:

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

(Los monopolios en los Informes de la Relatoría Especial).

²²⁰Ver arriba, sección de los Informes Anuales de la Relatoría Especial para la libertad de expresión.

A su vez, en relación con dicho principio, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los “Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios” sostuvo²²¹:

“55. En la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc., de todos los habitantes”.

“Si estos medios son controlados **por un reducido número de** individuos, o bien por sólo uno, se está, **de hecho**, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, **ejercen el control sobre la información**, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas.

Esta **carencia de pluralidad** en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia.

La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las **fuentes de información son limitadas**, se **ataca directamente** el pilar principal del funcionamiento democrático”.

229.) En el fundamento que sigue, el Tribunal Constitucional define la razón y finalidad de la norma prohibitiva del monopolio y el acaparamiento en la economía de la información: garantizar el pluralismo y la libertad de expresión e información.

Fund. 27. De esta manera, la prohibición prevista en el artículo 61º de la Constitución, en el sentido de que los medios de comunicación social, “no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”, resulta fundamental para garantizar el pluralismo informativo, y, consecuentemente, las libertades de expresión e información, imprescindibles para garantizar una sociedad democrática.

230.) Finalmente, los fundamentos siguientes tratan del análisis específico del caso concreto del acaparamiento en los mercados de radio y televisión, fundamentos del TC que los Demandados han invocado en su defensa para sostener que la prohibición de acaparamiento del artículo 61 de la Constitución es inaplicable al mercado de prensa escrita debido a que “no existe ley” que haya desarrollado el precepto constitucional, tal como la Ley de Radio y TV desarrolló el concepto de acaparamiento para dicho mercado de telecomunicaciones:

Fund. 28. Ahora bien, la prohibición de que los medios de comunicación sean objeto de monopolio, prevista en el artículo 61 de la Constitución, no requiere mayor regulación. Tal prohibición impide que, en última instancia, tales medios se encuentren dirigidos solo por el Estado o por una sola persona jurídica o natural.

El ámbito normativo de dicho precepto constitucional que sí requiere precisión legal es aquel referido a la prohibición de que los medios de comunicación sean objeto de “acaparamiento”. ¿Con el **control de cuánto porcentaje del total de medios de comunicación** una persona “**acapara**” el **mercado** de medios?

Desde luego, no existe un solo modo constitucionalmente válido de regular legalmente la prohibición prevista en el artículo 61. Mientras se cumpla con el objetivo constitucionalmente trazado, a saber, que el Estado o los particulares no acaparen el control sobre los medios de comunicación, **el legislador, en ejercicio del principio de libre configuración legal** (artículo 93 de la Constitución), **puede optar** por distintas fórmulas que resulten idóneas para conseguirlo.

²²¹Párr. 55, Interpretación del principio 12 de la Declaración de Principios de la libertad de expresión. Véase Informe Anual de 2000 sobre libertad de expresión en las Américas, de la Relatoría Especial, capítulo de “Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios”.

Fund. 30. El segundo párrafo del artículo 22° de la ley de Radio y Televisión, en relación con la radiodifusión televisiva, ha regulado la figura del acaparamiento del modo siguiente: “Se considerará acaparamiento para efectos de la presente Ley el que una persona natural o jurídica, sea titular de más de treinta por ciento (30%) de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad...”.

A juicio del Tribunal Constitucional, la regulación prevista en lo que a la radiodifusión televisiva respecta resulta compatible con el contenido normativo del referido artículo 61, pues no solo garantiza la inexistencia de monopolios a nivel de los medios de comunicación, sino que **evita también que una sola persona natural o jurídica “acapare” las frecuencias** televisivas de una misma banda en una misma localidad, **controlando un significativo porcentaje** de ellas.

A su vez, al fijar en 30% el tope máximo de control mantiene un espacio aún razonable para la libre competencia, incentivando a las distintas empresas televisivas a pugnar por el dominio del máximo legalmente permitido, y permitiendo la optimización de la calidad del servicio de radiodifusión brindado a los consumidores y usuarios.

Fund. 31. La constitucionalidad de esta regulación en aras de garantizar el pluralismo informativo termina de confirmarse si se tiene en cuenta que, de conformidad con el tercer párrafo del mismo artículo 22 de la Ley RTV, “para efectos del cómputo del número de frecuencias, se considera como una sola persona jurídica, a dos o más personas jurídicas que tengan como accionista, asociado, director o gerente común a una misma persona natural o pariente de ésta dentro del segundo grado de consanguinidad”.

Es decir, el legislador, con acierto, no ha considerado suficiente para **determinar la inexistencia de monopolio o acaparamiento** que, **desde un punto de vista formal, el control de las frecuencias se encuentre diversificado en distintas personas jurídicas**, sino que ha considerado necesario que tales personas jurídicas carezcan de nexos que puedan determinar entre ellas una línea informativa uniforme o sustancialmente análoga. Y es que debe recordarse que de acuerdo al artículo 61, los medios de comunicación no deben ser objeto de monopolio o acaparamiento directa **“ni indirectamente”**.

Fund. 32. De ahí que las autoridades, en general, y singularmente, las del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, así como las del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, en el respectivo ámbito de sus funciones (de oficio o petición de parte, según sea el caso), para efectos del cómputo del número de frecuencias titularizadas por una misma entidad, deban observar estrictamente el segundo párrafo del artículo 61 Constitución (...)²²².

Fund. 33. Dice el TC: “De hecho, los límites en el uso de las frecuencias radiales y televisivas están sustentados, en buena medida, en el reconocimiento del espectro radioeléctrico como recurso natural limitado, que el Estado está obligado a proteger”.

231.) En el fundamento siguiente el TC desarrolla su doctrina sobre los derechos constitucionales de libre competencia, libertad de empresa, propiedad y libre contratación (alegados también por los Demandados en el caso de nuestro juzgado) en relación a la libre expresión y el pluralismo informativo.

Fund. 37. (...) Debe tenerse en cuenta que una de las manifestaciones del pluralismo informativo, es, a su vez, la *diversificación* de los titulares de medios de información, lo cual exige que, si el método para establecer límites de concentración de medios en un mismo titular consiste en la fijación de porcentajes, tal porcentaje se reduzca mientras mayor es el número de frecuencias disponibles.

²²²STC 00015-2010-PI, Fund. 32. El Tribunal termina su razonamiento citando el “diagnóstico de Pedro de Vega”, ya recogido en el caso Franja electoral (véase nota anterior), autor que advierte que “el proceso de mundialización del mercado (...) se ha visto acompañado por la aparición de los grandes monopolios de la comunicación y la información capaces (...) que nada tienen que ver con la opinión libre y racional con la que soñara el primer liberalismo”.

(...) De otra parte, la afirmación de (...) que la medida (*de fijar límites de concentración*) afecta *la* libertad de empresa y, por derivación, *el* derecho a participar en la vida económica de la nación no puede ser compartida.

En efecto, este Tribunal tiene establecido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa, artículo 59 de la Constitución, está determinado por cuatro tipos de libertades derivadas, las cuales configuran el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

“En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa → libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.

→ En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.

→ En tercer lugar, también comprende la libertad de competencia. Y en último término,

→ la libertad de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando se considere oportuno” (cfr. STC 0003-2006-PI, F. J. 63).

A la luz de estos criterios, el único ámbito que eventualmente podría considerarse restringido se encuentra referido a la libre competencia.

No obstante, resulta que, como se ha señalado, en **el caso de los medios de comunicación**, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61, **la libre competencia no despliega todo su ámbito de protección ortodoxo**, sino que se **encuentra sujeta a la razonable regulación** del legislador. De ahí que el artículo 22° de la Ley N.º 28278 no es representativo en estricto de **una limitación de la libre competencia** reconocida constitucionalmente, sino tan sólo de la regulación de ella en el ámbito de los medios de comunicación que viene **constitucionalmente impuesta**.

232.) Finalmente, el Tribunal Constitucional precisa que por mandato convencional y de la propia Constitución nacional, la libertad de competencia y demás derechos de los particulares deben ceder ante la libre expresión y el pluralismo informativo porque mientras que aquellos corresponden al legítimo interés de unos pocos privados, estos últimos son derechos - garantías que constituyen base y condición para la democracia de *toda* la sociedad:

Fund. 42. (...) Los bienes constitucionales que se **procura optimizar** (...) estableciendo topes porcentuales distintos entre las empresas de radiodifusión sonora (20%) y las de radiodifusión televisiva (30%), son el **pluralismo informativo** (artículo 61), y las **libertades de expresión** e información (artículo 2, inciso 4), **manteniendo un ámbito razonable para el ejercicio de la libre competencia** entre los medios de comunicación. La protección de estos bienes goza de un valor fundamental en el Estado Constitucional, pues existe una relación ontológica entre ellos y el libre desenvolvimiento de la personalidad (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), el principio de dignidad (artículo 1) y el mantenimiento del sistema democrático (artículo 43).

En buena medida, es esta la razón por la que en ciertas latitudes y en cierto sector académico se las considera “libertades preferidas”²²³. Con dicha denominación, desde luego, no pretende sostenerse que se trate de valores absolutos, sino tan solo que, en abstracto, gozan de un peso axiológicamente muy relevante en el Estado Constitucional dada su relación directa con la autonomía moral del ser humano y con la democracia.

Fund. 43. Así las cosas, el peso de los bienes constitucionales que el trato diferenciado busca optimizar es significativamente mayor que la intensidad de la intervención que dicho trato genera sobre el principio-derecho de igualdad.

²²³“preferred freedoms”, frase en inglés que significa libertades preferidas, como está dicho en la sentencia.

2013

233.) **El caso Semanario El Búho de Arequipa.** El año **2013**, en la sentencia del 5 setiembre 2013²²⁴, el Tribunal Constitucional recordó su doctrina jurisprudencial sobre la **libertad de información y expresión** y reiteró su adhesión a la jurisprudencia interamericana de la Corte:

Fund. 9. En ese contexto el Tribunal ha recordado que el reconocimiento de estas libertades comunicativas no solo es concreción del principio de dignidad humana y complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sino que también se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático pues, con su ejercicio, se posibilita la formación, el mantenimiento y la garantía de una sociedad democrática, al promover y garantizar la formación libre y racional de la opinión pública.

Fund. 10. Constituyen como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática", pues su ejercicio libre contribuye con "la formación de la opinión pública". "Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es en fin condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, este suficientemente informada (OC 5/85, de 13 noviembre 1985, Caso Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 70).

2018

234.) **El caso Ley de publicidad estatal.** El año **2018**, en la sentencia del 11 octubre 2018 (STC 00012 y 00013-2018-PI, caso demanda de inconstitucionalidad de la Ley 30793, de publicidad estatal)²²⁵, el Tribunal Constitucional reiteró su doctrina jurisprudencial sobre la **libertad de información y expresión** en los siguientes términos:

El Tribunal sostuvo:

“Los derechos *de libre expresión e información* reconocidos en el artículo 2, inciso 4, de la Constitución, constituyen una concreción del principio de dignidad de la persona y un complemento inescindible del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y también se encuentran estrechamente vinculados al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad plural, permitiendo la formación libre y racional de la opinión pública (STC 2976-2012-TC/PA, caso semanario El Búho)” (fund. 48);

“Si bien la libertad de información nació de la libertad de expresión -y es difícil diferenciar la una de la otra-, ambos se configuran como derechos independientes con un objeto de protección distinto (STC 0905-2001-AA/TC, caso *Caja Rural*)” (fund. 49);

“Mediante la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, y en cambio, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en

²²⁴STC 02976-2012-PA, Ronald Arenas Córdova vs. semanario El Búho y los periodistas Mabel Cáceres y José Márquez. El demandante denunció a los periodistas por violación a su derecho de honor, intimidad e inviolabilidad de documentos privados, al haberse publicado información de los altos sueldos que se autoasignaban los altos funcionarios de AUTODEMA Autoridad Autónoma de Majes (organismo estatal), entre ellos del Amparista como gerente general, cuya boleta de remuneraciones publicó el periódico.

²²⁵STC 00012 y 00013-2018-PI, 25% del número legal de congresistas y el Poder Ejecutivo vs. Congreso de la República. Los Demandantes denuncian que la norma contraviene el derecho de toda persona a recibir información.

otros términos, la información veraz (STC 0057-1998-AA/TC *caso Editora Sport*, 2262-2004-HC/TC *caso Ramírez de Lama*, entre otras)” (Fund. 50);

“La libertad de información garantiza un "complejo haz de libertades", que conforme al "artículo 13 de la CADH, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de manera veraz” (STC 02976-2012-PA *caso El Búho*)” (Fund. 52).

“En la mayoría de las ocasiones, este Tribunal ha desarrollado el contenido de la libertad de información a partir de casos relacionados con la labor periodística en medios de comunicación privados, y su protección se ha desplegado para tutelar al sujeto emisor de tal información. No obstante, la libertad de información tutela también el derecho de quienes la reciben o deberían recibirla. Efectivamente, la libertad de información no es solo un derecho subjetivo con consecuencias únicamente para la persona que emite un determinado mensaje. Se trata de un derecho que tiene un impacto en el resto de la sociedad, que puede enriquecer el debate y el consecuente intercambio de ideas en la opinión pública. De este modo, una restricción a la libertad de información ya sea en su dimensión individual o colectiva tiene también un impacto en el funcionamiento del sistema democrático (Fund. 53).

235.) En el referido caso Ley de publicidad estatal de **2018**, se deja constancia como Antecedentes que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de DDHH y la Defensoría del Pueblo presentaron informes especializados en los que se aborda el tema de las **violaciones indirectas** a la libre expresión:

C) Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Relatoría Especial señala que el inciso 3 del artículo 13 de la CADH prohíbe expresamente el uso de mecanismos indirectos de censura que busquen impedir la comunicación y circulación de ideas y opiniones por cuanto suponen restricciones en el derecho a la libertad de expresión. De acuerdo con la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH estos mecanismos podrían incluir la asignación arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial, con el objeto de presionar, castigar, premiar o privilegiar a los medios de comunicación en función de su línea informativa. En la Nota Técnica se subraya, además, que si bien no existe un derecho intrínseco a recibir recursos publicitarios por parte de los medios de comunicación, cuando el Estado asigna recursos de forma discriminatoria se viola el derecho fundamental a la libertad de expresión. Por otro lado, sostiene que los Estados tienen la obligación de promover la diversidad y el pluralismo de medios de comunicación. En ese sentido, la ley cuestionada sería un mecanismo de censura indirecta de la libertad de expresión ya que se trataría de una medida innecesaria y desproporcionada para alcanzar un fin por lo demás constitucionalmente legítimo, que es eliminar la discrecionalidad y arbitrariedad en el gasto público de publicidad – Pág. 16-17.

D.- Informe de la Defensoría del Pueblo

La Defensoría afirma que la Ley 30793 propicia una censura indirecta, indica que la libertad de expresión constituye una garantía institucional de todo sistema democrático, por lo que es imprescindible que nuestra sociedad cuente con condiciones que posibiliten un debate público, plural y abierto sobre asuntos de interés general. Advierte que una forma de limitar la libertad de expresión es a través de la censura indirecta, es decir, por medio de restricciones arbitrarias del ejercicio de dicha libertad a través de mecanismos que, con una apariencia de legitimidad, tienen como verdadero propósito

condicionarla. Este tipo de censura se encuentra prohibida por el artículo 13, inciso 3, de la CADH²²⁶.

236.) El Tribunal reiteró la doctrina de que la libre expresión e información en su dimensión social y el pluralismo son esenciales para la democracia, como lo ha establecido la Corte Interamericana, y que en pro de proteger dicha dimensión y de garantizar una real opinión pública libre es que el constituyente nacional aprobó el artículo 61 que prohíbe todo acaparamiento en las industrias de la prensa y la información:

Fund. 56. La combinación de estas dos dimensiones ha permitido que el Tribunal considere que la libertad de información (y la de expresión) sean consideradas garantías institucionales del sistema democrático. Es decir, sin estas libertades o sin su adecuada protección, el sistema democrático se empobrecería.

Fund. 60. Por su parte, la Corte IDH ha establecido que la libertad de expresión - debiendo incluirse en tal término también a la libertad de información- es "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática" (Opinión Consultiva OC-5185, sobre la colegiación obligatoria de periodistas, párr. 70). La conexión entre pluralismo informativo y la libertad de la persona es, así, indesligable.

Fund. 61. La dimensión social, de contenido institucional, se encuentra orientada a garantizar el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, implicando también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos o noticias. Para el ciudadano tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia (STC 0003-2006-PI, f.43, *caso franja electoral*).

Fund. 62. Esta doble dimensión de la libertad de información se ha materializado también en el artículo 61 de la Constitución, cuando se expresa que los medios de comunicación social y empresas relacionadas con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad o acaparamiento, ni directa ni indirectamente por parte del Estado ni de particulares.

Fund. 63. Es evidente que esta cláusula constitucional responde a la experiencia sobre restricciones a las libertades comunicativas ocurridas en el Perú a lo largo de su historia republicana. Ello obedece a la necesidad que la población reciba fuentes variadas de información a fin de poder decidir con la mayor cantidad de datos posible.

2.3. Libertad de información y test de proporcionalidad

2.3.1. Delimitación del contenido del derecho fundamental presuntamente afectado e intervención

Fund. 103. El Tribunal ha observado que la libertad de información no solo tiene una dimensión individual, sino también una dimensión colectiva o social, lo que implica que la sociedad, en su conjunto, tiene el derecho a recibir información. En efecto, el desarrollo de la "opinión pública" -expresión que hace referencia al fenómeno social que se materializa a través del conjunto de opiniones y creencias de la comunidad- requiere de fuentes de información que se divulguen libremente, a fin de que puedan llegar al conjunto de la sociedad. En ese sentido, es evidente que a la forja de una opinión pública libre antecede, de manera necesaria, la presencia de distinta clase de información, a fin de que, mediante su contraste, sea posible una decisión más elaborada.

²²⁶STC 00012-2018-PI. Cabe precisar que el Tribunal Constitucional si bien fundó la demanda y declaró inconstitucional la Ley, lo hizo por violación de la libertad de información, pero por violación indirecta de la libertad de expresión: "Supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión: Fund. 165. Los Demandantes argumentan que la libertad de expresión se ve afectada cuando por medio de vías indirectas se impide la circulación de información, por lo que toda norma relacionada con ese derecho debe ser analizada desde esta perspectiva. Así, señalan que la Ley 30793 constituye una restricción indirecta para la libertad de expresión en contravención a lo estipulado en el artículo 13 de la CADH. (...) "Fund. 165. Por tales razones, este Tribunal declara infundadas las demandas en el extremo referido a la vulneración de la libertad de expresión".

237.) Otro punto relevante de esta Sentencia del *caso ley de publicidad estatal*, es que el Tribunal recoge el diagnóstico según el cual un gran porcentaje de la población tiene acceso deficitario a internet:

Fund. 108. Ya en la Sentencia 0002-2001-AIITC este Tribunal se pronunció sobre los factores culturales que limitan el acceso a internet. En dicha ocasión se dijo que: (...) el acceso a internet exige un mínimo de aprestamiento técnico o capacitación del que carecen aún grandes sectores de la población peruana, teniendo en cuenta a tal efecto el predominante "analfabetismo informático" del que ésta aún padece.

Fund. 109. Aunque dicha resolución fue emitida hace 17 años, aquel "analfabetismo informático", si bien se ha reducido, aún persiste significativamente, de conformidad con las cifras del propio INEI (Encuesta Nacional de Hogares, ver cuadro sobre población de más de 6 años de edad que hace uso de internet, según ámbito geográfico, 2007-2016). De esta forma, argumentar que la difusión de la publicidad estatal pueda realizarse por redes sociales o por todos aquellos medios que implican el uso del internet implicaría, sobre todo en el caso peruano, contar con un derecho o una libertad sin sustrato; es decir, que se tiene formalmente el derecho a obtener información, pero esa fuente será completamente inaccesible para el ciudadano. La libertad de información también genera la exigencia para el Estado de no imponer obstáculos que desalienten o impidan el libre flujo de datos relevantes para la sociedad.

VIII.- Doctrina sobre el pluralismo informativo, el periodismo y la concentración de medios

8.1.- Pluralismo informativo y la concentración de medios

8.1.1.- El pluralismo, la diversidad y la pluralidad

238.) El juzgado toma en cuenta algunos apuntes sobre la importancia del pluralismo informativo, por ejemplo, el autor Llorens²²⁷ inicia explicando que el concepto de pluralidad lleva asociado el número, la cantidad; mientras que el término diversidad –en una primera acepción– podría identificarse con el de la variedad. En cuanto al pluralismo, lleva asociado un significado más político, de aceptación, de convivencia y de tolerancia hacia ideologías distintas²²⁸.

239.) En dicho contexto, el autor considera que "hablar de la pluralidad de medios implica la existencia en un mercado de dos o más medios de comunicación (.) sin juzgar sobre su contenido, que puede o no ser diverso"; sin embargo, cuando se aplica al sector de la comunicación, el pluralismo no es la sola aceptación de la pluralidad de unos medios, "sino la manifestación de unos **principios o doctrinas**

²²⁷Llorens-Maluquer, Carles (2001). *Concentración de Empresas de Comunicación y el Pluralismo: la acción de la Unión Europea*. Bellaterra, España. En: <https://www.tdx.cat/handle/10803/4095#page=2>

²²⁸El autor señala que es posible hacer algunas distinciones en base a las simples definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, según el cual el pluralismo es el "sistema por el cual se acepta o reconoce la pluralidad de doctrinas o métodos en materia política, económica, etc.", y la pluralidad es equivalente a "multitud; copia y número grande de algunas cosas, o el mayor número de ellas". En cambio, el término diversidad lo define con los sinónimos "variedad, semejanza, diferencia", o, en una segunda acepción, como "abundancia, copia, concurso de varias cosas distintas".

diversas en ellos y el concepto sobre el que gira es el de diversidad. Los medios para respetar el pluralismo han de ser diversos, en el sentido de *'variedad, desemejanza, diferencia'*, o dar cabida a diversidad de ideas, opiniones e intereses en el mismo medio".

240.) Citando a otro autor, señala que la suma de ambos factores (pluralidad + diversidad) es lo que da lugar al pluralismo: *"El pluralismo en los medios debe ser entendido como la diversidad de la oferta del medio reflejado, por ejemplo, en la existencia de una pluralidad de medios autónomos e independientes y una diversidad de contenidos disponibles para el público"* (Doyle, 1997b).

241.) En este punto, el autor precisa un pluralismo interno y otro externo en los términos definidos por el Consejo de Europa: *"Desde el punto de vista de las concentraciones de los medios, la noción de pluralismo debe ser entendida como la posibilidad de que una larga gama de valores, opiniones, informaciones e intereses de orden social, político y cultural [la diversidad] puedan encontrar el medio de manifestarse a través de los medios de comunicación de masas. El pluralismo puede ser interno, a través de una amplia gama de valores, opiniones, informaciones e intereses que encuentran un vehículo de expresión en el seno de un organismo determinado del sector de los medios o bien externo a través de un cierto número de estos organismos, cada uno de ellos expresando un punto de vista particular (CdE, 1994: 8)"*.

8.1.2.- Pluralismo y diversidad en los medios de comunicación, a la luz de la "Guía básica para operadores de justicia en América Latina sobre Estándares internacionales de libertad de expresión" de la UNESCO y la CIDH - Relatoría especial.

242.) En el documento oficial conjunto de la UNESCO y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Relatoría para la Libertad de Expresión) "Guía básica para operadores de justicia en América Latina - Estándares internacionales de la libertad de expresión"²²⁹, se menciona que el Pluralismo y la diversidad remiten tanto a la propiedad económica, como a la diversidad de los tipos de medios de comunicación y del contenido periodístico en todas las plataformas.

243.) La Guía detalla que, conforme al derecho internacional, los Estados poseen la obligación positiva de promover la diversidad de los medios de comunicación y abarca la obligación de evitar la concentración indebida de la propiedad de los medios. Se trata de

²²⁹Center for international media assistance (2017). *Estándares internacionales de libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América latina*. Organización de los Estados Americanos OEA. En:<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Agenda%20Hemisférica%20Español%20FINA%20con%20portada.pdf>

contar con medios de comunicación libres, independientes y plurales que permitan acceder a la mayor y más diversa información²³⁰.

8.1.3.- Diez indicadores para un entorno mediático plural y diverso

244.) Para garantizar el pluralismo y la diversidad, la Guía señala que se debe tener en cuenta los siguientes indicadores:

- 1.) **Regulaciones eficaces para impedir la indebida concentración** de la propiedad y promover la pluralidad.
- 2.) **Legislación específica sobre la propiedad cruzada** dentro de los medios y entre la radio / televisión y otros sectores mediáticos para impedir la dominación del mercado.
- 3.) Regulaciones que reconocen la distinción entre los **actores pequeños y grandes** en el mercado mediático.
- 4.) Disposiciones de **transparencia** y divulgación para las **empresas mediáticas con relación a la propiedad**, las inversiones y las fuentes de ingresos.
- 5.) Trámite de licencia para asignar las frecuencias específicas a difusores individuales que promueve la diversidad de la propiedad y del contenido de la programación de los medios.
- 6.) Las autoridades responsables de ejecutar las leyes antimonopolios cuentan con las atribuciones suficientes, por ejemplo, para negar las solicitudes de licencias y para **exigir la desinversión** en las operaciones mediáticas actuales **cuando la pluralidad esté comprometida** o se alcancen **niveles inaceptables en la concentración** de la propiedad.
- 7.) El Gobierno trabaja activamente en el monitoreo y la evaluación de las consecuencias de la concentración de los medios.
- 8.) Los órganos reguladores aplican las leyes antimonopolios para negar algunas solicitudes de licencias o para obligar a operaciones mediáticas existentes a desinvertir para evitar las concentraciones excesivas de propiedad de los medios.
- 9.) Grupos de la sociedad civil y la ciudadanía en general participan activamente de la promoción y ejecución de las medidas para fomentar el pluralismo mediático.
- 10.) Los órganos reguladores asignan las licencias digitales a una diversa gama de operadores comerciales y no comerciales.

245.) La Guía también señala que para que haya pluralismo y diversidad en los medios de comunicación, debe garantizarse la existencia de tres tipos de medios:

- Públicos**, de propiedad estatal –no gubernamental- y no lucrativos, que ofrecen un servicio público.
- Privados**, de propiedad privada y lucrativos.
- Comunitarios**, de propiedad comunitaria y no lucrativos.

²³⁰ O como señala SALAS Vázquez, Pedro Pablo (2016), el pluralismo de medios “constituye una efectiva garantía de la libertad de expresión”. Este autor precisa que pluralidad de la información está íntimamente ligada a la importancia de los medios de comunicación masiva, y por ende a la prensa en general. Refiere que si bien es cierto que cada medio de comunicación tiene la libertad de elegir la orientación de sus publicaciones (siempre y cuando parta del análisis de hechos verdaderos), es importante que todas las opiniones puedan encontrar cabida en los medios. De ahí la importancia que el mercado de medios sea plural, es decir, que no todos recaigan en un solo o pocos dueños. En: "*Acaparamiento en los medios de prensa escrita: Análisis del caso Epensa*", Tesis para optar el grado de magíster en derecho de la empresa, Lima, Perú, Escuela de Posgrado de la PUCP.

Disponible en:

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/7936/SALAS_VASQUEZ_PEDRO_ACAPARAMIENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²³¹Fuente: “Indicadores de desarrollo mediático”. 2008. UNESCO.

8.1.4.- Recomendaciones frente a la concentración de la propiedad de los medios²³²

246.) La Guía señala las siguientes recomendaciones para evitar la concentración de medios:

- 1.) Transparencia en las estructuras de propiedad de los medios.
- 2.) Normas sustantivas para limitar la concentración indebida de la propiedad y para promover la diversidad de los medios.
- 3.) Aplicación de las normas bajo la responsabilidad de un organismo independiente libre de injerencia política.

8.1.5.- Pluralismo informativo y Acaparamiento de medios de comunicación.

247.) El autor Salas²³³ señala que el término “acaparamiento” no está ligado al almacenaje de bienes, sino más bien a adueñarse del mayor porcentaje posible de un mercado. En realidad, refiere que dicho término tiene distintas nociones: una económica relativa a la especulación, y otra de índole constitucional ligada a la concentración.

248.) Sostiene que el término acaparamiento que aparece en la Constitución del Perú no puede referirse a su acepción económica pues dicha figura no podría aplicarse a los medios de comunicación, pues no sería intención del constituyente regular algo imposible de darse en la práctica, y que en rigor la prohibición global al acaparamiento, el monopolio significa una salvaguarda a que el Cuarto Poder no quede en manos de unos pocos. Otro autor señala también que la regulación tiene directa implicancia en el derecho de participación política de los ciudadanos en periodos electorales, quienes son afectados cuando un medio de comunicación opta por favorecer a determinados candidatos²³⁴.

8.2.-El Periodismo y la concentración de medios.

²³²Más información: “Concentración de medios y libertad de expresión: normas globales y consecuencias para las Américas“. 2017. Toby Mendel, Ángel García Castillejo, Gustavo Gómez. UNESCO.

²³³Salas, "Acaparamiento en los medios de prensa escrita: Análisis del caso Epena", ya citada. Advierte que la prohibición al monopolio es en beneficio de la libertad de expresión, derecho fundamental considerado piedra angular de la democracia.

²³⁴Refiere que en la dinámica de la competencia entre los medios de comunicación es posible encontrar que diversos competidores realizan operaciones –fusiones y adquisiciones– para mejorar su posición en el mercado con miras a alcanzar a un mayor número de consumidores; dichas operaciones, en un mercado conformado por pocos actores económicos, dan como resultado lo que se ha denominado “concentración”. Señala que, aunque la concentración en los medios de comunicación no es un fenómeno reciente, ciertos grupos de poder económico y político han desarrollado una interacción alarmante que, en contextos específicos como los electorales, se manifiesta en el uso (y abuso) de los medios de comunicación, de este modo, se promocionan y difunden aquellos contenidos que guardan identidad con sus intereses orientando las preferencias del electorado a estos. Asimismo, refiere que en esta dinámica suele eliminarse cualquier disidencia en las líneas editoriales y la información es relatada desde una perspectiva particular trastocando la esencia del debate público hasta volverlo un monólogo articulado únicamente por aquel que detenta mayor poder o quien acumula más medios de comunicación.

En: Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo, IDHDES – USMP (Universidad San Martín de Porres de Lima - Perú), "Concentración de medios: un análisis de la jurisprudencia nacional e internacional". 2015. Lima, Perú. Disponible en: https://usmp.edu.pe/IDHDES/pdf/cuadernos/Concentraci%C3%B3n_de_Medios.pdf

8.2.1.- La labor del periodismo y su relación con el pluralismo informativo en la era de los megamedios.

249.) Los autores Bill Kovach y Tom Rosenstiel señalan que su libro "Elementos del periodismo" (2001)²³⁵ fue fruto de una investigación que inició en 1997 cuando "se reunieron en la Universidad de Harvard directores de varios de los periódicos más importantes de Estados Unidos, figuras muy influyentes de la televisión y la radio, diversas personalidades académicas notables, que allí estaban porque pensaban que su profesión atravesaba momentos preocupantes:

Las noticias se estaban convirtiendo en entretenimiento y el entretenimiento, en noticia. Era cada vez mayor el número de periodistas que recibía gratificaciones o pagas extraordinarias en función de los beneficios de la empresa y no de la calidad de su trabajo. Finalmente, James Carey, profesor de la Universidad de Columbia, ofreció lo que muchos consideraron un resumen exacto de la situación: «El problema es que el periodismo está subsumido en el mundo de las comunicaciones, que es de mucha mayor dimensión. Lo que anheláis es recuperar al periodismo de las garras de ese mundo más grande».

250.) Enseguida reproducimos párrafos del libro, útil para esclarecer la noción de pluralidad informativa desde el punto de vista de quienes como los periodistas son actores **esenciales** en el presente debate entre el pluralismo informativo, la libertad de expresión y prensa, la concentración de empresas, y la una lógica comercial bajo la que funcionan las empresas periodísticas. Dicen los autores:

"El periodismo ofrece algo único a una sociedad: la información independiente, veraz, exacta y ecuánime que todo ciudadano necesita para ser libre".

"Esos principios han quedado algo solapados con el paso del tiempo, pero en cierto modo siempre han sido evidentes. Esos principios son los elementos fundamentales del periodismo".

"El primero de ellos es que el propósito del periodismo consiste en proporcionar al ciudadano la información que necesita para ser libre y capaz de gobernarse a sí mismo".

"Para cumplir esa tarea, el periodismo debe ser fiel a los siguientes elementos:

1. La primera obligación del periodismo es la verdad.
2. Debe lealtad ante todo a los ciudadanos.
3. Su esencia es la disciplina de verificación.
4. Debe mantener su independencia con respecto a aquellos de quienes informa.
5. Debe ejercer un control independiente del poder.
6. Debe ofrecer un foro público para la crítica y el comentario.
7. Debe esforzarse por que el significante sea sugerente y relevante.
8. Las noticias deben ser exhaustivas y proporcionadas.
9. Debe respetar la conciencia individual de sus profesionales.

"Por primera vez en nuestra historia es cada vez mayor el número de empresas no periodísticas que publican y transmiten noticias, lo que ha dado lugar a una nueva organización económica que tiene grandes consecuencias. Existe la posibilidad de que la información independiente se vea sustituida por un comercialismo interesado que se haga pasar por noticia. Si esto ocurre, perderemos a la prensa como institución independiente, libre para vigilar a los demás poderes e instituciones de la sociedad".

²³⁵Bill Kovach y Tom Rosenstiel (2012). *Los Elementos del Periodismo*. Madrid, España. Penguin Random House Grupo Editorial España. En: <https://www.serlib.com/pdflibros/9788403012394.pdf>

"En el nuevo siglo, uno de los interrogantes más serios que puede plantearse la sociedad democrática es si la prensa independiente podrá sobrevivir. La respuesta dependerá de que los periodistas tengan la lucidez y la convicción suficientes para determinar qué significa ser una prensa independiente y de que al resto de ciudadanos les importe tener una prensa independiente debido precisamente a su condición de ciudadanos".

8.2.2.- Libertad de prensa, periodismo, democracia y el peligro de la comunicación comercial: Para qué sirve el periodismo

251.) "La información creó la democracia", recuerdan Kovach y Rosenstiel, y advierten que "a partir de una diversidad de voces es más probable que el ciudadano llegue a conocer la verdad y por lo tanto a ser más capaz de autogobernarse²³⁶":

"Lo que define los principios y el propósito del periodismo es algo más básico: la función que desempeña la información en la vida de todo ciudadano".

"El propósito principal del periodismo es proporcionar a los ciudadanos la información que necesitan para ser libres y capaces de gobernarse a sí mismos".

"Existe un nuevo peligro: que el periodismo independiente quede desleído en el disolvente de la comunicación comercial y la autopromoción sinérgica. El verdadero significado de la Primera Enmienda —a saber, que la prensa libre es una institución independiente— se ve amenazado por vez primera en nuestra historia incluso sin que se produzca intromisión alguna por parte del Gobierno²³⁷".

"Casi dos de cada tres de aquellos que trabajaban en prensa e informativos declararon que, por encima de cualquier otro, el elemento más importante del periodismo era su función democrática".

"La misma conclusión arrojaron las entrevistas en profundidad que los departamentos de psicología evolutiva de las universidades de Stanford, Harvard y Chicago realizaron a más de cien periodistas".

8.2.3.- De periodismo y democracia: más. Un nuevo reto

²³⁶ Y señala que existe "el instinto de estar informado: La historia, además, revela otra tendencia importante. Cuanto más democrática es la sociedad, más noticias e información suele suministrar. A medida que las sociedades se iban democratizando, tendían a crear una suerte de preperiodismo. La primera democracia, la griega, confiaba en un periodismo oral que se desarrollaba en el mercado de Atenas y en el cual «casi todo lo que resultaba importante para los asuntos públicos se ponía en conocimiento de los demás».

Y respecto al nacimiento del periodismo, señala: "Como ha afirmado en uno de los foros organizados por nuestro Comité Lee Bollinger, presidente de la Universidad de Michigan y especialista en la Primera Enmienda, se trata de lo siguiente: a partir de una diversidad de voces es más probable que el ciudadano llegue a conocer la verdad y por lo tanto a ser más capaz de autogobernarse. Si echamos la vista atrás trescientos o tres mil años, comprobaremos que resulta imposible disociar información de comunidad, y si avanzamos un poco en el tiempo, nos percatamos de que información y sociedad democrática son también conceptos indisolubles.

En Kovach, "Elementos del periodismo".

²³⁷ Constitución de Estados Unidos de América, Primera Enmienda, 1791,

"Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

"El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto

-al establecimiento de la religión,

-ni prohibiendo la libre práctica de la misma;

-ni limitando la libertad de expresión,

-ni de prensa;

-ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas,

-ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios".

Disponible en: https://www.law.cornell.edu/wex/es/la_primera_enmienda-.

252.) Prosiguen los autores: "El periodismo debería reforzar las libertades democráticas, es posible que a comienzos del siglo XXI la profesión haya de enfrentarse a la mayor amenaza sufrida hasta la fecha.

Estamos por primera vez ante **el auge de un periodismo basado en el mercado y cada vez más disociado de cualquier noción de responsabilidad cívica.**

Tres fuerzas principales causan el alejamiento progresivo del periodismo de aquella posición en que contribuía a la construcción de los principios fundamentales de la ciudadanía.

→La primera es la naturaleza de las nuevas tecnologías. Internet ha comenzado a disociar periodismo y fronteras geográficas y por tanto a alejarlo de la comunidad tal como la conocemos en un sentido político o cívico.

→El segundo cambio fundamental es la globalización. Ahora que las grandes compañías, especialmente las de comunicación, se convierten en empresas sin fronteras, las ideas tradicionales de ciudadanía y comunidad quedan obsoletas, al menos desde un punto de vista comercial.

→El tercero de los factores que impulsan al nuevo periodismo de mercado **es la acumulación**. Hace ya mucho que los críticos claman contra el auge de las cadenas de noticias, propietarias a su vez de muchas filiales dispersas en distintas comunidades²³⁸.

A comienzos del nuevo siglo vemos cómo esa tradición según la cual el periodismo informativo estaba en manos de las empresas periodísticas se quiebra y la información se convierte en un pequeño apartado en los esquemas de grandes corporaciones. ABC News representa menos del 2 por ciento de los beneficios de Disney. Hace años, la información aportaba la mayor parte de los ingresos del grupo Time, pero en el seno de AOL no supone más que una pequeña fracción. NBC News aporta menos del 2 por ciento de los beneficios de General Electric.

Es posible que los directores de las filiales dedicadas a la información protesten y luchen por su independencia, pero la historia nos dice que el cambio alterará la naturaleza de su actividad periodística²³⁹".

²³⁸ Y detallan, que "A. J. Liebling, el primer crítico periodístico importante de Estados Unidos —publicaba sus artículos en The New Yorker—, se quejaba de ello en la década de 1940.

"También hemos sido testigos de la ascensión de empresas con intereses en distintos medios. El grupo Tribune de Chicago aún posee varios periódicos y canales de radio y televisión que publican y emiten en la misma ciudad, una posibilidad que el Gobierno federal prohibió a mediados del siglo XX y que ahora, al parecer, no se aplica con excesivo rigor.

Incluso cuando se trataba de grupos que cotizaban en bolsa esas empresas se dedicaban, evidentemente, al periodismo informativo.

Las principales críticas esgrimidas contra ellas hablaban de mediocridad u homogeneidad.

Gannett contaba con cerca de noventa diarios, pero era un grupo periodístico dirigido por periodistas. Éstos, además, establecieron un código de valores que se aplicaban en todo el grupo e incluso fueron capaces de elaborar un conjunto de «Principios de Conducta Ética» para su área informativa.

Los tres canales de televisión tradicionales constituían la excepción, puesto que se dedicaban al entretenimiento además de a las noticias. Pese a todo, durante la mayor parte de su historia, los departamentos de noticias existieron para cumplir con el servicio de interés público que el Gobierno exigía a cambio de ceder el uso de las ondas, de propiedad pública.

El beneficio económico es un requisito más reciente".

En Kovach y Rosenstiel, obra citada.

²³⁹ Kovach y Rosenstiel hacen un parangón entre la influencia de la prensa en la población de la época del auge de los totalitarismos en Europa y el presente siglo XXI:

"En la Europa de los años treinta, las industrias químicas y del acero comenzaron a comprar empresas periodísticas», dice James Carey. Este hecho alteró la opinión de la prensa europea sobre el ascenso del fascismo. El militarismo era un buen negocio.

8.2.4.- La concentración y fusión de empresas periodísticas amenaza la independencia de los periodistas

253.) Recuerdan los autores que "La noción de libertad de prensa se basa en la independencia. Sólo una prensa libre de censores gubernamentales podía contar la verdad.

En la coyuntura actual, esa libertad se extiende para significar también independencia de otras instituciones:

- partidos,
- anunciantes,
- empresas, etc.

La fusión de empresas periodísticas amenaza la supervivencia de la prensa como institución independiente a medida que el periodismo se convierte en una actividad subsidiaria dentro de grandes corporaciones que basan su gestión en otros objetivos.

Esa fusión y la idea que se oculta tras gran parte de la sinergia corporativa en el terreno de las comunicaciones —a saber, que el periodismo no es más que contenido o que los medios de comunicación son indistinguibles entre sí— ofrecen una nueva perspectiva".

8.2.5.- La libertad informativa y los productos informativos como bien público vs. el derecho de propiedad de las empresas de comunicación social.

254.) Kovach y Rosenstiel mencionando la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, tocan la alarma de que, a consecuencia de las fusiones empresariales en el campo de la economía de los medios de comunicación, "La Primera Enmienda deja de actuar como un bien público esgrimido en nombre de la comunidad.

En vez de ello, reivindica los derechos particulares de una industria que tiene mucho que ver con la exención antimonopolio que rige (*para algunas actividades económicas en Estados Unidos*), por ejemplo, para el béisbol.

En un panorama semejante, la Primera Enmienda se convierte en un derecho de propiedad que establece normas básicas para la libertad de mercado, no para la libertad de expresión. Y éste es un cambio trascendental que puede tener enormes consecuencias para la sociedad democrática.

¿Podemos confiar entonces en que esta nueva prensa subsidiaria controle los poderosos intereses que mueven la sociedad? ¿Podemos confiar en que un número reducido de grandes empresas ejerzan ese control —aunque ese control no forme parte de sus intereses corporativos—? Al final, todo se reduce a la siguiente pregunta: ¿Puede el periodismo mantener en el siglo XXI los objetivos que se fijó en sus primeros tres siglos y medio de vida?".

Hoy en día, dice, el periodismo norteamericano comienza «a caer en manos de la industria del entretenimiento y del comercio electrónico. El ocio y el comercio electrónico son en nuestros días lo que las industrias químicas y del acero fueron en los años treinta»

8.2.6.- La prensa escrita como bien público

255.) Por otro lado, los autores Becerra y Mastrini²⁴⁰ señalan que, en el plano económico, si bien la producción cultural comparte características económicas con los bienes de consumo, también tiene particularidades propias. Su principal característica es que su cualidad esencial, de la que deriva su valor de uso, es inmaterial, por ser un contenido simbólico transportado por algún soporte. En segundo lugar, la esencia de su sentido, del cual deriva el valor de las transacciones culturales, es la novedad. Si tenemos una información no la necesitamos de nuevo. Como es un bien inmaterial, no es destruido en el acto de consumo.

256.) En general, dicen los autores, la característica de bien público de las mercancías culturales hace que su costo marginal sea extremadamente bajo y en algunos casos cercano a cero. Esto favorece las economías de escala, dado que cuantas más copias se realicen del prototipo, el costo de producción promedio de cada unidad cae. El costo de suministrar la mercancía cultural a consumidores adicionales es sumamente bajo y es extremadamente bajo en relación con el costo del prototipo original. Los potenciales retornos de las economías de escala son continuos, y por lo tanto existen presiones para expandir el mercado hasta situaciones de oligopolio o monopolio.

8.2.7.- Medición Económica de la Concentración - “El índice CR-4”

257.) La realidad de la concentración y de la hiperconcentración de la propiedad en el mercado de prensa escrita y otros mercados infocomunicacionales en el Perú es en gran parte reflejo de lo que ocurre en el área latinoamericana.

258.) Así, Becerra y Mastrini (2011) señalan que:

"La prensa (escrita) es un sector fuertemente concentrado y el grupo de diarios de cabecera suelen estar integrados en los grupos multimedia más importantes del país²⁴¹".

259.) Por otro lado, los autores señalan que a partir de 1990²⁴² los países de América Latina han visto crecer los procesos de concentración de

²⁴⁰Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo (2002). *Concentración de medios*. Buenos Aires, Argentina. Universidad de Buenos Aires.

²⁴¹Señala, además, que "la prensa tuvo un importante papel en la configuración de una agenda periodística en la región. Desde una perspectiva económica mantiene una significativa presencia dado que conserva una considerable porción del mercado publicitario (aunque varía según los países, en promedio está en torno al 30% del total de la inversión publicitaria). Si bien las tiradas per cápita están por debajo de los promedios norteamericanos o europeos, contribuyen a consolidar una economía estable".

"Industrias culturales en América Latina: tiempo de replanteamientos", Martín Becerra y Guillermo Mastrini, "Ekonomiaz" N.º 78, 3.º cuatrimestre, 2011, Revista vasca de Economía.

Disponible en: www.euskadi.eus/ekonomiaz/downloadPDF.

²⁴²"En los años noventa, el predominio de políticas neoliberales (en América Latina) promovió incluso una mayor desregulación del sistema y mercado de comunicaciones. Los procesos de concentración de la propiedad,

la propiedad en la industria de medios, comunicaciones y cultura, en el marco de una realidad jurídica objetivamente de "desregulación" de los mercados, que ha propiciado crecientes operaciones empresariales de fusiones que otorgan una mayor posición de dominio a pocas empresas, dando lugar a la llamada "propiedad cruzada en mercados que estaban ya altamente concentrados" y "formación de grandes conglomerados de medios"²⁴³.

260.) Y para comprender cuándo estamos en un mercado concentrado, en otra investigación²⁴⁴ los mismos Becerra y Mastrini explican de manera didáctica el llamado método CR4 o porcentaje de concentración de mercado de las cuatro principales firmas del sector: "El CR4 o Índice de Concentración permite medir el nivel de concentración, en dos dimensiones que hemos seleccionado para esta ocasión:
→la facturación y
→el consumo o audiencia
de las cuatro primeras empresas de cada mercado.
Su aplicación es sencilla y de probada eficacia, y permite mostrar de forma contundente los niveles de concentración en las Industrias Culturales, aun a pesar de las heterogéneas

favorecidos por el relajamiento de normas, no tardaron en aparecer. Al permitirse la propiedad cruzada en mercados que estaban ya altamente concentrados, fomentó la formación de grandes conglomerados de medios. (Y sí) "algunos gobiernos proponen cambios en la política de medios y de industrias colindantes que plantean un mayor grado de intervención del Estado en la regulación y ciertos controles relativos a los niveles de concentración de la propiedad, y promueven la participación de grupos de la sociedad civil tanto en la discusión de las políticas como en la propiedad de los medios, la respuesta de los propietarios de medios no se hizo esperar. Han argumentado la necesidad de preservar la libertad de expresión y denunciado que la regulación de los gobiernos busca limitar su capacidad de crítica. La línea argumental es muy similar en todos los países, su negativa a aceptar cualquier modificación en el sistema legal, especialmente en lo referido a la posibilidad de permitir el acceso de nuevos actores al mercado es unánime". Becerra y Mastrini, Industrias culturales en A.L.

²⁴³Este mismo fenómeno de grandes fusiones se presentó en Estados Unidos de América, como lo anotó Albarran (2004): "Merger activity escalated further during the 1990s with a number of major transactions that structurally altered the media marketplace. Among the more significant mergers involved the Walt Disney Company's acquisition of Capital Cities/ABC, AT&T's acquisition of Tele-Communications Inc., Viacom's acquisition of CBS, Clear Channel Communication's acquisition of AMFM Inc., and the merger of AOL and Time Warner." (Traducción libre del juzgado: "La actividad de fusión (*que en EE. UU. se inició en los 1980*) se intensificó aún más durante la década de 1990 con una serie de transacciones importantes que alteraron estructuralmente el mercado de los medios. Entre las fusiones más importantes estuvieron la adquisición de Capital Cities / ABC por parte de Walt Disney Company, la adquisición de Tele-Communications Inc. por AT&T, la adquisición de CBS por Viacom, la adquisición de AMFM Inc. por Clear Channel Communication y la fusión de AOL y Time Warner".

En Albarran, Alan (2003), "U.S. Media concentration: the growth of megamedia", artículo en "Empresa informativa y mercados de la comunicación. Estudios en honor del Prof. Alfonso Nieto Tamargo". Ángel Arrese (coordinador), Ediciones Universidad de Navarra. EUNSA, Pamplona. Artículo disponible en: [http://www.academia.edu/download/36032022/U. S. Media Concentration. The Growth of Megamedia.docx](http://www.academia.edu/download/36032022/U._S._Media_Concentration._The_Growth_of_Megamedia.docx)

²⁴⁴Becerra y Mastrini parten de reconocer que "uno de los problemas que plantea la concentración es cómo medir. Se reconocen diversos métodos e indicadores:

-El «índice de entropía relativa»,

-El «índice de GINI» que puede graficarse con la Curva de Lorenz,

-El «Four firm concentration ratio (CR4)», y

-El «índice Herfindahl-Hirschman (IHH)». En su investigación utilizaron el CR4 o porcentaje de concentración de mercado de las cuatro principales firmas del sector.

En "Periodistas y Magnates: Estructura y concentración de las industrias culturales en América Latina". Guillermo Mastrini y Martín Becerra (Directores). Equipo de investigación: Andrés D'Alessandro (Argentina); Oscar Ordoñez y Raúl Peñaranda (Bolivia); James Görgen (Brasil); Carlos Eduardo Huertas (Colombia), Claudia Lagos (Chile); Gabriela López (México); Carolina De Andrea, Adriana León y Jenny Cabrera (Perú); Alexandra Dans (Uruguay); Andrés Cañizales (Venezuela). Una investigación del Instituto Prensa y Sociedad (IPyS), Prometeo Libros, 2006, Buenos Aires, 330 pp.

Disponible en: https://www.mom-rsf.org/uploads/tx_lfrogmom/documents/37-205_import.pdf.

realidades nacionales del universo de estudio (Sudamérica y México), y de la mencionada dificultad para obtener datos muy precisos".

261.) Para sustentar la validez de este método CR4, Becerra y Mastrini se remiten a la investigación de Alan Albarran (2003), "trabajo panorámico acerca de los métodos de estudio sobre concentración de medios e industrias culturales en el caso norteamericano donde señala que aplicando la fórmula del CR4 **en facturación y en audiencia** (o CR8, como también aplica el autor, comparando la presencia de las ocho principales empresas de cada sector) se considera lo siguiente:

"→Los mercados son altamente concentrados

(i) si las cuatro principales empresas superan el 50% de **la facturación** total de la industria, o

(ii) si las ocho principales empresas superan el 75% del total *de la facturación de la industria*, y

Análogamente,

"→Los mercados son altamente concentrados

(i) si las cuatro principales firmas logran controlar más del 50% **de la audiencia**.²⁴⁵

262.) En dicho contexto: ¿Cuál es el problema que un mercado informativo esté concentrado en pocas empresas?

Dice Mastrini:

"Porque no estamos hablando de cualquier industria, sino de una industria de bienes simbólicos. Es un aparato que mediatiza la información que consume la población. Información política, económica o de cualquier tipo que va a utilizar la ciudadanía: desde comprarse una casa, participar en un club barrial o votar en una elección nacional. Con esa información va a hacer lo más importante y obvio: va a tomar decisiones. En ese sentido, creo que uno podría pensar que una pluralidad de voces permitiría una pluralidad de orientaciones. Me gustaría que quedara en claro que en nuestro trabajo no sostenemos que una reducción de los propietarios es igual a una reducción de la diversidad de votos u opciones de discursos. Lo que sí estamos seguros es que en algo debe tener que ver con la construcción de la vida de la gente.

²⁴⁵En palabras de Albarran:

"Several tools can be used to measure the concentration of market share within a particular industry.

One simple approach, concentration ratios, compares the ratio of total revenues of the major players with the revenues of the entire industry, using the top four firms (CR4) or the top eight firms (CR8). If the four-firm ratio is equal to or greater than 50 percent, or if the eight-firm ratio is equal to or greater than 75 percent, then the market is said to be highly concentrated."

Traducción libre del juzgado:

"Se pueden usar varias herramientas para medir la concentración de cuota de mercado dentro de una industria en particular.

Un enfoque simple, los índices de concentración, compara el índice de ingresos totales de los principales actores con los ingresos de toda la industria, utilizando las cuatro empresas principales (CR4) o las ocho empresas principales (CR8).

Si el índice de cuatro empresas es igual o mayor al 50 por ciento,

o si el índice de ocho empresas es igual o mayor al 75 por ciento,

entonces se dice que el mercado está altamente concentrado".

En: "U.S. Media concentration: the growth of megamedia" (citado).

Entonces, ¿Cómo se define la concentración de las industrias culturales?, es un fenómeno que se origina casi con el mismo inicio de las industrias culturales. Ya a fines del siglo XIX se asiste a la concentración de la prensa. También el cine y la industria de la música son mercados que han tenido altísimos índices de concentración desde sus inicios. En todos los casos, la característica central es que muy pocos propietarios dominan una porción significativa de la audiencia. Esto significa que, si bien puede existir una pluralidad de productores, la capacidad de alcanzar públicos masivos queda restringida a muy pocos actores. Y aunque la concentración de la propiedad es un fenómeno preocupante en todas las esferas económicas, es particularmente sensible cuando se trata de la industria que administra —no en forma exclusiva, pero sí mayoritariamente— los recursos simbólicos de la sociedad. La concentración de las industrias culturales se define entonces como el dominio, por cada vez menos capitalistas, de porciones más significativas del mercado de producción y distribución de bienes simbólicos. En los últimos veinticinco años, este proceso de concentración ha adquirido un vértigo aún mayor a partir de procesos de convergencia con otros sectores como las telecomunicaciones y la informática, que han vinculado al sector de la cultura con otras áreas económicas donde todavía predomina más el carácter mercantil, y donde no hay tradición de políticas culturales²⁴⁶.

²⁴⁶"CONCENTRACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LAS INDUSTRIAS CULTURALES DE AMÉRICA LATINA". Entrevista a Guillermo Mastrini. Por Mariangela Giaimo y Soledad Caballero. En Revista Dixit, Universidad Católica del Uruguay, hacia 2010.
<http://revistadixit.ucu.edu.uy/?table=articles&ID=6a1e8c4009677fc65eecebcd40d70c9f&action=detail>

IX.- Análisis de la controversia constitucional

9.1. Análisis de la regla de libertad de competencia para la economía en general.

263.) Un **primer nivel de análisis** del caso, que sustenta gran parte de la posición de los Demandados, es que la posición de dominio que pueda ostentar Grupo El Comercio en el mercado de diarios en el Perú es un **derecho legalmente adquirido**, y que si el contrato por el cual dicho grupo adquirió la mayoría del capital social de EPENSA – ABS produjo una (más) alta concentración de mercado es un hecho jurídicamente inocuo pues la operación se ejecutó conforme a sus libertades de empresa y contratación en una fecha, 2013, en que el marco constitucional y legal protege la posición de dominio y los mercados concentrados, por no existir norma alguna constitucional o legal que prohibiera la fusión o adquisición de acciones de empresas periodísticas.

264.) Según dicho enfoque tendríamos que entre la regla del artículo 61 constitucional primer párrafo que proclama que en la economía general de producción de bienes y servicios rige la libertad de competencia sin límites a favor de monopolios y empresas dominantes (salvo para concretas conductas de *abuso*), y la regla especial del segundo párrafo para los bienes, servicios y empresas de medios de información y expresión social como la prensa, radio, televisión y otros, existe una relación de género a especie pero donde las libertades otorgadas por la parte general no quedan derogadas en absoluto en la parte especial sino apenas relativizadas de manera expresa solo respecto al monopolio.

Artículo 61.

(1)-El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

(2)La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

265.) El párrafo primero del artículo 61 (en adelante art. 61-1) garantiza que la participación de los agentes económicos en la economía general de producción de bienes y servicios será en el marco de la *libertad de competencia*, bajo las siguientes reglas:

-Las empresas tienen derecho a la *libertad de competencia*, y el Estado se obliga a *facilitarla y vigilarla*;

-Están prohibidas las *prácticas que limiten la libre competencia* y las que signifiquen un *abuso de la posición de dominio* o *monopólica* que detente una empresa. El Estado está obligado a *combatirlas*.

-Está prohibido el *monopolio establecido por ley o por concertación*.

266.) Por tanto, un primer alcance de interpretación literal del art. 61-1 sugiere que la constitución como premisa **general** no prohíbe (i) los monopolios generados en base al crecimiento natural del poder de mercado de una empresa (solo prohíbe el monopolio creado por concertación o acuerdo entre empresas, y el creado por una ley del Estado); y que (ii) tampoco prohíbe la existencia de empresas con posición de dominio cual fuese el grado de concentración alcanzado y en cualquier mercado.

267.) Los conceptos utilizados por el constituyente de *posición de dominio*, *monopolio*, *prácticas que limitan la libre competencia*, *prácticas de abuso de dominio o monopolio* y los relacionados con ellos como *concentración de mercado* y *oligopolio* tienen los siguientes significados:

Monopolio:

-Monopolista es el productor que es único oferente de un bien que no tiene sustitutos cercanos. Cuando un productor es un monopolista, la industria a la que pertenece es un monopolio (Rivera 2017).

Poder de Mercado: El monopolista puede manejar el precio de su producto a través de variaciones en la cantidad ofrecida para aumentar su utilidad, esto significa que tiene poder de mercado (Rivera). Es precio-determinante.

En el área de dirección estratégica y mercadotecnia, cuota de mercado es la fracción o porcentaje que se tendrá del total de mercado disponible o del segmento del mercado que está siendo suministrado por la compañía (- -).

Posición de dominio es:

Se dice que una empresa tiene posición de dominio en un mercado cuando es capaz de actuar de manera independiente de sus competidores, proveedores, distribuidores, e incluso del consumidor final (Economipedia).

Es la situación que, dentro del mercado nacional, o en parte de él, representa una empresa o grupo empresarial, cuando ostenta una cuota relevante del mismo, o incluso llega a suponer la única posibilidad de oferta o de demanda (YDELCON).

“Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores” (artículo 4, Decreto Legislativo 701)

La posición de dominio puede tener su origen en “la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes y servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como de redes de distribución”.

Prácticas de abuso de dominio o monopolio.

El abuso de posición dominante es una situación en la que un agente económico aprovecha su poder de mercado. Entonces, influye en la determinación del precio del bien o servicio que produce (Economipedia).

Viene a ser la posibilidad que posee una empresa de obtener beneficios extranormales, a través de la reducción de la oferta y/o el incremento del precio del producto por encima de su nivel competitivo, quiere decir que viene a ser la facultad de ejercer una influencia

notable sobre el funcionamiento del mercado, y en principio previsible para la empresa dominante.

Las infracciones al D.Legis. 701 son de dos tipos: abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la libre competencia.

Abusos de dominio.

- La negativa injustificada a la venta o a la compra de bienes.
- La discriminación injustificada (aplicando condiciones comerciales diferentes a prestaciones equivalentes) que impongan una desventaja a algún competidor en comparación con el resto.
- Las ventas atadas: condicionar la venta o contratación a la adquisición de productos o servicios no relacionados entre sí.
- Otros casos de efecto equivalente: es decir, si en algún momento se detecta una conducta que a criterio de la Comisión afecta la libre competencia, será sancionada.

Prácticas restrictivas de la libre competencia.

Son “los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia” (artículo 5, D. Legis. 701). Estas son:

- Concertación de precios u otras condiciones comerciales o de servicio
- Reparto de mercado o fuentes de aprovisionamiento
- Reparto de cuotas de producción
- Concertaciones de calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente a los consumidores.
- La discriminación injustificada (aplicando condiciones comerciales diferentes a prestaciones equivalentes) que impongan una desventaja a algún competidor en comparación con el resto.
- Las ventas atadas: condicionan la venta o contratación a la adquisición de productos o servicios no relacionados entre sí.
- La negativa concertada e injustificada a la compra o venta de bienes o servicios.
- Limitación o control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.
- Otros casos de efecto equivalente: es decir, si en algún momento se detecta una conducta a criterio de la Comisión afecta la libre competencia, será sancionada.

Concentración de mercado.

La concentración de mercado se refiere al grado en el que un mercado está aglutinado o consolidado en un número determinado de agentes, sean estos productores o vendedores (Economipedia).

En general, se suele relacionar un alto grado de concentración de mercado con un bajo nivel de competencia. En general, la concentración de mercado depende de dos factores, el número de empresas y su tamaño relativo.

Concentración de mercados de medios de comunicación social

La idea de la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación es simple, ya que se refiere a aquellos casos donde un individuo o corporación ejercen el control sobre una parte importante del conjunto del mercado de los medios. La concentración de la propiedad de los medios ha sido definida como “un incremento en la presencia de una empresa o de un reducido número de empresas de comunicación en cualquier mercado como consecuencia de varios procesos posibles: adquisiciones, fusiones, convenios con otras compañías o, incluso, la desaparición de competidores (Becerra y Mastrini).

Oligopolio

El oligopolio es una estructura de mercado que está compuesta por pocos vendedores de productos iguales o similares. Tipo de competencia imperfecta: compiten pero tienen poder de mercado (más débil que el monopolio) (Rivera).

Las empresas oligopolísticas pueden maximizar sus utilidades conjuntas comportándose cooperativamente como un cartel o repartiendo cuotas de la producción como si fueran un monopolio (colusión).

Es un mercado dominado por un pequeño número de vendedores o prestadores de servicio (oligopólicos-oligopolistas). Debido a que hay pocos participantes en este tipo de mercado, cada *empresa* está al tanto de las acciones de las otras. Las decisiones de una empresa afectan o causan influencias en las decisiones de las otras. Por medio de su posición ejercen un poder de mercado provocando que los precios sean más altos y la producción sea inferior (YDELCON).

- 268.) La norma del art. 61-1 basada en la economía de mercado y de libre competencia se refiere a las personas como agentes económicos, *consumidores y usuarios de bienes y servicios, o partes contratantes de cada contrato de adquisición o consumo de un bien o servicio*, no precisamente como ciudadanos.
- 269.) El artículo 61, párrafo 1, supone que una economía con la mayor libertad a favor de oligopolios o monopolios es coherente con los fines supremos que la organización estatal se ha impuesto según la propia constitución: Que sus habitantes satisfagan sus necesidades básicas (que en caso contrario no hay dignidad de la persona _cf. Constitución, artículo 1),²⁴⁷ y que incluso el bienestar general será mayor al producido por una economía sin dichas concentraciones empresariales. Esta sería la razón subyacente de la norma constitucional económica, independientemente de si eso sea posible o no, o si tal aspiración puede contener una contradicción conceptual entre el interés de mayor utilidad de una empresa que alcanza un alto grado de poder de mercado y el interés de los trabajadores, usuarios y consumidores.
- 270.) Como señala el texto normativo, la función del Estado es de *vigilar y facilitar* la libre competencia y *combatir las prácticas que la limitan*. Sin embargo, por casi tres décadas desde 1993 en que quedó constitucionalizado el liberalismo económico, la comprensión del deber de vigilancia estatal para asegurar libre competencia se limitó al combate de las prácticas limitativas y abusos que de manera puntual podía imputarse a empresas dominantes o monopolísticas y demás agentes económicos, pero sin cuestionar la existencia en sí misma del monopolio y el dominio. Cabe plantear, entonces, si la obligación del Estado de *vigilar y facilitar* la competencia se agota en ello.
- 271.) Al respecto hay dos posiciones; por un lado el sector de la academia, la administración y las empresas, con el enfoque más liberal en la economía, y hegemónico en la política pública de competencia de estos casi treinta años, que interpreta que la letra de la constitución solo impone al Estado el deber de represión posterior de actos específicos que sean calificados en la ley como conductas

²⁴⁷Constitución peruana de 1993. Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

directamente limitadoras de la competencia o prácticas abusivas de quien ostente una posición dominante o monopólica. Y por otro lado, está el enfoque que considera la libre competencia se protege también con el control de las estructuras del mercado mediante el llamado control previo de fusiones y adquisiciones empresariales, con el fin de evitar futuros abusos de quienes ostenten dominancia o monopolio.

272.) Así, pues, por un lado, la posición de que si el art. 61-1 permite radicalmente el monopolio y el oligopolio, la consecuencia es que solo debe existir un control **posterior** como respuesta a las **conductas** específicas y concretas de abuso o limitación a la competencia,²⁴⁸ y ningún control preventivo, y por otro, la posición de que las características de mercado y la natural acumulación que buscan las empresas obligan a un control o regulación de la estructura de los mercados. ¿Qué persigue el control de la estructura del mercado?:

"La regulación de estructuras cuida que la conformación del mercado permita el desarrollo de la actividad empresarial en libre competencia. Bajo este enfoque, la justificación del control de estructuras de mercado se basa justamente en la protección de la libre competencia. Se asume, de antemano, que los monopolios u oligopolios son perjudiciales pues generan incentivos económicos ineficientes, y que el control de concentraciones facilitaría la prevención o disuasión de dichas situaciones. Es decir, se intenta evitar que las empresas lleguen a tener poder irrestricto frente a los demás agentes que participan en el mercado, y que, debido a ello, carezcan de incentivos para ser eficientes y generar bienestar. Entre los mecanismos más usados para lograr este objetivo se encuentran las leyes de control de concentraciones empresariales".²⁴⁹

273.) El enfoque permisivo mayor considera que los dos modelos de control estatal no son complementarios, y que es suficiente el control posterior porque puede detectar todo lo que se persiga por la vía preventiva, y que además el control posterior es más eficiente porque

²⁴⁸"La regulación de conductas sanciona las prácticas empresariales anticompetitivas, como, por ejemplo:

- La coordinación del comportamiento entre empresas para evitar los riesgos de la competencia;
- La realización de estrategias de dumping o precios predatorios;
- El establecimiento de barreras de acceso a nuevos competidores para tener libertad de fijar precios u otras condiciones de intercambio, provocando perjuicios en el mercado, etc."

En Salinas, "La ley antimonopolio y antioligopolio..." (2006), citando a Eduardo QUINTANA SÁNCHEZ, "¿Rezando entre tinieblas? El credo del control de concentraciones empresariales", 1998, Themis, 39.

²⁴⁹En Salinas, "La ley antimonopolio y antioligopolio..." (2006), citando a Gonzalo RUIZ, "Control de concentraciones versus regulación de conductas ¿Complementos o sustitutos?, En: Boletín Latinoamericano de Competencia. Número 5. 1998".

No obstante, dejamos constancia que quienes abogan por el monopolio y oligopolio irrestricto destacan que las concentraciones empresariales presentan bondades objetivas:

"Desde un punto de vista económico, las concentraciones de empresas pueden tener efectos contrapuestos, por un lado, aumentan el poder de mercado de los agentes involucrados y con ello la posibilidad de aumentar los precios; por otro, se mejora la eficiencia productiva y con ella la posibilidad de reducir los costos. Siendo ello así, por ejemplo, en el caso de las fusiones, depende de cómo se acomodan dichas consecuencias. Entre otros efectos de la concentración están los redistributivos, el crecimiento de las industrias, empleo, el desarrollo de la inversión extranjera". Materiales de enseñanza de Competencia 1 de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En Salinas (2006), artículo citado.

exige menos recursos del Estado y de todas las empresas, en comparación con el método de control previo. Sin embargo, el llamado control previo de fusiones empresariales ha adquirido legitimidad a la luz de los fines constitucionales señalados en el texto del 61-1: **asegurar el bien jurídico de la libre competencia**, dentro de los términos del sistema económico protegido por el texto de 1993, la economía capitalista basada en la acumulación, cuando en 2019 fue aprobada una primera Ley general de control previo de fusiones y adquisiciones D.U. 013-2019, sustituida en enero 2021 por la Ley 31112.

- 274.) Una primera conclusión entonces es que el mandato constitucional de 1993 para que el Estado “*facilite y vigile la libre competencia*” no significaba solo la represión posterior de conductas específicas (*prácticas limitativas, prácticas abusivas*) sino también la prevención, a través del control previo de fusiones y adquisiciones para evitar concentraciones que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia.
- 275.) La política de control de estructuras del mercado mediante la evaluación previa de fusiones y adquisiciones ha esperado en el Perú casi 30 años para ser adoptada como una política general de competencia, a través del D.U. 013-2019 y la Ley 31112 de 2021, aunque apenas a 4 años de entrar en vigencia la ley de 1993 el Estado ya había ***impuesto límites al crecimiento empresarial*** en un sector de la economía cuando con la ley 26876 dictada por el Congreso en 1997, *Ley antimonopolio y antioligopolio para los mercados de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica*, dispuso que en el sector eléctrico las empresas que intenten fusionarse en sus diversas modalidades deben solicitar autorización a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, con el fin de “**evitar los actos de concentración** que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados”.
- 276.) Más allá de los reparos a la constitucionalidad de la Ley 26876 de parte del sector de la academia en el sentido de que violaría la regla *general* de permitir el monopolio sin excepciones (por todos, Salinas, 2006), dicha norma se mantuvo vigente hasta la entrada en rigor de la ley 31112, y concuerda con la posición teórica de que la labor de prevención se encuentra incluida en el mandato al Estado de “vigilar la libre competencia”, con el fin de que las estructuras de determinados mercados deben ser regladas de tal modo que se impida a una empresa obtener un determinado poder de mercado (cuota, umbral, porcentaje de participación) por el riesgo que ello implica a

la libertad de competencia, además del control posterior represivo contra prácticas anticompetitivas concretas.

- 277.) Tal parece entonces que en el marco jurídico integral nacional la regla de que en la economía *general* regulada por el art. 61-1 el monopolio y la posición dominante están ilimitadamente permitidos, no parece absoluta. Por tanto, en realidad la regla de permisión irrestricta de monopolios y de empresas dominantes en cualquiera de los distintos mercados no se despliega como un **principio inderogable** de la constitución económica. ¿Por qué?, quizá porque una libertad ilimitada en realidad **podría** resultar incompatible con los fines constitucionales relativos a la vida plena de las personas? **no es algo que a este juzgado le correspondería señalar, no por lo menos en la específica cuestión del derecho fundamental planteado.**
- 278.) En dicho contexto, salvo la citada Ley de control de fusiones de empresas eléctricas de 1997, el Estado **omitió** por todo el tiempo que la Constitución de 1993 sigue vigente, en cumplir el mandato de la propia Constitución que ordenaba una completa función de vigilancia para garantizar la libertad de competencia, favoreciendo de hecho a las organizaciones empresariales que detentaban el mayor poder de mercado las cuales han podido ejercer sin freno alguno su derecho de detentar posición de dominio o monopólica en los términos del art. 61, y todo ello bajo protección constitucional.
- 279.) En este sentido, ¿para resolver la impugnación del contrato de adquisición de acciones es suficiente tomar en cuenta que a nivel **constitucional** la regla general de la libertad de competencia autorizaba alcanzar una posición de dominio en cualquier mercado y/o generar una alta concentración de mercado _o incrementar dicho índice de concentración_, o fusionarse sin ningún límite, y que a nivel **legal** (normas de jerarquía de ley ordinaria o equivalente) no existía regla alguna que pusiera límites expresos a la contratación mercantil en el mercado de prensa escrita (pues la ley de fusiones eléctricas de 1997 solo aplicaba al sector electricidad, no a los medios de comunicación; y la ley de radio y tv de 2004 limitó el uso de recursos necesarios para la libertad de expresión solamente en el mercado de radiodifusión, no de prensa escrita)?
- 280.) Si tales fueran las únicas normas para tomar en cuenta, podría el contrato de transferencia de acciones cuestionado no tener reparos jurídicos, aun cuando se alegase que generaba o incrementaba una altísima concentración del mercado, con la consecuencia de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en el mercado de diarios en el Perú.

281.) Sin embargo, queda descartado dicho análisis pues la Demanda se basa en que la situación del **mercado altamente concentrado** resultado de la operación empresarial entre EPENSA - Grupo El Comercio es equivalente al **acaparamiento** como conducta prohibida en los mercados de comunicación social según la segunda parte del artículo 61, cláusula prohibitiva que además ha sido establecida no solo para garantizar la libertad de competencia en este sector de la economía sino también un derecho fundamental de todas las personas: la libertad de expresión e información protegida en el art. 2.4 de la Constitución. En contra, los Demandados sostienen que el acaparamiento prohibido en el art. 61.2 nada tiene que ver con situaciones de estructuras de mercado como la concentración de mercado o la posición dominante, sin que exista límite alguno a las fusiones empresariales o adquisiciones de acciones en el mercado de prensa escrita como el ocurrido con el contrato.

9.2.- Análisis de la regla de libertad de competencia para la economía de los medios de comunicación social: primer alcance del art. 61.2 y la cláusula de prohibición de “acaparamiento”.

282.) Es necesario escalar a un **segundo nivel de análisis**, e intentar aclarar cuál es la relación entre la primera parte del artículo 61 que *permite el monopolio y la posición de dominio* en tanto regla general de libre competencia para *todos los mercados*, y la segunda parte del mismo artículo en tanto regla especial para *algunos mercados*, los de medios de comunicación social.

Artículo 61.

1-El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

2-La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares

283.) Corresponde plantear si acaso el precepto de la segunda parte constituye un régimen especial por el cual las estructuras de mercado basadas en *monopolios y posiciones dominantes* protegidas en la regla general quedan **excluidas totalmente** en la economía especial de recursos y empresas para la libertad de expresión, si dicha exclusión es solo **parcial**, o si todas las libertades de la parte general quedan incólumes incluso para este mercado especial. Y finalmente, en el plano fáctico concreto, corresponde plantear si en alguna de dichas opciones interpretativas el contrato de venta de acciones cuestionado en este Amparo puede ser exactamente tipificado como un supuesto de hecho del **acaparamiento** prohibido en la regla

especial y si, por dicha razón, debe ser anulado por haber violado la constitución.

284.) En principio, parece que la regla especial (art. 61.2) es **de excepción** respecto de la regla general **por lo menos en cuanto al monopolio**. La regla especial ordena que las empresas, bienes, servicios de medios de comunicación social “no pueden ser objeto de monopolio...” (que es lo mismo que prohibirlo), contrariamente a la regla general que **permite** el monopolio. Es una aparente contradicción que se disuelve por el criterio de que entre norma general y norma especial que son del mismo nivel de jerarquía y fecha de aprobación, prima la norma especial. Por tanto, no hay duda de que el monopolio como estructura de mercado **está totalmente prohibido** en los mercados de empresas, bienes y servicios de los medios de comunicación social, como prensa, radio, tv y otros.

285.) Donde surge un primer problema para establecer la correcta relación entre las dos reglas del art. 61 es cuando la segunda parte establece que las empresas, los bienes, los servicios de medios de expresión y comunicación social “no pueden ser objeto” de “**exclusividad, acaparamiento**” (y además de **monopolio**). Ocurre que la primera parte del art. 61 (regla general de libre competencia) solo regula determinados fenómenos económicos como el **dominio**, el **monopolio**, los **abusos**, y las **prácticas limitativas de competencia**, pero omite toda mención a la **exclusividad** o el **acaparamiento**. Y viceversa, la segunda parte del artículo solamente trata de los tres conceptos mencionados (**exclusividad, acaparamiento y monopolio**), pero no menciona expresamente la **posición de dominio**.

286.) Definición de los conceptos utilizados en el art. 61.2:

Monopolio:

-Monopolista es el productor que es único oferente de un bien que no tiene sustitutos cercanos. Cuando un productor es un monopolista, la industria a la que pertenece es un monopolio (Rivera 2017).

Exclusividad:

Concepto gramatical

-Que excluye o tiene fuerza y virtud para excluir.

-Único, solo, excluyendo a cualquier otro (Diccionario de la lengua española).

Acaparamiento:

Concepto gramatical

-Adquirir y retener cosas propias del comercio en cantidad superior a la normal, previniendo su escasez o encarecimiento.

-Apropiarse u obtener en todo o en gran parte un género de cosas.

-Adquirir y retener cosas propias del comercio en cantidad suficiente para dar la ley al mercado (Diccionario de la lengua española).

Concepto según la Ley de Radio y Televisión

-Se considerará acaparamiento para efectos de la presente Ley el que una persona natural o jurídica, sea titular de más de treinta por ciento (30%) de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, para la radiodifusión televisiva y veinte por ciento (20%) para la radiodifusión sonora (Ley 28278, art. 22, segundo párrafo).

287.) Así las cosas, existe objetiva dificultad para el intercambio de conceptos entre ambas reglas, por lo menos a nivel de una interpretación literal, sin perjuicio de acudir a otros enfoques complementarios. Por tanto, de entrada, la prohibición de “acaparar” en los mercados mediáticos no incluiría la prohibición de la posición de dominio (o de la concentración de mercado o del oligopolio, conceptos que sin estar mencionadas expresamente en la constitución pueden ser intercambiados con el dominio).

288.) Como está señalado, la demanda solicita protección al derecho constitucional de libertad de expresión e información contra la operación contractual por la cual El Comercio compró la mayoría de acciones de EPENSA y de ese modo tomó el control de las empresas de los diarios que antes eran producidos independientemente solo por EPENSA, con lo cual El Comercio (que también produce diarios) suma a su cuota de participación en el mercado de prensa la cuota que tenía EPENSA, incrementa su posición dominante en dicho mercado y el mercado resulta altamente concentrado en un nivel que se equipara al **acaparamiento de la prensa, conducta que ha sido prohibida en la Constitución** con el fin de proteger la libertad de expresión. Por tanto, sostiene el Demandante, el contrato debe deshacerse para eliminar el control de El Comercio sobre la empresa de los diarios de la ex EPENSA, de ese modo reducir el incremento de concentración a la situación precontractual, y así reparar el derecho afectado.

289.) Los Demandados parten, entre otros, de considerar que el **acaparamiento** señalado en la Constitución solo fue previsto para la retención y ocultamiento de bienes con fines de especular en su precio, que en toda la legislación nacional de competencia el acaparamiento no es equiparable a la concentración de mercado, que cualquier posición de dominio está permitida según la propia constitución, y que en todo caso no existe ley que defina el alcance preciso del **acaparamiento** para el mercado de la prensa escrita; Que la prohibición del art. 61.2 respecto a estructuras del mercado solo alcanza al monopolio y no a otras como el dominio o concentraciones de mercado u oligopolios; que si bien la ley de 2004 que iguala el acaparamiento con la concentración del mercado y la posición de dominio, es solo para mercados como la radio y televisión que usan el espectro electromagnético que es un recurso finito o escaso o

limitado, no para otros mercados de bienes libres y no limitados como la prensa escrita; que el Tribunal Constitucional ha establecido jurisprudencia (caso STC 00015-2010-PI) de que la aplicación del acaparamiento previsto en el art. 61.2 requiere necesariamente de una ley de desarrollo; que en todo caso no hay ley vigente que desarrolle el acaparamiento para los mercados de prensa escrita; que es imposible que exista alguna vez una ley en sentido debido a la naturaleza del mercado de prensa que usa recursos e insumos que no son finitos o escasos.

290.) El texto de la Constitución actual de 1993 que prohíbe “acaparamiento, exclusividad y monopolio” en la economía especial de medios de comunicación (parte segunda del art. 61) es una copia exacta de lo que reguló la Constitución de 1979 en su artículo 134.

291.) Revisamos los textos y advertimos que la carta de 1979 estableció en un determinado numeral (art. 133) la regla general de competencia para la economía general de entonces, y a renglón seguido en el siguiente art. 134 fijó la regla especial de competencia para el sector de los medios de comunicación social. La misma sistemática ha sido utilizada en la carta de 1993: el art. 61 párrafo primero contiene la regla general de competencia para la economía en general y en el siguiente párrafo del mismo número la regla especial para los medios de comunicación social.

1993.

(regla general) **Parte 1 del Art. 61** El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

(regla especial) **Parte 2 del Art. 61** La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares

1979.

(regla general) Parte 1 - Artículo 133 Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.

(regla especial) Parte 2 – Artículo **134**: La prensa, radio, televisión y demás medios de expresión y comunicación social, y en general las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

292.) No hay controversia (porque así además han coincidido Demandantes y Demandados) en que el acaparamiento establecido en la carta de 1979 tenía como contexto económico y social material de aplicación una economía basada en el control de precios, por lo que el significado relevante de acaparar era de retener, apropiar, ocultar bienes del comercio con el fin de ser vendidos en otro momento a un

mayor precio; en el terreno de bienes para medios de comunicación social como la prensa escrita, dichos bienes eran el papel, la tinta, las imprentas. Se trataba, pues, de una práctica de comercio especulativo que incluso tuvo una tipificación penal.

- 293.) Aunque un elemento del enfoque del Demandante es que en el debate constituyente de 1979 sobre los medios de expresión el concepto de acaparamiento fue planteado por algunos parlamentarios también como oligopolio o posición de dominio, esto es como un tipo de estructura de mercado, lo cierto es que el oligopolio había quedado ya expresamente **prohibido** como estructura de mercado dentro de la regla de competencia para la economía en general (art. 133).
- 294.) No parece razonable, entonces, que el concepto de acaparamiento presente *tanto en la regla general* (art. 133) como *en la regla especial* (art. 134), en un contexto socioeconómico en que solo era concebido como **práctica** anticompetitiva comercial, pueda haberse concebido como **estructura de mercado** y por tanto como sinónimo del oligopolio cuando este (en tanto estructura de mercado) ya se encontraba expresamente considerado de manera **independiente** en el art. 133, que literalmente prohibía “monopolios, **oligopolios**” además de “acaparamientos” para todos los mercados.
- 295.) Los “monopolios y acaparamientos” aparecen doblemente prohibidos, primero en la regla general, y luego en la regla especial para medios de comunicación (aunque la norma especial pueda connotar el énfasis o refuerzo impuesto por el legislador debido a razones no explícitas, no deja de ser una norma duplicada o reiterativa, quizá innecesaria).
- 296.) El oligopolio (que hoy podemos intercambiar sin dificultad como una especie de la posición de dominio) solo aparece prohibido en la regla general (art. 133). Y si bien la parte especial de 1979 (art. 134) solo trató expresamente de “exclusividad, acaparamiento y monopolio”, prohibiéndolos, sin mencionar el oligopolio, el efecto irradiador de la norma general producía que su prohibición del oligopolio también se extendía a la economía especial de medios de comunicación.
- 297.) Si el acaparamiento según la Constitución de 1979 constituyó un tipo de **conducta** o de práctica que afectaba la competencia a través del ocultamiento y retención de productos del comercio, y no era asimilable a **estructuras de mercado** como el oligopolio o la posición de dominio, cuál podría ser el alcance del mismo concepto “acaparamiento” cuando fue incluido en **1993** como prohibición en mercados de medios de comunicación (art. 61 párrafo segundo).

- 298.) El Demandante ha postulado que si bien el acaparamiento como forma de obtener un lucro adicional mediante la retención – ocultamiento de bienes ya no es aplicable en la realidad actual, dicho concepto en el campo de los medios de comunicación debe comprender situaciones como la de un mercado que se ha tornado altamente concentrado debido a que una empresa en vez de acrecer su poder de mercado mediante la oferta de sus propios productos compra a uno de sus competidores y acaba la competencia.
- 299.) En este sentido, corresponde tomar en cuenta, por un lado, que el contexto social y económico material de 1993 es radicalmente distinto a 1979 (pues antes sí era factible acaparar o esconder productos como respuesta -ilícita, pero explicable al fin- a un régimen de control de precios, que quedó derogado precisamente por una nueva economía en que los precios de los productos se rigen por la (aparente) libre oferta y demanda; y, por otro lado, que la norma constitucional económica, en cuanto a las estructuras de mercado basadas en monopolios y posición de dominio, las permite expresamente para todos los sectores en general, excluye expresamente solo el monopolio para el sector de medios de comunicación social, y **omite** toda mención a la posición de dominio en este sector especial.
- 300.) Ambas partes procesales han coincidido en que la inclusión del párrafo segundo del art. 61 en 1993 no fue precedido de mayor análisis en los debates constituyentes, por lo que carecemos de elementos adicionales de juicio para escudriñar en la voluntad del legislador.
- 301.) Por tanto, por las características del acaparamiento como **práctica** comercial y no estructura de mercado, como práctica correspondiente a una época distinta, porque las estructuras de mercado en el art. 61 están reguladas completamente mediante la autorización del monopolio y dominio (en la regla general del 61.1) y la proscripción única del monopolio (en la regla especial del 61.2), se deriva la clara voluntad del constituyente de mantener la estructura de mercado con posición de dominio incluso en los mercados de medios de comunicación social (al **no excluirla expresamente** de dicho sector, como **sí** excluyó el monopolio); por todo ello, consideramos que el mantenimiento del concepto en la actual carta de 1993 ha devenido en un anacronismo jurídico y sin sustrato material donde pueda

aplicarse,²⁵⁰ con la salvedad de su aplicación al mercado de medios radiales y televisivos.²⁵¹

- 302.) En cuanto a la Ley 28212 de Radio y TV, cabe señalar que esta norma acoge la noción de acaparamiento igual dominio o concentración; sin embargo, en el desarrollo jurisprudencial de dicha ley, Sentencia STC 00015-2010-PI, caso Ley de RTV, el Tribunal Constitucional por un lado se limitó a analizar el caso estrictamente para dicho mercado, el cual tiene un recurso finito que es el espectro radioeléctrico, por otro lado, señaló que el artículo 61 en cuanto a acaparamiento requiere (a diferencia del monopolio y exclusividad) una ley de desarrollo.
- 303.) En este punto, advertimos que junto con reconocer la constitucionalidad de la ley de RTV en el sentido de considerar que la imposición de un umbral de porcentaje en la adquisición de concesiones de frecuencias para radio y televisión, es una vía idónea para limitar los derechos de propiedad y contratación y libre empresa debido al mandato constitucional de prohibir el acaparamiento, lo cierto es que el Tribunal circunscribió su análisis del acaparamiento a solo la industria de telecomunicaciones que usan un recurso escaso o finito como es el espectro electromagnético, recurso natural de propiedad del Estado, pero **omitió** toda mención a los demás mercados de empresas, bienes, servicios relacionados con los medios de comunicación social, entre ellos la prensa escrita, y como consecuencia **omitió** disponer una exhortación clara, expresa, inequívoca, para que el legislador regule sobre la materia.
- 304.) A esta altura del análisis, ¿para resolver la impugnación del contrato de adquisición de acciones es suficiente tomar en cuenta que a nivel **constitucional** la regla **especial** de libertad de competencia para el sector de medios de comunicación (art. 61.2) **no prohibió la posición de dominio** (estructura de mercado permitida por la regla general), y que a nivel **legal** (normas de jerarquía de ley ordinaria o equivalente) no existía norma que considere al **acaparamiento** en la prensa escrita como sinónimo de algún límite a la adquisición de poder de mercado? Si el análisis llegara solo a este punto, *constitucionalmente* el Demandado podría haberse sentido autorizado, a través del contrato de acciones, para alcanzar o incrementar su posición de dominio en el mercado de prensa, y de

²⁵⁰No necesariamente un fósil jurídico o un completo desuetudo, debido a que el acaparamiento constitucional sirvió para el desarrollo legislativo a través de la Ley de RTV de 2004.

²⁵¹ Sin perjuicio de ello (de que la opción del constituyente por proteger la libertad de competencia de las empresas dominantes en el sector de medios de comunicación ha ido en desmedro de la libertad de expresión), más abajo el juzgado abordará en un tercer nivel de análisis cómo queda dicha protección del dominio a la luz de la fuente jurídica internacional.

generar una alta concentración de ese mercado o de incrementar el índice de esa concentración.

- 305.) Sin embargo, queda descartado dicho análisis pues la demanda plantea que la situación del **mercado altamente concentrado** resultado de la operación empresarial entre EPENSA - Grupo El Comercio afecta un derecho fundamental que como la libertad de expresión e información está protegida, además de la norma constitucional nacional, por una norma constitucional de derecho internacional, del más alto nivel de los tratados como es la **norma internacional de derechos humanos** contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual el Perú es Estado Parte, que establece y reconoce como un elemento esencial **la pluralidad informativa** y la **dimensión social o colectiva** de la libertad de expresión.
- 306.) En consecuencia, resulta inevitable si según un tercer nivel de análisis, el de la **fuerza jurídica internacional**, el contrato impugnado puede o no encuadrarse en alguna de las situaciones de hecho que el derecho internacional de derechos humanos ha considerado como violatoria de la libertad de expresión.
- 307.) Se trata por tanto, no de establecer cuáles son los alcances de la libertad de competencia determinada por la norma nacional constitucional, sino principalmente de establecer los alcances de la dimensión colectiva de la libertad de información, en su estrecho vínculo con el principio democrático, y si existe incompatibilidad entre la expresión libre, plural y diversa, indispensable para la formación de la opinión pública y la voluntad política, y la vigencia del sistema democrático, y una situación de un mercado de prensa donde el control de la opinión y la noticia no radique en la pluralidad de la población sino en pocas manos.

9.3.- Análisis de la fuente jurídica internacional: Existe una regla jurídica imperativa de derechos humanos que prohíbe toda concentración y control de mercados en los medios de comunicación social.

- 308.) Con el fin de sentar todas las premisas de derecho para resolver el amparo, el juzgado expondrá, en el siguiente nivel de análisis de las fuentes jurídicas, que existe una regla de derecho internacional de derechos humanos aplicable al específico asunto de los monopolios y oligopolios en la propiedad de medios, que permite responder si la lógica de acumulación y crecimiento empresarial (la “natural” búsqueda de adquirir mayor poder de mercado, presente en cualquier

mercado de libre competencia) puede o no desplegar toda su libertad en los mercados de medios de información y de prensa.

- 309.) Consideramos como conclusión que a nivel del derecho internacional de derechos humanos a cuyos tratados el Perú se encuentra vinculado, se comprueba la existencia de una clara regla imperativa de protección de la libertad de expresión que podemos formularla como la prohibición de cualquier forma de posición de dominio o la concentración de mercado o el oligopolio (y además el monopolio) en los mercados de los medios de comunicación social, incluida la prensa escrita, y los Estados están obligados, además de no incurrir en dichas situaciones, de adoptar toda las medidas que aseguren que no se van a producir, y los particulares están obligados a no incurrir en ellas.
- 310.) Así, pues, en apretado resumen de todo lo que pasaremos a exponer, señalamos que el Perú es parte desde 1978 de la Convención Americana de Derechos Humanos, adhesión renovada en la Constitución de 1979 (DGyT art. 16). Dicho tratado, artículo 13, proscribire la existencia de cualquier forma de controles particulares o estatales sobre el flujo de la información y los tipifica como violaciones indirectas de la libertad de expresión. Asimismo, mediante Opinión Consultiva 5-85 de 1985 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo órgano de interpretación del pacto, tipificó las estructuras de mercado basadas en el monopolio o el oligopolio como una modalidad de violación de la libre expresión. Por tanto, el carácter neto y suficiente de la norma internacional prohibitiva de estructuras monopólicas, oligopólicas y de posición de dominio en cualquiera de los mercados del sector de medios de comunicación social, incluida la prensa escrita, resulta de inexcusable **cumplimiento** para el Estado Peruano por lo menos desde 1985.
- 311.) Cabe señalar que conforme a la actual Constitución 1993 (DFyT art. 4) “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. En el caso de la libertad de expresión e información, la Constitución lo reconoce como derecho fundamental en su art. 2, 4), por lo que sus alcances y contenido deben ser interpretados de conformidad con la norma extraída de la referida fuente internacional, particularmente la Convención Americana tantas veces citada. En este sentido, todo cuanto los órganos internacionales de protección de derechos humanos han expresado respecto a los alcances de la libertad de expresión, constituye norma jurídica vinculante para el Estado y los particulares.

312.) La referida norma imperativa que es parte del derecho internacional de derechos humanos a nivel interamericano, y que excluye el control de propiedad en pocas manos sobre los medios de comunicación ha sido ratificada y reiterada en múltiples ocasiones por los organismos del propio Sistema Interamericano como la Corte Interamericana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la OEA, y también es recogida en el mismo sentido por otros organismos del Sistema Universal de protección de derechos humanos, a nivel regional, como las Relatorías Especiales en libertad de expresión de Europa y África, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y a nivel global, como la Relatoría Especial en libertad de expresión de la Organización de Naciones Unidas y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

313.) La urgencia de aplicar dicha norma de derechos humanos es mayor cuando en el contexto geográfico de América Latina y el Caribe (territorio de vigencia de la Convención Americana), según diversos especialistas, la situación de oligopolios y monopolios en medios de comunicación social es especialmente aguda, pues la concentración de los mercados mediáticos es una “tendencia presente desde hace tiempo, que ha sido apenas contrarrestada en la mayoría de los países de la región, lo que ha conducido a que **“el nivel regional de concentración de la propiedad de los medios sea uno de los más elevados del mundo”**,²⁵² realidad que de algún modo es correlativa con la situación social económica de la población, pues “el continente de Latinoamérica y el Caribe es considerado el más desigual del mundo y donde el alcance de la profundización de las brechas sociales aún se desconocen”.²⁵³

²⁵² Becerra y Mastrini.

²⁵³ “La gran disparidad latinoamericana también alcanza al color de piel o la etnia: los afrodescendientes o indígenas tienen más posibilidades de ser pobres y menos de concluir la escuela o lograr un trabajo formal que los blancos. Se trata de la región del mundo que registra mayor desigualdad de ingresos en el informe sobre desarrollo humano 2019 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), divulgado en diciembre. El 10% más rico en América Latina concentra una porción de los ingresos mayor que en cualquier otra región (37%), indicó el informe. Y viceversa: el 40% más pobre recibe la menor parte (13%).

BBC News Mundo, Nueva York: Por qué América Latina es “la región más desigual del planeta”. Artículo de Gerardo Lissardy, 6 febrero 2020. En: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51390621>

v La gran disparidad latinoamericana también alcanza al color de piel o la etnia: los afrodescendientes o indígenas tienen más posibilidades de ser pobres y menos de concluir la escuela o lograr un trabajo formal que los blancos.

Se trata de la región del mundo que registra mayor desigualdad de ingresos en el informe sobre desarrollo humano 2019 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), divulgado en diciembre.

El 10% más rico en América Latina concentra una porción de los ingresos mayor que en cualquier otra región (37%), indicó el informe. Y viceversa: el 40% más pobre recibe la menor parte (13%).

Becerra y Mastrini.

El Estado Peruano INCUMPLIÓ su obligación internacional de garantizar la libertad de expresión. OMISIÓN legislativa y constitucional.

- 314.) En cuanto a la obligación de los Estados de garantizar el cumplimiento de las normas de la Convención Americana, a través de medidas legislativas específicas y concretas que hagan efectiva la protección de la libertad de expresión (art. 1 -2), consideramos que el Perú omitió desde 1978 cumplir el mandato de la Convención que ordenó dictar medidas legislativas de desarrollo en relación a las “vías **indirectas** de violación de la libertad de expresión **producidas mediante controles de los particulares**” (art. 13, CADH).
- 315.) Si bien en 1979, **a nivel constitucional** Perú prohibió el monopolio y el **oligopolio** en los medios de comunicación social, dicha norma careció de efectiva protección debido a que no se dictó ninguna ley de desarrollo. Por el periodo de 1979-1985, el Perú mantuvo la protección a nivel constitucional contra el oligopolio, pero **OMITIÓ** proteger efectivamente la libertad de expresión con medidas legislativas específicas. Incumplió su propio mandato constitucional y el mandato de la Convención Americana.
- 316.) En 1985 la OC 5-85 de la Corte Interamericana interpretó que quedaban prohibidos los oligopolios y monopolios en la economía especial de medios de comunicación social. Por el periodo 1985-1993, el Perú mantuvo la protección a nivel constitucional contra el oligopolio, pero **OMITIÓ** proteger efectivamente la libertad de expresión mediante legislación de desarrollo. Prosiguió el incumplimiento de su propio mandato constitucional y el mandato de la Convención Americana y añadió el incumplimiento del mandato de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.
- 317.) En 1993, **a nivel constitucional** el Perú mantuvo la prohibición del monopolio para el sector de medios de comunicación social, pero derogó la prohibición del **oligopolio** al permitir la posición de dominio y con ello la concentración de mercado y los oligopolios. Con la norma de 1993 el Perú incurrió en objetivo **retroceso** en la protección de la libertad de expresión en los términos de la Convención Americana, además de desacatar el mandato de la Corte Interamericana en 1985.
- 318.) Desde entonces 1993 hasta la fecha 2021 el Perú no protege a nivel constitucional respecto de los oligopolios y a nivel legal continuó su **OMISIÓN** de proteger efectivamente la libertad de expresión mediante medidas legislativas específicas (salvo la ley de 2004 contra el acaparamiento de frecuencias en el mercado de radio y televisión, dejando desprotegidos todos los demás mercados de libre

expresión los cuales siguen sin ninguna ley de desarrollo contra acaparamientos o concentraciones). Por tanto, el Perú prosigue su incumplimiento de mandato de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana tanto a nivel constitucional como a nivel legal.

319.) Si bien en 2019 se dicta una ley de control de concentraciones a nivel de toda la economía, la cual debería aplicarse también a los mercados de medios de comunicaciones, sin embargo, esta ha sido recién reglamentada en 2021 y rige hacia adelante. Por lo tanto, si solo tuviésemos que aplicar la norma nacional, los actos de violación de la libertad de expresión cometidos mediante actos de concentración de mercado anteriores a esa fecha quedarían impunes. En todo caso, consideramos que persiste la OMISIÓN de protección contra oligopolios (posición de dominio o concentración de mercados) **a nivel constitucional.**

320.) A continuación, toda la jurisprudencia internacional que contiene la referida norma imperativa prohibitiva de monopolios, oligopolios y posición de dominio en los medios de comunicación.

9.3.1.- Análisis del juzgado de la jurisprudencia internacional (interamericana y universal) sobre la violación de la libertad de expresión a través de la concentración de la propiedad en los mercados de medios de comunicación: Corte Interamericana, Relatoría Especial de la OEA, Relatorías Especiales en libertad de expresión del mundo, Tribunal Europeo

9.3.1.1- Análisis de la doctrina sobre la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la prohibición de monopolios, oligopolios y concentraciones indebidas en los mercados de prensa.

321.) En diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 2001,²⁵⁴ en todos los Informes Anuales desde 1998 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (de la Comisión Interamericana), en múltiples informes especiales de la propia Comisión Interamericana,²⁵⁵ en las Declaraciones Conjuntas desde 1999 de los Relatores de libertad de expresión de ONU, OEA,

²⁵⁴ Corte Interamericana. Nos referimos a las sentencias a partir del caso Ivcher v. Perú (2001), la Sentencia de 5 febrero 2001, caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, hasta las más recientes de los casos Granier v. Venezuela (2015) y Lagos del Campo v. Perú (2017).

Sin embargo, antes la Corte ya mencionaba a la OC 5-85 como referente de su doctrina; ejemplo, la Opinión Consultiva 7-86 de 29 agosto 1986, caso derecho de rectificación o respuesta (art. 14.1, 1.1., y 2 de la Convención).

²⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 11.740 Víctor Manuel OROPEZA (asesinato de periodista) v. México, Informe N° 130/99 del 19 noviembre 1999. Y más antes, el Caso 10.548 Hugo BUSTIOS SAAVEDRA (asesinato de periodista) v. Perú, Informe N° 38/97 del 16 octubre 1997.

Unión Europea y África, e incluso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre libertad de expresión desde 2002,²⁵⁶ se hace continua mención y adhesión a la **Opinión Consultiva OC 5-85**, de la Corte Interamericana en **1985**, ocasión en que la Corte interpretó el contenido de la libertad de expresión, su doble dimensión y doble titularidad como derecho individual y derecho colectivo, su valor y relación con la democracia y el pluralismo, las restricciones y formas de violación de la expresión por actos de gobiernos y particulares, etc.; asimismo, abordó expresamente el problema de los oligopolios y monopolios en la propiedad de los medios de comunicación tipificándolos como una práctica incompatible con la Convención Americana.

A.- Opinión Consultiva 5-85 de la Corte Interamericana.²⁵⁷

322.) **La libertad de expresión: derecho individual y derecho de la sociedad.** La Corte parte de considerar que el artículo 13²⁵⁸ protege “*el derecho y la libertad de expresar el propio pensamiento*” “*y también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole*”, y por ello es por lo que la libertad de expresión tiene **dos dimensiones** objeto de protección: es un “**derecho de cada individuo**” a “manifestar su pensamiento”, y a la vez es “un **derecho colectivo**” o “social” de todos “**a recibir**

²⁵⁶Tribunal Constitucional peruano. Nos referimos al periodo a partir de la sentencia del caso Caja Rural de 2002, hasta la más reciente del caso Ley de publicidad estatal (2018).

²⁵⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución final de 13 noviembre 1985 en el procedimiento de Opinión Consultiva OC 5-85, “caso de la colegiación obligatoria de periodistas - artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos”. EL procedimiento fue promovido por la solicitud del Gobierno de Costa Rica para que la Corte interprete los artículos 13 y 29 de la Convención en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas en general, y opine sobre la compatibilidad con la Convención de una ley nacional (Ley 4420 de 22 setiembre 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica).

Nota 1. El análisis que el juzgado realizará de la sentencia se circunscribe a los capítulos III (La libertad de pensamiento y de expresión, párrafos 29-52), y cap. IV (Posibles infracciones a la Convención Americana, párrafos 53-85) que tratan de los asuntos pertinentes a nuestro caso.

Nota 2. El juzgado usará el término “fundamento” (fund.) para referirse a cada párrafo de la Opinión.

²⁵⁸CADH Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

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

información” de los demás (fund. 30).²⁵⁹ En cuanto a la **dimensión** de derecho **individual**, la libertad de expresarse (hablar y escribir) es **inseparable o indivisible** de su difusión, por lo que restringir la posibilidad de divulgar también limita la de expresarse (fund. 31).²⁶⁰ En su “**dimensión social**” o colectiva, la libertad de expresión significa que la expresión es un “medio para el **intercambio** de ideas e informaciones” y “para la **comunicación masiva**”; significa “el **derecho de todos a conocer opiniones** y noticias”, o, en otros términos, el derecho “de los ciudadanos” a “conocer la opinión ajena y la información de otros”, tan importante como el derecho de difundir la propia opinión o información (fund. 32).²⁶¹

323.) **La propiedad monopólica sobre los medios viola el derecho de la sociedad a recibir opiniones y noticias plurales.** La libre expresión en su dimensión social tiene un carácter “**masivo**” y de “**intercambio**”. Así como en su dimensión individual el **derecho de cada uno** a comunicar a los otros sus propios puntos de vista marca una relación *desde el individuo* hacia los demás, en su dimensión social la libre expresión como “**derecho de todos a conocer opiniones y noticias**” marca el derecho fundamental en una relación *desde el todos (todos, algunos, uno)* hacia los demás. De este modo, la titularidad de la libertad de expresión se adjudica también a un ser colectivo, común, general, difuso o universal, además de la titularidad individual de cada persona. Así, pues, la libertad de expresión “**debe ser garantizada**” de manera “**simultánea**” sobre las “**dos dimensiones**” (fund. 33),²⁶² de tal forma que no será **admisibles** ni **lícito** el ejercicio de la libertad de expresión en una dimensión que

²⁵⁹OC 5-85 Fund. 30. “La Convención (protege) el derecho y la libertad de expresar (el) propio pensamiento (y) también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. “Cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo se viola también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas. “La libertad de expresión manifiesta dos dimensiones: un derecho de cada individuo, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento (y) un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.

²⁶⁰OC 5-85 Fund. 31. “En su dimensión individual, la libertad de expresión comprende inseparablemente el derecho a hablar o escribir (y) el derecho a difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. “La expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles; una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente un límite al derecho de expresarse libremente”.

²⁶¹OC 5-85 Fund. 32. “En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva. El derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros (.) implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

²⁶²OC 5-85 Fund. 33. “Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”.

signifique la violación de la otra dimensión, ejemplo la “censura previa” y la existencia de “monopolios y oligopolios públicos o privados” sobre los medios de comunicación. Se prohíbe la censura previa, porque el ejercicio de un supuesto derecho colectivo “a que la sociedad esté informada verazmente” no puede sacrificar el derecho individual a expresarse y por ello el Sistema Interamericano le dice “no” al gran censor que en supuesta representación de la colectividad determine qué es veraz y digno de difundirse, y qué no lo es. Y también se prohíbe que una o pocas empresas controlen mayoritariamente el flujo de la información, porque en nombre de ejercer el derecho individual de expresarse para alcanzar el “mayor número de destinatarios” no se puede sacrificar el derecho colectivo a recibir información plural: la empresa informadora entonces no ejerce un derecho sino que lo viola. De estas situaciones la segunda (monopolios y oligopolios) es particularmente gravosa pues al imponer noticias y opiniones de un solo punto de vista quiebra una garantía del **orden público democrático** que requiere la formación de la opinión pública política de los ciudadanos en base a la mayor pluralidad de fuentes informativas (cf.: fund. 69, 70, 75, 77, 78, 79, 81, 84).²⁶³

324.) Cabe resaltar que es a partir de *cómo debe garantizarse* la libertad de expresión que la Corte ha confrontado directamente la

²⁶³OC 5-85 Fund. 69. “(...) El concepto de orden público reclama, en una sociedad democrática, que se garantice las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”; “Interesa al orden público democrático que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”.

Fund. 70. “La libertad de expresión (...) es indispensable para la formación de la opinión pública (...) para que la comunidad a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende (...), una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”

Fund. 75. “*Tener* en cuenta que la libertad de expresión comprende dar y recibir información y tiene una doble dimensión, individual y colectiva”. “Sin desconocer que un gremio tiene derecho de buscar las mejores condiciones de trabajo, esto no tiene por qué hacerse cerrando a la sociedad posibles fuentes de donde obtener información”.

Fund. 77. “El bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece”. *No se puede* “desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto. Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad”.

Fund. 78. “La libre circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información y del respeto a los medios de comunicación”.

Fund. 79. “La libertad e independencia de los periodistas es un bien que es preciso proteger y garantizar (pero) es perfectamente concebible establecer un estatuto que proteja la libertad e independencia de todos aquellos que ejerzan el periodismo, sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad”.

Fund. 81. “No es compatible con la Convención una ley (...) violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas”.

Fund. 84. “Este régimen (legal) contradice la Convención por cuanto impone una restricción no justificada (...) a la libertad de pensamiento y expresión como derecho que corresponde a todo ser humano; y, además, porque restringe también indebidamente el derecho de la colectividad en general de recibir sin trabas información de cualquier fuente”.

concentración de la propiedad de los medios de comunicación,²⁶⁴ lo que tendrá implicancia respecto de la responsabilidad internacional de los Estados cuando sus marcos legislativos en los hechos **permiten** (porque no los prohíben) la propiedad monopólica u oligopólica en los mercados de medios y con ello incumplen su deber de garantizar el derecho.

325.) **La propiedad monopólica es totalitaria y uniformizadora.** La razón por la que el sistema interamericano le adjudica al monopolio mediático una función negativa contra la libre expresión se debe a que toda propiedad monopolística en los mercados de comunicación **busca “moldear la opinión pública según un solo punto de vista”**. Este efecto amplía el significado de la dimensión colectiva o social de la libertad de expresión y ahora es **“el derecho de la sociedad de recibir noticias”** provenientes **“de distintos puntos de vista”**. La aspiración totalitaria y uniformizadora de “moldear la opinión pública con un solo punto de vista” se presenta como un carácter intrínseco del monopolio mediático, sea de propiedad estatal o privada; es la consecuencia objetiva e inevitable de todo monopolio sobre la calidad de la libertad de expresión. Así, si **el propietario de la empresa** monopolística de comunicación invoca que ejerce el derecho individual a “difundir informaciones” “por cualquier procedimiento” y para “llegar al mayor número de destinatarios”, su supuesta legitimidad de inicio queda *en los hechos* desvirtuada, porque conlleva impedir que la sociedad reciba informaciones **plurales**, diferentes, disímiles.²⁶⁵ La **propiedad** sobre los medios de comunicación resulta entonces en un factor determinante para que dichos medios sirvan o no a los fines de la libertad de expresión; y si la propiedad es monopolística (u oligopolística, como veremos enseguida) significará un desvalor a tomar en cuenta en cualquier juicio jurídico sobre afectaciones a la libre expresión.

²⁶⁴Conforme a los tratados, en principio, son los Estados los que asumen la obligación de respetar y garantizar los derechos allí reconocidos.

Convención Americana. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación (...).

²⁶⁵Al impedir que la sociedad reciba información de varios puntos de vista, el monopolio produce los siguientes resultados:

Impide “el intercambio de ideas”, porque solo habría una sola fuente y no un intercambio propiamente dicho;

Impide la “comunicación entre” los individuos, pues solo habría comunicación desde el monopolio a los demás, y no viceversa;

Impide que “cada uno comunique a los otros sus puntos de vista”, porque solo permite a uno (el propietario monopolístico) comunicar a los demás y no de vuelta;

Impide a la comunidad recibir informaciones de origen “plural y diverso”, como la corte añadirá enseguida (OC 5-85, cf. fund. 34, que “la pluralidad de medios es indispensable”) y reiterará después (fund. 78, que “sin pluralidad de fuentes” la “libre circulación de ideas y noticias es inconcebible”).

326.) **La propiedad en los mercados de medios está condicionada a los fines de la libertad de expresión: mayor pluralidad de agentes y menor concentración del poder de mercado.** Para ser compatibles con el derecho a la libre circulación de noticias y pensamientos los medios de comunicación y sus empresas propietarias deben **condicionarse** a las exigencias de dicha libertad y por tanto los dueños de los medios no podrán ejercer de manera ilimitada sus atributos de propietario, *como si estuviesen en otro sector económico cualquiera*. Si el rol de los medios es para **“materializar el ejercicio de la libertad de expresión”**, entonces su **“funcionamiento debe adecuarse a los requerimientos de esa libertad”**, lo que les impone diversas obligaciones:

-Estar “abiertos a todos sin discriminación”.

-Garantizar que no haya “individuos o grupos excluidos del acceso a los medios”.

-Sobre todo, funcionar con **“pluralidad de medios”**, con **“prohibición del monopolio, en cualquiera de sus formas”**, y con garantía de “la libertad e independencia de los periodistas”.

Caso contrario, los medios ya no serán “instrumentos de la libertad de expresión”, sino se habrán convertido “en la práctica” en “vehículos para restringirla” (fund. 34).²⁶⁶

327.) Resulta notorio que se trate a los medios de comunicación como órganos de **poder**; de hecho, se les exige **garantizar** el ejercicio de la Libertad de expresión de los ciudadanos cual, si el Tribunal se estuviese dirigiendo al Estado, el poder por antonomasia. Esto significa un claro reconocimiento por parte del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos de que muchos medios de comunicación, en tanto industrias o consorcios empresariales basados en la acumulación y el crecimiento del capital, han adquirido, *de hecho*, el carácter de órganos de poder fáctico contralibertario. Ejemplo de ello son los casos en que se reportan “manipulaciones sobre la verdad de los sucesos como producto de decisiones adoptadas por algunos medios de comunicación estatales o privados” (fund. 62, 78).²⁶⁷

²⁶⁶OC 5-85 Fund. 34. “Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. “Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. “Para ello es indispensable, entre otros, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.

²⁶⁷OC 5-85. Fund. 78. “(...) No basta que se garantice el derecho de fundar o dirigir órganos de opinión pública, sino que es necesario también que los periodistas y, en general, todos aquellos que se dedican profesionalmente a la comunicación social, puedan trabajar con protección suficiente para la libertad e independencia que requiere este oficio. Se trata, pues, de un argumento fundado en un interés legítimo de los periodistas y de la colectividad

- 328.) Así, pues, debido a que en el núcleo de toda empresa mediática monopólica radica el objetivo de “moldear la opinión pública según un solo punto de vista”, el Sistema Interamericano advierte a todas las empresas propietarias de medios de información de lo que **nunca** deben aspirar legítimamente: **convertirse en monopolio** “*en cualquiera de sus formas*”.
- 329.) En este punto, se ha aumentado la exigencia a las condiciones de funcionamiento de las industrias mediáticas y ya no será suficiente que las empresas descarten alcanzar el grado típico del monopolio.²⁶⁸ También deben descartar convertirse en “**cualquier forma** que el monopolio pretenda adoptar”. Cuál sea esa *otra forma empresarial* que adopte el monopolio se dirá enseguida al referirse al **oligopolio**.²⁶⁹ Esto tiene relación directa con el otro elemento de interpretación que introduce la corte para completar el sentido de la dimensión colectiva o social de la Libre expresión, y que es la exigencia de “**pluralidad de los medios**”. Así, pues, ni monopolio típico (una empresa dueña de todos los diarios, una empresa propietaria de todos los canales televisivos, una empresa titular de todas las radioemisoras) ni *monopolio en otra de sus formas* con pocos ofertantes de información; sí pluralidad y, sobre todo, la mayor cantidad de agentes o empresas informativas.
- 330.) Queda descartado entonces que, por ejemplo, un mercado de medios tenga solo dos o tres agentes económicos, lo que si bien podría considerarse una pluralidad nominal o matemática (al fin de cuentas plural es igual a dos o más), nada tiene que ver con el verdadero alcance de la pluralidad en su significado social²⁷⁰. Por tanto, la condición de pluralismo solo se entenderá cumplida, por un

en general, tanto más cuanto son posibles e, incluso, conocidas las manipulaciones sobre la verdad de los sucesos como producto de decisiones adoptadas por algunos medios de comunicación estatales o privados”.

Asimismo, la corte recogió la posición de los gremios periodísticos ante los grupos de poder mediático:

OC 5-85, Fund. 62. “Colegio de Periodistas de Costa Rica: “El rechazo a la colegiación obligatoria equivaldría a facilitar los objetivos de quienes abren medios de comunicación en América Latina, no para el servicio de la sociedad sino para defender intereses personales y de pequeños grupos de poder. Ellos preferirían continuar con un control absoluto de todo el proceso de comunicación social, incluido el trabajo de personas en función de periodistas, que muestren ser incondicionales a esos mismos intereses”.

“Federación Latinoamericana de Periodistas: “Nuestros gremios han venido enfatizando la necesidad de democratizar el flujo informativo en la relación emisor-receptor para que la ciudadanía tenga acceso y reciba una información veraz y oportuna, lucha esta que ha encontrado su principal traba en el egoísmo y ventajismo empresarial de los medios de comunicación social”.

²⁶⁸ Monopolio formal, nominal o típico, un agente económico que domina el 100 por ciento de todo un mercado, sin dejar ninguna porción de participación para otro agente, por pequeña que fuera: el monopolio es todo o no es monopolio).

²⁶⁹ Oligopolio: mercado repartido en un reducido grupo de agentes económicos (pocos ofertantes, pocas empresas, pocos propietarios que dominan y controlan un mercado de medios)

OC 5-85, cf. Fund. 56. “Monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación (.) establecen en la práctica “medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

²⁷⁰ DRAE. **Pluralidad**: Multitud, número grande de algunas cosas, o el mayor número de ellas.

Pluralismo: Sistema por el cual se acepta o reconoce la pluralidad de doctrinas o posiciones.

lado, si existe una gran cantidad de fuentes, empresas, medios informativos.

331.) Pero por otro lado, *aun si existieran muchos medios y empresas mediáticas*, la libertad de expresión exige que entre ellas una o dos o tres de las empresas no tengan un altísimo dominio o control sobre las audiencias o lectores o televidentes, haciendo que los restantes medios de comunicación queden reducidos a exiguas e irrelevantes participaciones. No habrá pluralismo real, por tanto, si existe una notoria desproporción en las participaciones en los mercados. De no existir un pluralismo real o sustancial, estaremos en una situación de **ilegítima restricción** contra la libertad de expresión, pues si las noticias y pensamientos recibidos por la inmensa mayoría de la sociedad provienen de solo dos o tres o cuatro empresas de comunicaciones se impide una condición “indispensable” para el disfrute óptimo de la libertad en cabeza del *titular colectivo que es toda la sociedad*, cual es que dichas noticias y opiniones procedan de los más diversos y distintos puntos de vista.

332.) **El monopolio y el oligopolio en la propiedad de medios como formas de restricción de la libertad de expresión y trasgresión al orden público democrático.** La propiedad monopólica y oligopólica sobre los medios de comunicación es calificada también como ejemplo de “restricción a la libertad de expresión contraria a la Convención” (fund. 35),²⁷¹ que no tiene justificación jurídica, pues además de no servir al orden público democrático, al contrario, lo afectan severamente al reducir la posibilidad de una opinión pública diversa y plural, que es base para la democracia.²⁷² Al respecto, la

²⁷¹O, como se dijo en el fund. 34, las empresas de medios que funcionan como monopolios y sin pluralidad en realidad son “vehículos para restringir” la libre expresión. En el Fund. 35, la corte señala: “lo anterior no significa que toda restricción a los medios de comunicación o, en general, a la libertad de expresarse, sea necesariamente contraria a la Convención”, y enseguida inicia las llamadas “restricciones legítimas”, “propias” o “conforme a la Convención” en los términos del artículo 13.2, numeral este que “envuelve una restricción a la libertad de expresión”, “en el sentido de conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión”.

²⁷²¿Es posible que los Estados impongan restricciones a la libertad de expresión conformes a la Convención Americana? Sí, y la corte precisa que el propio tratado ha delimitado las causales para asegurar la legitimidad de dichas restricciones. Sin embargo, no debe olvidarse que el contexto en que dichas restricciones pueden admitirse es la necesidad, entre otros, de asegurar el orden público democrático.

Los Estados pueden establecer restricciones “legítimas” o “propias” a la libertad de expresión y compatibles con la Convención, a través de la llamada **responsabilidad ulterior** en la que puede incurrir un comunicador cuando haga ejercicio abusivo de la libertad de expresión. Sin embargo, una restricción legítima basada en dicha causal debe cumplir determinados requisitos de forma y condiciones de fondo: que las causales de responsabilidad se hayan indicado previamente en la ley de manera taxativa, y que solo sirvan para atender un fin legítimo y necesario que “asegure a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (OC 5-85, cf. Fund. 35-40).

-Es en este contexto que la corte aborda el contexto de la democracia como razón de cualquier restricción legítima a la libertad de expresión (fund. 41-46). En otra parte de la Consulta (fund. 64-64) la corte situará la democracia como componente del orden público en los términos del art. 13.2 (que las restricciones solo se admiten si son necesarias para asegurar, entre otros, “el orden público”). Fund. 64. “una acepción posible del orden público hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las

corte recuerda que la Convención es el pacto internacional más generoso en proteger la libertad de expresión (fund. 50),²⁷³ al establecer diversas “disposiciones que representan **el contexto** dentro del cual se deben interpretar las restricciones permitidas”, y dicho contexto es si tales restricciones “aseguran objetivos y necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas”²⁷⁴ (fund. 41, 42, 44), o si “se justifican en objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho” (fund. 46).²⁷⁵

instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, lo que podría justificar restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público”.

²⁷³OC 5-85, Fund. 50. “El análisis anterior del artículo 13 evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”.

-La corte realiza un examen comparativo entre el art. 13 de la Convención, el art. 10 de la Convención Europea y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (fund. 41-45).

La corte pone de relieve que solo el pacto americano contiene la protección contra las violaciones indirectas incluso a manos de particulares (fund. 47, 48), a diferencia de los otros tratados que no contemplan este tipo de protección.

²⁷⁴La Corte remarca que los objetivos de la defensa de la democracia como criterio de interpretación para considerar si una restricción a la libertad de expresión es válida o legítima han sido establecidos en el propio tratado americano (a diferencia de la Convención Europea o el Pacto PIDCP de la ONU), además de estar contenidos en normas constituyentes de la organización panamericana. Cf.: Convención, art. 29 c, d, art. 32.2 y Preámbulo, y Declaración Americana, art. XXVIII, donde se lee la aspiración de los Estados de la OEA, entre otros, de construir y obtener “instituciones democráticas”, “la democracia representativa”, “el bien común en una sociedad democrática”, “el bienestar general y el desenvolvimiento democrático”, etc. (OC 5-85, cf. fund. 41, 42, 44).

-Cabe destacar que la Corte expone aquí una importante regla para la aplicación e interpretación de derechos fundamentales: Si resultan aplicables a un caso concreto dos normas, se optará por la que favorece más a la persona:

OC 5-85, Fund. 52. “(...) Se deduce claramente del artículo 29 de la Convención (...) que, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”.

El texto del artículo 29 de la Convención es el siguiente:

CADH Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

²⁷⁵OC 5-85, Fund. 46. “(...) “La “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo.

“Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. “Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13.

333.) Así, pues, la libertad de expresión constituye parte del **orden público de la democracia** y base para la formación de la opinión política de los ciudadanos, lo que exige el mayor pluralismo en los medios y la mayor circulación de ideas e informaciones; esto conlleva la necesidad de la menor concentración del poder de las empresas mediáticas (estatales o particulares) sobre el control del flujo informativo y de opiniones:

“El derecho de todos a estar bien informados (es) una de las condiciones básicas de una sociedad democrática” (fund. 54),

“El orden público democrático” exige “las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones” y “el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad” (fund. 69),

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática y es indispensable para la formación de la opinión pública”, “una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre” (fund. 54, 69, 70, 76).²⁷⁶

334.) De lo hasta aquí expuesto, se evidencia que tenemos dos situaciones antagónicas, dos bienes contrapuestos respecto al poder y al control social sobre la libertad de expresión. Por un lado, si la democracia constituye efectivo autogobierno de los ciudadanos para determinar su futuro y controlar a sus gobernantes, entonces son los ciudadanos quienes deben tener el mayor control y poder posible. Pero si, por otro lado, la opinión pública concretizada en los medios de comunicación radica en pocas manos, en pocas empresas propietarias (el colmo es que sea una), entonces los titulares del control y poder de la opinión pública serán esos pocos propietarios y no los ciudadanos: esto es jurídicamente inadmisibile.

“Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (The Sunday Times case, supra, párr. 62, pág. 38; ver también European Court of Human Rights, Barthold judgment of 25 March 1985, Series A, número 90, párr. 59, pág. 26)”.

²⁷⁶ OC 5-85, Fund. 54: “(Una) violación radical del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados (...) afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática”;

Fund. 69: “El (.) concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse” “En este sentido, la Corte adhiere a las ideas expuestas por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, señaló: que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocos con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino... establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideales, libertad y régimen de derecho. (“Austria vs. Italy”, Application No.788/60, European Yearbook of Human Rights, vol.4, 1961, pág. 138)”.

Fund. 70: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *condición indispensable* (“conditio sine qua non”) para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.

Fund. 76. “Limitar de modo permanente (.) el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención (.) infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta”.

Monopolios y oligopolios en la propiedad de medios, un ejemplo de violación de la libertad de expresión por vía indirecta cometida por empresas particulares.

335.) Los monopolios y oligopolios pueden tipificarse también como violaciones a la libertad de expresión producidas por “vías indirectas”.

336.) Como está previsto en el artículo 13.3. de la Convención se afecta también la libertad de expresión cuando en la realidad se usa “cualquier medio” que esté “encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (fund. 47).²⁷⁷

La Convención prohíbe las violaciones indirectas que vienen del gobierno (“*restricciones gubernamentales indirectas*”) o que vienen de grupos, empresas o personas particulares (“*controles particulares que produzcan el mismo resultado*”), pero igual advierte que existirá responsabilidad del Estado cuando se produzcan las afectaciones a la libertad de expresión cometidas por los particulares, pudiendo evitarlas. La corte precisa:

El Estado será responsable por “no haber asegurado *de que la violación no resulte de los "controles... particulares"*”, esto es por prácticas de individuos distintos a los gobiernos (fund. 48).²⁷⁸

En virtud del artículo 1.1. de la Convención, los Estados han asumido la obligación de “*respetar*” y “*garantizar*” el ejercicio de todas las libertades fundamentales para sus ciudadanos, y son responsables por todo tipo de restricciones sobre la libertad que se produzca en sus territorios, incluidas las restricciones por vías indirectas, sea porque los propios órganos públicos imponen restricciones indirectas, o sea porque algún grupo privado o particular produzca restricciones sobre la libertad de expresión o imponga cualquier otro **control**: en este

²⁷⁷Convención, art. 13.3. “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

OC 5-85 Fund. 47. “(...) El artículo 13.3 *es* el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante “vías o medios indirectos... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Ni la Convención Europea ni el Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos) contienen una disposición comparable (...)”

La corte resalta, pues, que la garantía de proteger contra violaciones indirectas, incluso por violaciones cometidas por los particulares, solo se encuentra en este tratado (cf. fund. 47), lo que demuestra el alto valor que la libertad de expresión tiene para el orden público panamericano (cf. fund. 50).

²⁷⁸OC 5-85 Fund. 48. “El artículo 13.3 no sólo trata de las restricciones gubernamentales indirectas, sino que también prohíbe expresamente “controles... particulares” que produzcan el mismo resultado. Esta disposición debe leerse junto con el artículo 1.1 de la Convención, donde los Estados Parte “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención... y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...” Por ello, la violación de la Convención en este ámbito puede ser producto no sólo de que el Estado imponga por sí mismo restricciones encaminadas a impedir indirectamente “la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”, sino también de que no se haya asegurado de que la violación no resulte de los “controles... particulares” mencionados en el párrafo 3 del artículo 13.

último caso el Estado es responsable por **no haber garantizado (asegurado)** la libertad.

337.) Y aunque en la Opinión no se explicita el siguiente punto, el juzgado advierte que si bien el artículo 13.3 contiene una lista de conductas tipificadas expresamente como “vías o medios indirectos” que violan la libertad de expresión: “**control de papel** para periódicos”, “**control de frecuencias** radioeléctricas” y “**control de enseres y aparatos** usados en la difusión de información”, es evidente que no son las únicas formas de violaciones indirectas. Sin duda se trata de una lista solo **enunciativa**, pues la norma de protección ha buscado reprimir la mayor cantidad de conductas que en la vida práctica se “encaminen a impedir” la libre difusión de noticias e ideas, y por ello ha empleado la fórmula de prohibir no solo las referidas situaciones típicas sino “**cualesquiera otros medios** encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. En tal sentido, el juez tiene la atribución de calificar una determinada situación de hecho como objetivamente violatoria por vía indirecta de la libertad de expresión si al juzgar el caso concreto encuentra que un particular (una empresa mediática, por ejemplo) ejerce un “control” que produzca el resultado de impedir la circulación de ideas y opiniones conforme a la interpretación anterior, esto es si se impide que la sociedad pueda recibir informaciones y opiniones de la mayor cantidad de puntos de vista.²⁷⁹

²⁷⁹ Así, pues, sobre esta base, la Corte Interamericana señalará enseguida (cf. Fund. 56) que la existencia de empresas que como monopolio u oligopolio dominen cualquier mercado de medios será una de esas “vías indirectas” violatorias de la libertad de expresión. Lo hará en el marco de los fund. 53-37, en que se expone una especie de clasificación de las violaciones del artículo 13, donde unas equivalen a la “supresión radical o violación radical” de la libertad de expresión y pensamiento, y otras equivalen a “restricciones más allá de lo legítimamente permitido” (fund. 53).

OC 5-85 Fund. 53. “*Las infracciones al artículo 13 pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o sólo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido*”.

Así, como ejemplos del primer tipo de violaciones coloca a las acciones de gobierno que imponen la censura previa, el secuestro y prohibición de publicaciones (fund. 54)

OC 5-85 Fund. 54. “*En verdad no toda transgresión al artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental. En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática*”. (...)

Respecto de las “restricciones ilegítimas” contra la libertad de expresión, la corte señala que son cualquier acción que limita el derecho “en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la Convención”. Entre dichas acciones, en primer lugar, la corte señala que pueden ser distintos actos de los gobiernos (fund. 55)

OC 5-85 Fund. 55. “*(...) También resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno*”.

De inmediato la Corte señalará que otra de esas acciones calificadas de “restricciones ilegítimas” será la producida por “controles particulares” a través de la propiedad monopólica u oligopólica, la que además

338.) La Corte, ahora sí de manera explícita, señala que uno de esos “**otros medios cualesquiera**”, uno de esos “**controles particulares**” que significan “**vías o medios indirectos**” violatorios de la libertad de expresión, es la existencia de “**monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación**” (fund. 56).²⁸⁰ Las razones?

-Toda empresa monopólica o que forma parte de un grupo de empresas oligopólicas “en la práctica establece medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”;

-Todo “control particular” (o gubernamental) que busca “**moldear la opinión pública según un solo punto de vista**” o según un reducido número de puntos de vista resulta una forma de “restricciones ilegítimas” y no autorizados por la Convención (fund. 57),²⁸¹

-Monopolio u oligopolio son prácticas que estructuralmente impiden la dimensión colectiva o social de esta libertad, por lo que la corte ha decretado que son “**ilícitas e inadmisibles**” en el ordenamiento jurídico panamericano (cf. Fund. 32-34).

339.) **Conclusión del juzgado sobre la OC 5-85.** En su primera jurisprudencia en materia de libertad de expresión (OC 5 de 1985) de hace 30 años, la Corte Interamericana estableció que desde el punto de vista jurídico del derecho internacional de los derechos humanos - Convención Americana las empresas monopólicas y oligopólicas *en cualquiera de sus formas*, eran prácticas prohibidas por la norma internacional que protege la libertad de expresión. Sobre esa base, puede afirmarse que no es posible jurídicamente a las empresas que participan en los mercados de medios de comunicación invocar la libertad de empresa o libre competencia para alcanzar una alta participación o poder de mercado, debido a que toda forma de concentración de poder de mercado en los medios de comunicación afecta directamente la necesidad de la mayor pluralidad informativa, independientemente de si afecta o no la libertad de competencia. Finalmente, los Estados suscriptores de la Convención resultan responsables internacionalmente al haber permitido la subsistencia de dichas modalidades empresariales, al no haber dictado leyes para evitar dichas concentraciones, o por haber dictado leyes que las han propiciado: son responsables por no garantizar o asegurar la libertad de expresión ante esa forma de violaciones indirectas.

constituye una de las “vías o medios indirectos” de violación de la libertad, según refiere el art. 13.3 de la Convención.

²⁸⁰ OC 5-85 Fund. 56. “Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica “medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

²⁸¹OC 5-85 Fund. 57. “Como ha quedado dicho en los párrafos precedentes una restricción a la libertad de expresión puede ser o no violatoria de la Convención, según se ajuste o no a los términos en que dichas restricciones están autorizadas por el artículo 13.2”.

B.- Sentencias de la Corte Interamericana desde el caso Ivcher de 2001 hasta los casos Granier de 2015 y Lagos de 2017

- 340.) Como señalamos arriba, las sentencias de la Corte desde 2001 ratifican la doctrina de la OC 5-85²⁸² de que la existencia de oligopolios y monopolios en la propiedad de los medios de comunicación y prensa es incompatible con la Convención. Debido a la importancia que las sentencias del máximo Tribunal Interamericano de derechos humanos reviste para la comprensión de las libertades fundamentales reconocidas en la Convención, el juzgado pasa a exponer su **análisis** de dichas sentencias, destacando los temas relevantes.
- 341.) El juzgado advierte que en la Consulta de 1985 la Corte, por un lado, claramente estipuló la existencia de monopolios y oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación como situaciones objetivamente proscritas para libertad de expresión, y, por otro lado, recordó la obligación de los Estados de garantizar el derecho reconocido en la Convención (artículo 1), ante prácticas violatorias de la libre expresión (como por ejemplo los monopolios y oligopolios). Y aun cuando dicha obligación de garantía en si misma obliga a los Estados a disponer, de suyo propio, las medidas concretas, por ejemplo disponiendo la aprobación de leyes o de acuerdos administrativos o reglamentarios con el fin de viabilizar dicha garantía, lo cierto es que a través de las sentencias que pasamos a analizar la Corte reiteradamente les recuerda a los Estados que tienen la obligación inexcusable de hacer efectiva su obligación de garantía, por ejemplo, a través de adoptar medidas legislativas en los términos del artículo 2 de la Convención.²⁸³
- 342.) Así, pues, en cuanto al Estado Peruano por lo menos se demuestra que respecto de la prohibición de consentir **mercados concentrados, oligopolios y monopolios**, en el periodo 1985-1993 incumplió su

²⁸²En esta sección analizaremos las Sentencias de los casos Ivcher vs. Perú de 2001, Herrera Ulloa vs. Costa Rica de 2004, Ricardo Canese vs. Paraguay, de 2004, Kimel vs. Argentina, de 2008, Ríos y otros vs. Venezuela, de 2009, Granier y otros (Radio Caracas Televisión RCTV) vs. Venezuela de 2015, Lagos del Campo vs. Perú, de 2017.

²⁸³Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 2. “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

En rigor, cabe mencionar que la OC 5-85 contenía una breve mención al artículo 2 de la Convención, en el voto singular del juez Pedro Nikken (fund. 12), quien señaló el valor de las consultas ante la Corte como alternativa al procedimiento contencioso, pues ellas contribuyen a que “los Estados Partes ... puedan, en cuanto sea necesario y en cumplimiento del artículo 2 de la Convención, adoptar “medidas legislativas o de otro carácter” para adecuar la regulación” de tal o cual situación problemática relacionada con alguno de los derechos reconocidos en la Convención, y en el caso de la libertad de prensa, el juez Nikken recordó que las medidas legislativas de los Estados habrían de garantizar siempre “el derecho de toda persona de buscar, recibir y difundir” y “el derecho de la sociedad a recibir información de toda fuente”.

obligación de adoptar medidas legislativas concretas, puesto que si bien el oligopolio (por la regla general del art. 133 de la Const. 1979) y el monopolio (tanto por dicha regla general como por la regla especial del art. 134) estaban regulados en la constitución, lo cierto es que nunca se dictó una ley de desarrollo sobre dicha materia para todos los medios de comunicación social.

343.) Entre las directrices jurisprudenciales de la Corte sobre las obligaciones de los Estados y los propios medios de comunicación para garantizar el pluralismo informativo destacamos las siguientes:

-Los Estados están obligados en garantizar el pluralismo a través del equilibrio en el flujo de informaciones, deben “minimizar las restricciones a la circulación de la información” y modificar las condiciones estructurales del funcionamiento de los medios, que impiden la expresión equitativa de las ideas, todo ello para asegurar los distintos puntos de vista en el debate público y la equidad del flujo informativo (**caso Kimel vs. Argentina, 284**),

-Los medios de comunicación tienen la obligación de recoger los más distintos puntos de vista, con el fin de consolidar la democracia, (caso **Ivcher Bronstein vs. Perú, 285**) para evitar que los sistemas autoritarios arraiguen en la sociedad (caso **Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004), 286**),

-Los Estados y las empresas están obligadas a brindar protección a la independencia de los periodistas como garantía del debate público pues son ellos los que mantienen informada a la sociedad y

²⁸⁴Sentencia del 02 mayo 2008, Caso Kimel vs. Argentina.

Fund. 57: “Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas (51)”. Nota a pie 51: “*El Tribunal ha señalado que “es indispensable [...] la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto a ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar”.* Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, párr. 34.

El criterio del fund. 57 del caso Kimel se mantendrá constante en otras sentencias como caso Tristán Donoso Vs. Panamá de 27 enero 2009, párr. 113; caso Ríos y otros Vs. Venezuela, de 28 enero 2009, párr. 106; caso Perozo y otros Vs. Venezuela, de 28 enero 2009, párr. 117; caso Granier de 2015; etc.

²⁸⁵Sentencia del 06 febrero 2001, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.

Fund. 149: La importancia de este derecho (libertad de expresión) destaca aún más al analizar el papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones.

²⁸⁶Sentencia del 02 julio 2004, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

Fund. 116: “Existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”.

garantizan que los medios cumplan el derecho colectivo o social de la libertad de expresión (caso **Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004**),²⁸⁷

- Los medios de comunicación tienen una decisiva importancia en los periodos electorales pues determinan la formación política de los ciudadanos y el control de los futuros gobernantes a ser elegidos (caso **Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004**),²⁸⁸
- Además de abstenerse de violar la libertad de expresión con actos propios de gobierno, los Estados están obligados en adoptar las medidas legislativas necesarias para proteger los derechos y prevenir su violación por actos realizados por particulares, dentro del deber estatal de **garantizar** los derechos (caso **Ríos y otros vs. Venezuela, 2009**);²⁸⁹
- Los Estados están obligados a determinar si determinadas acciones u omisiones producidas en el ámbito privado (por ejemplo, contratos empresariales o contratos laborales) “acarrear consecuencias a los derechos fundamentales”; por ello están obligados a “corregir la vulneración de los derechos afectados, y brindarles adecuada protección” (caso **Lagos del Campo vs. Perú, 2017**).²⁹⁰

²⁸⁷Caso Herrera, Fund. 117: “Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (...)”. Fund. 118: “Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión (...)”. Fund. 119: “En este sentido, la Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca”.

²⁸⁸Sentencia del 31 agosto 2004, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.
Fund. 88: “(...) En el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión”.

²⁸⁹Sentencia del 28 enero 2009, Caso Ríos y otros vs. Venezuela.
Fund. 107: El ejercicio efectivo de la libertad de expresión implica la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan. Es posible que esa libertad se vea ilegítimamente restringida por actos normativos o administrativos del Estado o por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan o intenten ejercerla, por actos u omisiones de agentes estatales o de particulares. En el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación, así como, en su caso, investigar hechos que los perjudiquen”.

²⁹⁰Sentencia del 31 agosto 2017, Caso Lagos del Campo vs. Perú.
Fund. 90. “(...) La Corte ha sostenido que la libertad de expresión es indispensable para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática. “Es también conditio sine qua non para que [...] los sindicatos [...] y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente” (116: OC 5, f.70; Granier, f.22). Fund. 91. En este sentido, la libertad de expresión resulta una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores, a fin de proteger sus derechos laborales, mejorar sus condiciones e intereses legítimos, puesto que sin este derecho dichas organizaciones carecerían de eficacia y razón de ser (117: TEDH, 1994).

-Los estados están obligados en adoptar “medidas positivas de protección”, o medidas legislativas ante la existencia de “oligopolios y monopolios” en la propiedad de los medios de comunicación (caso **Lagos del Campo vs. Perú, 2017**).²⁹¹

-La libertad de expresión tiene una decisiva importancia para la protección de otros derechos sociales como los derechos laborales y la eficacia de los sindicatos (caso **Lagos del Campo vs. Perú, 2017**).²⁹²

-Dada la importancia del pluralismo para asegurar el debate de las ideas entre todos los sectores de la sociedad, sin discriminación alguna,²⁹³ y debido a que para “el pluralismo de ideas en los medios” la pluralidad en la cantidad de medios de comunicación es una condición necesaria pero insuficiente,²⁹⁴ el Estado está obligado a “**minimizar las restricciones a la información**”, a “**impulsar el**

²⁹¹Sentencia del 31 agosto 2017, Caso Lagos del Campo vs. Perú.

Fund. 90. “(...) La Corte ha sostenido que la libertad de expresión es indispensable para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática. “Es también conditio sine qua non para que [...] los sindicatos [...] y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente” (116: OC 5, f.70; Granier, f.22). Fund. 91. En este sentido, la libertad de expresión resulta una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores, a fin de proteger sus derechos laborales, mejorar sus condiciones e intereses legítimos, puesto que sin este derecho dichas organizaciones carecerían de eficacia y razón de ser (117: TEDH, 1994).

²⁹²Sentencia del 31 agosto 2017, Caso Lagos del Campo vs. Perú.

Fund. 90. “(...) La Corte ha sostenido que la libertad de expresión es indispensable para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática. “Es también conditio sine qua non para que [...] los sindicatos [...] y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente” (116: OC 5, f.70; Granier, f.22). Fund. 91. En este sentido, la libertad de expresión resulta una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores, a fin de proteger sus derechos laborales, mejorar sus condiciones e intereses legítimos, puesto que sin este derecho dichas organizaciones carecerían de eficacia y razón de ser (117: TEDH, 1994).

²⁹³Sentencia del 22 junio 2015, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela.

Fund. 140. “(...) La libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática” (196: OC 5, f. 70) (...) Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios (198: Herrera, f.116) (...)”.

Fund. 141. “El Tribunal desde sus inicios ha resaltado la importancia del pluralismo en el marco del ejercicio del derecho a la libertad de expresión (...)”.

Fund. 142. “(...) La pluralidad de medios o informativa (201: OC 5, f.34) constituye una efectiva garantía de la libertad de expresión (202: Herrera, f. 116), existiendo un deber del Estado de proteger y garantizar este supuesto, en virtud del artículo 1.1 de la Convención, por medio, tanto de la minimización de restricciones a la información, como por medio de propender por el equilibrio en la participación (203: Kimel, f.57), al permitir que los medios estén abiertos a todos sin discriminación (204: OC 5, f.34), puesto que se busca que “no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos” (205: OC, f.34). Asimismo, el Tribunal ha afirmado que los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (206: Ivcher, f.149)”.

²⁹⁴Caso Granier, fund. 170. “(...) Con relación al pluralismo de medios, la Corte recuerda que los ciudadanos de un país tienen el derecho a acceder a la información y a las ideas desde una diversidad de posturas, la cual debe ser garantizada en los diversos niveles (258), tales como los tipos de medios de comunicación, las fuentes y el contenido. (...) La Corte resalta que el pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura. (...)”.

pluralismo informativo” y a “**proteger a** quienes enfrentan el poder de los medios”,²⁹⁵ para lo cual deben adoptar “**leyes y políticas públicas que garanticen el pluralismo** de medios o informativo en las distintas áreas comunicacionales”, incluida la **prensa** escrita,²⁹⁶ y todo aquello que posibilite a los ciudadanos “**acceder** efectivamente a **diversas posturas** en noticias y opiniones” y descartar una única o pocas visiones o posiciones, “en los diversos niveles y tipos de medios de comunicación, de fuentes y de contenido” (caso **Granier y Radio Caracas Televisión vs. Venezuela 2015**),

-Las empresas mediáticas están obligadas en adecuar su funcionamiento “a los requerimientos de la libertad de expresión”, por lo que deberán recusar todo monopolio u oligopolio, por ser vías indirectas de violación a la libre expresión e impiden el pluralismo informativo²⁹⁷ (caso **Granier vs. Venezuela 2015**).

-Los Estados están obligados a “someter a los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia”;²⁹⁸ deben “prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical”;²⁹⁹ deben “adecuar su marco legislativo y

²⁹⁵ Caso Granier, fund. 144. “(...) Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan (-211), y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas (-212) (...)”

²⁹⁶ Caso Granier, Fund. 145. “En concordancia con todo lo anterior, los Estados están internacionalmente **obligados** a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos y principios establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano, para lo cual deberán establecer leyes y políticas públicas que garanticen el pluralismo de medios o informativo en las distintas aéreas comunicacionales, tales como, por ejemplo, la prensa, radio, y televisión (214)”.

²⁹⁷ Caso Granier, fund. 10, fund. 24, fund. 143 y nota 208, fund. 145 y nota 214, fund. 148, fund. 170 y nota 258; etc. donde se cita recurrentemente la OC 5-85, principalmente f. 34, f. 56 sobre prohibición de monopolios y oligopolios, la Declaración de Principios para la libertad de expresión de 2000, la sentencia del Tribunal Europeo del caso Centro Europa 7, la Declaración Conjunta sobre diversidad en radiodifusión, de 2007, la Observación General 34 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 2011, etc.

²⁹⁸ Caso Granier, Fund. 143. “(...) La libertad de expresión se puede ver también afectada (...) por (...) la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación (...) (207: OC 5, f.56)

“Sobre este punto, el artículo 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión indica que “[l]os monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso estas leyes deben ser exclusivas de los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos” (208).

Nota a pie (208) “La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión fue adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, durante su 108.º período ordinario de sesiones en octubre del año 2000”.

²⁹⁹ Caso Granier, fund. 170. Nota a pie (258). “En similar sentido, en la Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión (año 2007) se indicó *entre otros* (inter alia), que: i) “[s]e debe asignar suficiente ‘espacio’ para

administrativo para garantizar el pluralismo efectivo”;³⁰⁰ deben ejecutar “medidas eficaces para impedir un control de dichos medios que lesione el derecho de toda persona a la libertad de expresión” e “impedir un excesivo predominio o concentración de los medios de comunicación por grupos mediáticos bajo control privado”,³⁰¹ tal como lo han señalado de manera reiterada otros órganos del sistema de protección de derechos humanos interamericano e incluso universal, a saber:

- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión de 2000, principio 12,
- Los Relatores Especiales en libertad de expresión de la ONU, América, Europa y África, a través de sus Declaraciones Conjuntas, 2007 y otras,
- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Centro Europa 7 SRL y Di Stefano Vs. Italia*, de 2012,
- El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a través de la Observación general 34 f.40, de 2011, etc. (Caso **Granier vs. Venezuela 2015**).

344.) Conclusión. La Convención Americana extiende un manto de protección tan radical sobre la libertad de expresión y su dimensión colectiva o social, que, reiteramos, la doctrina de la Corte desde la OC 5 de 1985 hasta el caso Granier de 2015 ha tenido un eje claro:

la transmisión de las diferentes plataformas de comunicación para asegurar que el público, como un todo, pueda recibir un espectro variado de servicios de medios de comunicación”. Respecto a la pluralidad de fuentes, en la Declaración se reiteró que “**para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben adoptar medidas especiales, incluyendo leyes antimonopólicas**”. Finalmente, sobre la diversidad de contenido se señaló que “[s]e pueden utilizar políticas públicas, para promover la diversidad de contenido entre los tipos de medios de comunicación y dentro de los mismos cuando sea compatible con las garantías internacionales a la libertad de expresión”. “La Declaración fue adoptada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la CADHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información”.

³⁰⁰Caso Granier, Fund. 145. Nota a pie (214): “En similar sentido, en el caso Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano Vs. Italia, el Tribunal Europeo indicó que además de un deber negativo de no interferencia, el Estado tiene una obligación positiva de contar con un marco administrativo y legislativo adecuado para garantizar el pluralismo y la diversidad. Asimismo, al determinar que existía una obligación positiva de los Estados de adecuar su marco legislativo y administrativo para garantizar el pluralismo efectivo, el Tribunal retomó la Recomendación CM/Rec(2007)2 del Consejo de Ministros sobre la pluralidad de los medios y la diversidad de contenido de los medios, reafirmando que: “Con la finalidad de proteger y promover activamente las expresiones pluralistas de ideas y opiniones, así como la diversidad cultural, los Estados miembros tienen que adaptar los marcos regulatorios existentes, **particularmente con respecto a la propiedad de los medios de comunicación y adoptar cualquier medida regulatoria** y financiera adecuada para garantizar la **transparencia de los medios de comunicación y el pluralismo estructural**, así como **la diversidad del contenido distribuido**”. (En inglés en el original, Traducción de la Secretaría de la Corte. Caso Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano Vs. Italia [Gran Sala], (N.º 38433/09), Sentencia de 7 de junio de 2012, párrs.129 a 134”).

³⁰¹Caso Granier, Fund. 143. “(...) La libertad de expresión se puede ver también afectada (...) por (...) la existencia de monopolios u oligopolios” (...) por cuanto conspiran contra la democracia (...) (208)”. Nota a pie (208) “(...) En similar sentido, en su Observación general N.º 34, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas reiteró lo señalado en su Observación general N.º 10 e indicó que, “‘debido al desarrollo de los modernos medios de información pública, se requieren **medidas eficaces para impedir un control de dichos medios** que lesione el derecho de toda persona a la libertad de expresión’. El Estado no debe ejercer un control monopolístico sobre los medios de comunicación sino que ha de promover la pluralidad de estos. Por consiguiente, los Estados partes deberían adoptar medidas adecuadas, en forma compatible con el Pacto, para **impedir un excesivo predominio o concentración de los medios de comunicación por grupos mediáticos bajo control privado**, en situaciones monopolísticas que pueden menoscabar la diversidad de fuentes y opiniones”, Observación general N.º. 34, párr. 40”.

No es admisible ninguna forma de mercados concentrados (concentración de la propiedad) sobre las industrias mediáticas, concentración que en palabras de un ex Relator Especial de la Comisión Interamericana³⁰² equivale a un “acaparamiento de medios” y que por ello “las obligaciones del Estado en materia de diversidad y pluralismo tienen dos aspectos, igualmente importantes,

-*Por un lado*, la obligación de abstenerse de interferir en la libertad individual o colectiva de buscar, recibir y difundir información; y

-De otro lado, *la* obligación positiva de adoptar leyes y políticas públicas para asegurar sistemas de comunicación diversos y plurales **y, prevenir o impedir las situaciones de concentración excesiva de medios de comunicación**”. Así, para promover “sistemas de medios de comunicación diversos y plurales” que sean “efectiva garantía de la libertad de expresión” (Granier, fund. 142), se requiere, según dicho autor, que “el Estado **no debe acaparar los medios**”, y, al mismo tiempo, que “el **Estado debe impedir un excesivo predominio o concentración de los medios** de comunicación por grupos mediáticos bajo control privado”, y que “por consiguiente, los Estados partes de la Convención deberían adoptar medidas adecuadas, en forma compatible con el Pacto, para impedir un excesivo predominio o concentración de los medios de comunicación por grupos mediáticos bajo control privado, en situaciones monopolísticas que pueden menoscabar la diversidad de fuentes y opiniones”.³⁰³

345.) Conclusión. No hay duda entonces que en toda su jurisprudencia la Corte Interamericana al interpretar la Convención Americana ha establecido que los Estados, entre ellos el Perú, soportan un doble mandato de intervención en la economía de los medios de comunicación: no imponer controles sobre el flujo informativo a través de monopolios u oligopolios y tampoco permitirlos de parte de los particulares, donde el control es el género y la concentración de mercado, la posición de dominio, el oligopolio o el monopolio, son sus especies las cuales constituyen (en diverso grado cuantitativo) “controles particulares” o “restricciones ilegítimas” sobre la libre “circulación de ideas y pensamientos”, y que la propia Corte ha calificado formas de violación de la libertad de expresión por las “vías o medios indirectos” señalados en el art. 13.3 de la Convención.

³⁰²Lanza, Edison: “Los principios y el alcance de la libertad de expresión, establecidos en la Opinión Consultiva N.º 5: Desde los medios de comunicación tradicionales a Internet”. En: “Libertad de expresión: a 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas: Estudios sobre el derecho a la libertad de expresión en la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Trust for the Americas, autores Cecilia Medina, Pedro Nikken, Santiago Cantón, Eduardo Bertoni, Edison Lanza, Catalina Botero, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Ignacio J. Álvarez, Sergio García - Alejandra Gonza. 2017.

³⁰³Edison Lanza, artículo citado, refiriéndose al caso Granier (cf.: fund. 143, nota a pie 208).

9.3.1.2.-Análisis de la doctrina sobre la libertad de expresión en la jurisprudencia de otros organismos internacionales de derechos humanos de América y el Mundo y la prohibición de monopolios, oligopolios y concentraciones indebidas en los mercados de prensa.

346.) Ya hemos visto entonces que en toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la materia (Opinión Consultiva 5 de 1985, sentencias de los casos Ivcher de 2001, Herrera Ulloa de 2004, Ricardo Canese de 2004, Kimel de 2008, Ríos y otros de 2009, Granier y otros de 2015, Lagos del Campo de 2017), se entiende que la protección de la libertad de expresión en los términos del artículo 13 de la Convención Americana obliga a los Estados a no controlar de forma monopólica u oligopólica ni permitir el control de las empresas particulares sobre la propiedad de los medios de comunicación. Lo mismo y con algunos añadidos y matices encontramos en otras reconocidas fuentes del derecho internacional de derechos humanos, a saber:

-A nivel panamericano, en los informes y opiniones de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, órgano especializado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que supervisa el estado de la libertad de prensa en las Américas y formula recomendaciones a los Estados firmantes de la Convención Americana para adecuar sus marcos legales a los requerimientos de dicho tratado.

-A nivel universal, en las Declaraciones Conjuntas que han brindado durante 20 años los Relatores Especiales en libertad de expresión de Naciones Unidas, de la Comisión Europea de Derechos Humanos y de la Comisión Africana de Derechos Humanos, y de la OEA; en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano que interpreta los alcances del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

-A nivel regional europeo, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A.- La concentración de la propiedad en los medios de comunicación en los Informes Anuales de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la OEA (Comisión Interamericana de DDHH).

347.) En cuanto a la jurisprudencia producida por la Relatoría Especial de Libertad de Expresión, en una sección anterior de la presente Sentencia hemos consignado de manera prolija todas las veces que los Informes Anuales y Temáticos abordan los temas del pluralismo, la dimensión colectiva o social de la libertad de expresión y múltiples ejemplos de cómo la concentración de la propiedad en los medios de comunicación a través de empresas monopólicas y oligopólicas afectan dicha libertad. Apreciamos que desde el primer Informe (de 1998) hasta el más reciente que hemos podido analizar (de 2019), el Relator de manera persistente denuncia el carácter y efecto

antidemocrático y anticonvencional de las estructuras de propiedad concentradas en los mercados mediáticos.

Enseguida, el análisis y posición del juzgado sobre las principales conclusiones de los Informes:

-Informes de la Relatoría de 1998-2000

348.) Se establece que los Estados son responsables de las violaciones a la libre expresión al permitir que los particulares funcionen con estructuras de mercado oligopólicas: “La *violación de la Convención puede ser producto de que el Estado no se haya asegurado de que la violación no resulte de controles... particulares*”, como “**la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación**” (Informe 1998, capítulo 3, “Restricciones a la libertad de expresión”);

El “marco legal” de muchos países son un “obstáculo institucional” que permite la proliferación de la propiedad monopólica (Informe 1999).

Por tanto, la ausencia en el Perú de una efectiva legislación anticoncentración en los mercados de medios, incluido el de prensa, ha sido un “marco legal” no conforme a los estándares internacionales.

En diversos países de América se reportan múltiples prácticas monopólicas, **incluso en la prensa escrita** (Informe de 2000).

Por tanto, se desmiente la posición de los Demandados, quienes sostienen que en dicho sector es imposible monopolizar medios.

La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el año 2000 sostiene que “Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación” “conspiran contra la democracia”, “restringen la pluralidad y diversidad” informativa, afectan “el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos” (Principio 12), y que “Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones” y “la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión” (Principio 5) (Informe de 2000, capítulo de “**Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de expresión**”; cf. fund. 27 para el Principio 5, fund. 53, 54, 55 para el Principio 12).

-Informes de la Relatoría de 2001-2003

349.) Los Estados son también responsables de la violación a la libertad de expresión y la diversidad informativa cuando existen “múltiples medios”, pero sus propietarios representan a un solo o reducidos grupos sociales, políticos o culturales (Informe Anual 2001).

Se describe los nuevos casos de “*concentración en la propiedad de los medios impresos, de radio y de tv*”, que “*consolidan prácticas que impiden la expresión plural y diversa*” (Informe Anual 2002).

Por tanto, se desmiente nuevamente la posición de los Demandados de que el concepto de concentración de medios es inaplicable a la prensa escrita;

Se destaca la relación entre la libertad de expresión y la afectación a otras libertades esenciales, como la situación de pobreza de enormes masas de la población latinoamericana: “*El efectivo respeto a la libertad de expresión es una herramienta fundamental para incorporar a quienes, por razones de pobreza, son marginados de la información y de cualquier diálogo (...): Una voz informada para todas las personas es condición indispensable para la subsistencia de la democracia*” (Anual 2002; capítulo de marco conceptual de democracia, libertad de expresión y pobreza; Isaiah Berlin, Amartya Sen, Joseph Stiglitz, informe del Banco Mundial).

“Los monopolios o la propiedad concentrada de los medios de comunicación (...) *reducen* la efectividad de la cobertura de los medios”, y se recuerda que históricamente las concentraciones en la propiedad de los medios favorecen a los abusos del poder (Informe Anual 2003).

Informe de la Relatoría de 2004.

350.) Se insiste en que la Relatoría desde hace años denuncia que “la concentración en la propiedad de los medios de comunicación masiva es una de las mayores amenazas para el pluralismo y la diversidad en la información”, y en sí misma constituye “nuevas formas de restricción de la libertad de expresión (violaciones indirectas)” a ser combatidas.

Se recuerda que los Estados miembros de la OEA, como el Perú, son responsables ante la Convención por no aplicar medidas y mecanismos efectivos que “impidan las prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social”, y por no dotar de “un marco regulatorio antimonopólico que incluya normas que garanticen la pluralidad”.

Se recuerda a los Estados que “el marco del **derecho de la competencia** en muchas ocasiones puede resultar **insuficiente**”, y que la interpretación del Principio 12 de la Declaración de Principios de 2000 cuando señala que “en ningún caso esas leyes *antimonopólicas* deben ser exclusivas para los medios de comunicación” es advertir a los Estados que no deben “adoptar normas especiales bajo la apariencia de normas antimonopólicas para

los medios de comunicación, que en realidad tienen como propósito y efecto la restricción de la libertad de expresión”.

Por tanto, No existe justificación para lo ocurrido en los hechos, de que se haya mantenido un **estado de cosas contraconvencional** donde en muchos países, entre ellos Perú, no existe ninguna norma anticoncentración de la propiedad de medios. Es evidente, pues, que **por omisión de los Estados se ha producido un marco legal nacional propicio para la propiedad monopólica u oligopólica, situación que es violatoria del derecho internacional** por parte del Estado que no cumple, lo cual no exime de responsabilidad al agresor directo de la acción que viola el derecho fundamental, en este caso a las empresas periodísticas suscriptoras del contrato de 2013 (Informe Anual 2004, capítulo quinto, “Violaciones indirectas a la libertad de expresión: El impacto de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social”).

Informes de la Relatoría 2005-2008.

351.) Los Estados en la Asamblea General OEA se han comprometido a “promover un enfoque pluralista de la información a **través de reglamentos eficaces que impidan la concentración** indebida de la propiedad de los medios de comunicación, y **aprobar una legislación nacional ajustada a sus obligaciones internacionales** en derechos humanos” (Informe anual de 2005).

Los Estados son responsables por la “ausencia de avances para resolver las situaciones de concentración en la propiedad de los medios de comunicación en los países” (Informe Anual de 2006).

Los Estados continúan incumpliendo sus obligaciones de asegurar el pluralismo informativo a través de una legislación adecuada que prevenga las concentraciones y otras prácticas monopólicas (Informe de 2007).

Se constata que los Estados siguen sin cumplir su obligación convencional de garantizar la libertad de expresión mediante medidas legislativas que impidan el monopolio, la concentración de la propiedad y el control de unos pocos sobre los medios (Informe Anual de 2008).

Se recuerda la íntima vinculación entre libertad de expresión y pobreza, y la obligación de los Estados de establecer condiciones para que el pluralismo informativo permita de manera efectiva dar voz a las masas de la población históricamente postergadas e invisibilizadas en los medios de comunicación social como mujeres jefas de familia en pobreza, mujeres víctimas del sexismo alimentado por los medios, indígenas impedidos de comunicarse en su lengua, afrodescendientes en pobreza y víctimas de racismo, comunidades

rurales o barriales marginadas socialmente, etc., personas a quienes los medios masivos entregan información solo para el consumo y no para construirse como ciudadanos (Informe Anual de 2008).

Informes de la Relatoría de 2009-2014

352.) Las empresas propietarias de medios tienen obligaciones con la libertad de expresión: “**Los propietarios de los medios de prensa**” también “**tienen la responsabilidad de respetar la libertad de expresión**”, y es deber del Estado “proteger los derechos humanos de **quienes enfrentan el poder de los medios**” (Informe Anual de 2009).

Los Estados están obligados a aprobar medidas efectivas “para que los mercados de medios sean abiertos, plurales, diversos y **no concentrados**” (Informe Anual 2010);

Los Estados deben aprobar “medidas legislativas y de otro tipo incluyendo leyes antimonopólicas” (Informes Anuales de 2011, 2012, 2013);

Los Estados deben “intervenir ante la concentración excesiva”. Se recuerda la responsabilidad de los Estados cuando omiten impedir los monopolios u oligopolios en la propiedad o control de los medios, cuando no dictan leyes para “prevenir la concentración indebida de medios de comunicación **o la propiedad cruzada** de los mismos, **horizontal o vertical**”.

Se denuncia que en América Latina y el Caribe “**ha predominado un modelo comercial**, y la propiedad de los medios de comunicación se ha visto extremadamente concentrada en unas pocas manos”.

Los Estados tienen atribuciones para resolver “**situaciones preexistentes de concentración en la propiedad o control de los medios**” (Informe Anual de 2014).

Informes de la Relatoría de 2015-2016

353.) Se denuncia casos de alta concentración de la propiedad sobre los medios³⁰⁴ en todos los países de América, y se demuestra la existencia de concentración en mercados de **prensa escrita**; son los ejemplos de Chile (Informe Anual de 2015) y un caso en **Estados Unidos** de

³⁰⁴Informe Anual de 2015. Casos de concentración en el mercado de **prensa escrita: Chile**, donde “la prensa escrita es el mercado de medios mayormente concentrado” por el oligopolio Grupo Edwards “El Mercurio” - Grupo COPESA “La Tercera”. Otros casos: Brasil, con la Rede Globo; Ecuador con el grupo Albavisión del empresario mexicano Remigio Ángel González con dominio en mercados transmedia y propietario de redes de TV en toda Latinoamérica: México, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Panamá, Ecuador, Perú, Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, matriz en Miami; El Salvador; Guatemala, monopolio de Remigio Ángel González; Honduras, concentración en manos de capital transnacional; Nicaragua, duopolio entre familia presidencial Ortega - Ángel González; Paraguay, concentración de medios en familiares del presidente de la República Cartes; Venezuela, concentración de medios en manos del Estado y monopolio del papel para prensa, Perú.

América (Informe Anual de 2016), que coinciden con el tema que ocupa la presente Sentencia, y que pasamos a analizar:

-Caso de Estados Unidos, donde el Estado demandó anular el contrato de compra entre dos empresas periodísticas competidoras, resultado del cual se produjo “un monopolio sobre **las ventas de periódicos**”.³⁰⁵

Por tanto: se desmiente la tesis de los Demandados que sostiene que solo es posible medir la concentración de un mercado de diarios en base a la cantidad de títulos o marcas de diarios;

-Caso del oligopolio (duopolio) en la prensa de Chile. De este caso consideramos que se obtienen algunas conclusiones aplicables a todos los Estados, entre ellos el Perú:

***Primero**, “la integración vertical (impresión y distribución) de dos grupos propietarios cada uno de varios periódicos nacionales, regionales y locales, ha obstaculizado el acceso de nuevos actores al mercado de la prensa escrita”, y afecta la libertad de competencia y el interés de consumidores;

***Segundo**, si “ambos **grupos son promotores de similares ideas** a nivel editorial”, entonces el control de unas pocas empresas en la propiedad de los medios viola la dimensión colectiva o social de la libertad de expresión, al determinar que la población reciba noticias y opiniones de **una sola fuente** (varias empresas, un solo pensamiento),

Por tanto, en el caso del contrato de acciones de EPENSA encontramos la misma situación de oligopolio de las ideas de contenido editorial. Como expresamente lo han señalado los Demandado Agois - Banchemo en su contestación, ellos determinaron vender **no** a Grupo La República sino a Grupo El Comercio debido a que con estos comparten la misma visión y línea política y editorial en sus diarios.

***Tercero**, se reconoce en la jurisprudencia internacional de los derechos humanos a nivel de la Relatoría el concepto de *acaparamiento de medios* como equivalente a una forma que adopta la propiedad monopólica u oligopólica en los mercados de información, particularmente en audiovisuales, cuando señala que los Estados “deberían reforzar sus políticas para promover la competencia en todos los mercados relevantes de la comunicación e impedir que los grupos existentes sigan expandiéndose verticalmente y acaparando medios de comunicación” (Informe Anual 2016, n. 1250).

Por tanto, a la luz de esta jurisprudencia se ratifica que la fusión o acuerdos entre dos grandes grupos mediáticos (como en el caso del contrato de acciones entre Grupo Epensa y Grupo El Comercio) obstaculiza el ingreso de nuevos agentes al mercado, se destaca el elemento de la misma idea a nivel editorial como un factor que explica el control sobre la propiedad de medios a manos de una o pocas manos, situaciones inadmisibles jurídicamente en el marco de la Convención Americana.

Informes de la Relatoría de 2017-2020

354.) Estos últimos tres años, la Relatoría ha seguido describiendo el panorama de la concentración mediática en América, con países

³⁰⁵ Informe Anual 2016. Freedom Communications Inc. (diario “Register”, de Orange County, California, diario “Press-Enterprise”, de Riverside County, California) es comprado por Tribune Publishing Company (diario “Los Angeles Times”), donde Los Angeles Times y Register representan el 98 por ciento de las ventas de periódicos en Orange County, y Los Angeles Times y los periódicos de Freedom son juntos el 81 por ciento de las ventas en Riverside County; el comprador obtiene el monopolio “**sobre las ventas de periódicos**, que le permitiría subir los precios de las suscripciones, de la publicidad y reducir las inversiones para mantener calidad de los productos”.

donde se da “un proceso de concentración mediática sin precedentes” alentado por leyes destinadas a favor de grandes grupos comunicacionales³⁰⁶ (Informe Anual 2017).

Se denuncia la continuación de nuevos casos de concentración mediática, incluida la **prensa impresa** (ejemplos Canadá, México).

Se recuerda que los Estados tienen atribuciones para que, en defensa de la libertad de expresión vulnerada por estructuras oligopólicas o monopólicas de mercados, las situaciones precedentes de concentración en los mercados mediáticos puedan ser revertidas mediante leyes posfacto (caso Uruguay)³⁰⁷ (Informe Anual de 2018).

Se reitera que los Estados cumplan su obligación convencional de tomar medidas efectivas que “prevengan la existencia de monopolios públicos o privados y la concentración indebida o excesiva de los medios de comunicación”, incluidos los medios digitales, por el enorme “poder concentrado en pocas empresas” que se da en las industrias digitales de la información.

Se establece que es aplicable la norma de Naciones Unidas “**Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU**” con el fin de “**remediar la concentración indebida de la propiedad** y las prácticas de abuso de la posición dominante en comunicación” (Informe Anual, 2019).

B.- La concentración de la propiedad en los medios de comunicación en las Declaraciones Conjuntas de los Relatores de Libertad de Expresión de la ONU, Europa, África y América

355.) En cuanto a las Declaraciones Conjuntas que por más de 20 años desde **1999** han divulgado los Relatores especializados en libertad de expresión de los organismos continentales de derechos humanos de Europa, África, América, así como el de Naciones Unidas,³⁰⁸ cabe señalar que en sección anterior de la presente Sentencia hemos detallado todas las veces que dichas Declaraciones Conjuntas han tratado el pluralismo, la dimensión colectiva o social de la libertad de

³⁰⁶Informe Anual 2017; se indica que en la Argentina se dio un incremento de la concentración incluyendo a empresas de telecomunicaciones, durante el gobierno del partido Pro (Macri).

³⁰⁷Informe Anual 2018. Casos de concentración en **prensa escrita: Canadá**, donde la **fusión de dos grupos empresariales** del mercado de periódicos conllevó el cierre de algunos de sus medios; **México**, con “altos niveles de concentración de medios, en radiodifusión, **en prensa gráfica** y medios digitales”. Otros procesos de concentración se aceleran porque “no están regulados ni limitados por la legislación actual” (caso Costa Rica). Asimismo, en **Uruguay** se presenta una buena señal para el pluralismo con la nueva ley que a partir de su vigor obliga a los titulares de servicios de comunicación audiovisual a transferir las autorizaciones o licencias necesarias si en la realidad actual superan el límite de concentración establecido”.

³⁰⁸El Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión (supervisor de las obligaciones de los Estados suscriptores del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCP en dicha materia), el representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación OSCE, el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión (cuyos informes anuales hemos analizado el párrafo anterior) y (desde 2006) la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos CADHP.

expresión y las recomendaciones para erradicar la concentración de la propiedad en los medios de comunicación por ser violatoria de dicha libertad.

Enseguida, el análisis y posición del juzgado sobre las principales conclusiones de las Declaraciones:

Declaraciones Conjuntas de los Relatores, de 1999-2001

356.) Los Estados están obligados en “*adoptar medidas efectivas para evitar una concentración indebida de la propiedad en los medios de difusión*” (Declaración Conjunta, 2001),

La obligación de respetar la libertad de expresión también es de los propietarios de medios, quienes deben “garantizar la independencia editorial” en los contratos con los periodistas y que “los aspectos comerciales no incidan en el contenido de los medios de difusión” (Declaración Conjunta 1999).

Se establece que los medios de comunicación están obligados a tomar en cuenta que en su definición jurídico política la libertad de expresión es “un derecho humano internacional fundamental y componente básico de la sociedad civil basada en los principios democráticos”, que el funcionamiento y la función primordial de los medios de comunicación para una “sociedad libre y abierta” radica en “ser medios independientes y pluralistas” y su obligación es denunciar “la corrupción”, “las prácticas inequitativas” y “otras prácticas indebidas” “de gobiernos y de empresas” (Declaración Conjunta, 1999).

Declaraciones Conjuntas de los Relatores, de 2002-2007

357.) Se denuncia que la “*creciente concentración de la propiedad de los medios de prensa y los medios*” se tipifica como una amenaza contra el pluralismo, respecto de la cual el Estado y también “*los propietarios de los medios de prensa tienen la responsabilidad de respetar la libertad de expresión*” (Declaración Conjunta de 2002);

Se denuncia que “el **control estatal** de los medios de comunicación, así como **las leyes y prácticas que permiten los monopolios en la propiedad** de los medios de comunicación **limitan la pluralidad y evitan que el público conozca** ciertos puntos de vista” (Declaración conjunta de 2005).³⁰⁹

Se denuncia el panorama de la concentración de la propiedad sobre los medios en todo el mundo como una realidad de “*concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación, directa o indirecta*” que en sí misma es una “*amenaza a la diversidad de los*

³⁰⁹ Declaración Conjunta del Relator de la Comisión Interamericana y el Relator de la Comisión Africana.

medios y genera otros riesgos como la concentración del poder político en manos de los propietarios o de élites gobernantes”.

Se exige que los Estados cumplan sus obligaciones internacionales de garantía y dicten medidas para **“prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical”**, como **“leyes antimonopólicas”** y normas que exijan la **“transparencia sobre la propiedad de los medios de comunicación”**, todo ello además para preservar **“la diversidad de medios de comunicación (tipos de medios) y de fuentes (propiedad de los medios), así como la diversidad de contenido (producto de los medios)”** (Declaración Conjunta para la Promoción de la diversidad en los medios de comunicación, **2007**)

Declaraciones Conjuntas de los Relatores, de 2009-2017

358.) Los Estados están obligados a **“crear normas destinadas a prevenir la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación”** y **“promover la diversidad de contenidos”**, con el fin de resolver la **“necesidad de asegurar el pluralismo”** y obtener **“la proliferación de medios de comunicación pluralistas”** (Declaración Conjunta de 2009, Sobre medios de comunicación y elecciones);

Se denuncia la responsabilidad de los Estados y las empresas en **“la creciente concentración de la propiedad de los medios de comunicación”**, la cual **“tiene graves consecuencias para la diversidad de los contenidos”**; y que la existencia de diversas **“presiones comerciales”** en los medios de comunicación social **“resultan en menor contenido local, entretenimiento de bajo nivel intelectual, reducción del periodismo de investigación”** (Declaración Conjunta Del Décimo Aniversario: Diez Desafíos Claves para la Libertad de Expresión en la Próxima Década, 2010).

Si ya existe **“concentración en la propiedad y el control de los medios”**, ante la necesidad de la transición digital se requieren políticas que impidan **“fomentar una concentración mayor”** (Declaración Conjunta, Sobre protección de la libertad de expresión y la Diversidad en la transición digital terrestre, 2013).

Los Estados están obligados a dictar las necesarias **“normas que prohíban la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación”** y otras normas que **“exijan transparencia por parte de los medios de comunicación con respecto a sus estructuras de propiedad”** (Declaración Conjunta de 2017).

Declaraciones Conjuntas de los Relatores, 2018-2020

359.) Estos últimos tres años, los Relatores del mundo especializados en la defensa de la libre expresión han reiterado su jurisprudencia que

recusa de manera explícita la existencia de empresas con “posición fuerte o de dominio en el mercado” mediático.

Se insiste en que los Estados tienen el deber de dictar “normas eficaces para evitar los monopolios y **la concentración indebida o la propiedad cruzada** de los medios”, esto último debido a que en el panorama descrito de América (cf.: sección anterior *de análisis de los Informes Anuales de la Relatoría de la OEA - CIDH*) los grupos dominantes en un mercado de un tipo de medios a su vez son dueños de medios en otro tipo de mercado de información, y además son titulares directa o indirectamente de intereses en otros sectores de la economía ajenos a la información, cuyos objetivos son objetivamente incompatibles con el bien público que significa la libertad de expresión³¹⁰ (Declaración Conjunta Sobre la Independencia y la Diversidad de los Medios de Comunicación en la era Digital, 2018).

Por tanto, el juzgado constitucional no solo constata que la operación de transferencia de acciones de EPENSA a Grupo El Comercio constituye un claro caso de concentración de mercado que resulta inadmisibles para la Convención Americana, sino que en el estudio de la realidad de los restantes mercados de medios de comunicación, advertimos la existencia de propiedad cruzada que afecta igualmente la pluralidad informativa; en tal sentido, el Juzgado exhortará a los Poderes del Estado a legislar en esta materia, dando cumplimiento al mandato convencional.

Se recuerda que los Relatores han venido dictando recomendaciones jurídicas durante 20 años las cuales han tenido el objetivo de “*interpretar las garantías de los derechos humanos para la libertad de expresión*” y “*orientar a medios de comunicación y empresarios*”, debido a que “*las empresas privadas (también) tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y reparar violaciones*”, recordarles que el “*control privado*” y “*el incremento en la concentración de la propiedad de los medios de comunicación*” es una amenaza a la libertad de expresión, y ahora

³¹⁰ Declaración Conjunta 2018, “Sobre la Independencia y la Diversidad de los Medios de Comunicación en la era Digital”. “La falta de transparencia de la propiedad de los medios de comunicación puede fomentar los monopolios y la concentración indebida de la propiedad de los medios”. “Las fusiones de los medios de comunicación con empresas de telecomunicaciones, y otros tipos de compañías, podrían limitar las oportunidades para promover la diversidad de los medios”. “Los Estados deben asegurar que todos los aspectos de los mercados de los medios de comunicación, como la publicidad y la producción y distribución de contenido, funcionen de una manera imparcial y competitiva, protegidos de prácticas anticompetitivas de aquellos que detentan una posición fuerte o dominante en el mercado”. “Los Estados deben establecer requisitos estrictos de transparencia para la propiedad de los medios de comunicación, junto con normas y sistemas eficaces para evitar los monopolios y la concentración indebida o la propiedad cruzada de los medios”. “Se debe requerir la aprobación de órganos reguladores independientes antes que puedan realizarse fusiones o adquisiciones que planteen una amenaza a la libre competencia o a la diversidad”. “Estos requisitos podrían incluir límites a la concentración de los medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos”. “Los medios de comunicación (...) deben tomar en serio su deber de respetar los derechos humanos”.

último en el campo de las “comunicaciones digitales” donde existe un “enorme poder concentrado en unas pocas empresas”.

Se recuerda que a nivel de Naciones Unidas se ha aprobado una directiva de “**Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU**”, sin dejar de lado el deber de los Estados de “**establecer reglas y sistemas eficaces para remediar la concentración indebida de la propiedad y las prácticas que representen un abuso de la posición dominante de las empresas**” (Declaración Conjunta de 2019, Declaración del Vigésimo Aniversario: Desafíos para la Libertad de Expresión en la Próxima Década),³¹¹

Los Estados están obligados a dictar normas vinculantes con el fin de que “los medios de comunicación **den a conocer públicamente quiénes son sus propietarios**” (Declaración Conjunta Sobre Libertad de expresión y elecciones en la era digital, 2020).

C.- La concentración de la propiedad en los medios de comunicación en la jurisprudencia europea de Derechos Humanos.

360.) En la jurisprudencia europea de derechos humanos también se establece una rotunda prohibición de toda concentración de mercado (igual “posición de dominio”) en los medios de comunicación social con el fin de proteger la libertad de expresión, y se advierte de los límites del derecho de competencia para proteger el pluralismo. Enseguida, el análisis y posición del juzgado.

361.) **Comisión de Venecia. Caso Ley Gasparri, Italia (2005).**³¹²

“El pluralismo se protege estableciendo restricciones **ex ante**, mientras que la competencia está protegida mediante medidas **ex post**. “Mientras que la ley de competencia prohíbe el abuso de posición dominante y los acuerdos, adquisiciones y fusiones que sean perjudiciales para la competencia, **proteger el pluralismo conlleva la necesidad de evitar el establecimiento de una posición dominante en detrimento del pluralismo.**

“Para garantizar el pluralismo al prohibir la constitución de una posición dominante en cualquier mercado individual que comprenda el sistema integrado de comunicaciones (.), también tiene prohibido

³¹¹Declaración Conjunta 2019, “Declaración Conjunta del Vigésimo Aniversario: Desafíos para la Libertad de Expresión en la Próxima Década”, Londres, 10 julio 2019. “Durante veinte años hemos orientado a (:) gobiernos, organizaciones de la sociedad civil, profesionales del derecho, periodistas y medios de comunicación, académicos y empresarios”. “Las empresas privadas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y reparar violaciones, “f. Establecer reglas y sistemas eficaces para remediar **la concentración indebida de la propiedad** y las prácticas que representen un **abuso de la posición dominante** de las empresas que proporcionan servicios de comunicación digital”.

³¹²La opinión de la Comisión de Venecia, aprobada en su 63ª período de sesiones (10 a 11 de junio de 2005), se menciona en la Sentencia del Caso Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano c. Italia del 2012.

En: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-139360&filename=001-139360.pdf>

crear una posición dominante en cualquier mercado individual”.³¹³

“El Estado es el garante último del pluralismo”,

“Los instrumentos del Consejo de Europa establecen algunas herramientas para promocionar el pluralismo de los medios”, entre ellos “un marco legislativo fijando límites a la concentración de los medios de comunicación”, ejemplo, “los límites autorizados (que es conveniente medir sobre la base de un elemento o de un conjunto de elementos como la cuota de audiencia, la parte de capital o los límites de ingresos) que una única empresa está autorizada a controlar en uno o varios de los mercados afectados”.

“La Comisión recuerda que, si las medidas anticoncentración tienden, en general, a impedir los abusos de posición dominante, las posiciones dominantes están prohibidas como tales en el sector de los medios de comunicación”.

362.) Tribunal Europeo (Gran Sala). Caso Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano c. Italia (2012).³¹⁴

Los Estados están obligados a garantizar el pluralismo.³¹⁵

Los medios de comunicación están obligados a ser autónomos e independientes entre sí y a ofrecer los diferentes puntos de vista políticos y culturales.³¹⁶

Los Estados están obligados en aprobar “un marco legislativo **fijando límites a la concentración de los medios de comunicación**”, y podrán establecer los “límites autorizados” que una única empresa está autorizada a controlar en uno o varios de los mercados afectados”, que se podrán “medir sobre la base de un elemento o de

³¹³Informe de la ministra de Comunicaciones de Italia, Francesca QUADRI a la Comisión de Venecia sobre la ley Gasparri. Strasbourg, 31 August 2005, Opinion 309 / 2004 CDL (2005)050.
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL\(2005\)050-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL(2005)050-e).

³¹⁴Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7-6-2012, Caso Centro Europa 7 SRL y Di Stefano vs. Italia. Demanda 38433-2009. Versión en español disponible en el portal web del Tribunal: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-139360%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-139360%22]})

³¹⁵ Sentencia, caso Centro Europa, 2012:

Fund. 129 “No existe democracia sin pluralismo. La democracia se alimenta de la libertad de expresión.

Fund. 130. “Garantizar un auténtico pluralismo en el sector audiovisual no basta con contemplar la existencia de varias cadenas (...) Es preciso permitir un acceso efectivo al mercado, a fin de garantizar la diversidad del contenido de la programación”

Fund. 139. “El Estado posee la obligación positiva de establecer un marco legislativo y administrativo apropiado y capaz de garantizar un pluralismo efectivo”, por lo que el duopolio (del caso concreto, Italia), resulta incompatible con la Convención Europea.

Fund. 131. “Corresponde a la prensa transmitir la información e ideas” del escenario político y sectores de interés público; “a su función, que consiste en difundir, se añade el derecho del público de recibir (Handyside contra Reino Unido, 1976)”.

³¹⁶Llorens señala que las investigaciones oficiales de la Unión Europea acerca de la pluralidad informativa como parte elemental de los derechos humanos y su relación con la concentración empresarial en la prensa datan de 1967 en que se hicieron diversos análisis de la concentración de la prensa por país, hasta que en 1975 fue publicado el Informe Rodgers, el primero con perspectiva de todo el continente.
En: Llorens, Concentración de medios..., pág. 188.

un conjunto de elementos como: *La cuota de audiencia, La parte de capital o Los límites de ingresos*".³¹⁷

Los Estados deben recordar que “si las medidas anticoncentración tienden, en general, a impedir los abusos de posición dominante”, entonces “las posiciones dominantes están prohibidas como tales en el sector de los medios de comunicación”.³¹⁸

Por tanto, el criterio europeo nos ayuda a comprender los límites del régimen constitucional peruano para brindar una debida protección a la libre expresión, pues el art. 61 al haber establecido como regla general el control de competencia solo para conductas (control posterior contra abusos de dominio), y no habiendo excluido el dominio del sector de medios de comunicación, en rigor lo permite, es un terreno fértil del cual se han aprovechado los Demandados para celebrar la operación contractual de El Comercio – EPENSA que incrementa a un altísimo nivel la concentración del mercado de prensa escrita. Sin embargo, la protección de la libertad de expresión reconocida en la Convención Europea, art. 10 (respecto de la cual el art. 13 de la Convención Americana es mucho más protector) les ha obligado a los estados europeos a disponer que en la economía de los medios de información social “**la posición dominante como tal** está prohibida”.

X.- Análisis final.

10. 1. Análisis de la jurisprudencia nacional del TC sobre libre expresión, pluralismo y control de mercados.

363.) Cabe señalar que en las dos primeras secciones de este largo capítulo (referidos a los alcances del art. 61.1. y art. 61.2), habíamos considerado que en su literalidad la norma constitucional protege de manera radical la mayor libertad de competencia de las empresas pues al permitir monopolios y posiciones dominantes, autoriza los mercados concentrados en todos los sectores, incluido los medios de comunicación; asimismo, habíamos indicado que, en cuanto al acaparamiento, la voluntad del constituyente no parece haberla considerado como estructura de mercado (salvo para el mercado de radio y tv).

³¹⁷Sentencia caso Centro Europa, 2012. Fundamento 74, que hace suyo el Dictamen de la Comisión de Venecia sobre la compatibilidad de las leyes italianas «Gasparri» y «Frattini» con las normas del Consejo de Europa en materia de libertad de expresión y de pluralismo de los medios de comunicación. Se refiere a la opinión de la Comisión de Venecia, aprobada en su 63ª período de sesiones (10 a 11 de junio de 2005).

El Informe completo de la Comisión de Venecia disponible en:

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2005\)017-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2005)017-e).

³¹⁸Sentencia caso Centro Europa, 2012. Fundamento 74.

- 364.) No obstante ello, si profundizamos el análisis, consideramos que, para asegurar la propia libertad de competencia y otros fines del propio estado constitucional, tal enfoque permisivo no tendría por qué desplegarse así de ilimitado. Los límites han venido por fuente legislativa mediante ley de 1997 (para el mercado eléctrico) y la ley de 2019-2021 (para todos los mercados en general) que establecen el control previo de aprobación de fusiones y adquisiciones empresariales que puedan afectar la libertad de competencia.
- 365.) Cualquier economía tendría que asegurar que la riqueza creada por las actividades económicas sirva primero a resolver las necesidades humanas básicas, incluso una economía con libertad (irrefrenada) de competencia. Pero la economía de mercado será *social* y generadora de verdadero desarrollo -cf. art. 58, 59-³¹⁹ solo si produce trabajo digno y remuneraciones suficientes para el bienestar material, psíquico y espiritual de los trabajadores, y equitativas respecto de la riqueza generada por esa propia fuerza laboral _cf. art. 22, 24.³²⁰ No es, pues, la libertad económica, de los agentes del mercado, una libertad ilimitada, incondicionada.
- 366.) Es el propio estado en tanto *estado social y constitucional de derecho* el que junto con reconocer dicha libertad económica ha determinado que ella solo es un medio para alcanzar el fin supremo que han asumido el Estado y la Sociedad de atender primero la vida plena de las personas esto es su dignidad. Por ello, si bien se ha impuesto al Estado una primera y primordial obligación la de garantizar a las personas la satisfacción de esas necesidades básicas **en tanto derechos humanos** _cf. art. 44,³²¹ también la Sociedad, los ciudadanos, las empresas tienen el deber de cumplimiento de los derechos constitucionales de los ciudadanos _cf. art. 38.³²²

³¹⁹ Constitución. Artículo 58. (Economía Social de Mercado). La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 59.- (Rol Económico del Estado) El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

³²⁰ Constitución, Artículo 22.- (Protección y fomento del empleo) El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Artículo 24.- (Derechos del trabajador) El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

³²¹ Constitución, Artículo 44.- (Deberes del Estado) Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

³²² Constitución, Artículo 38.- (Deberes para con la patria) Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

367.) El Tribunal Constitucional, como parte del sistema jurisdiccional de control de la Constitución, ha señalado en su jurisprudencia que es constitucionalmente admisible la limitación de las libertades establecidas en la constitución económica. Así, por ejemplo:

-En el caso Regalías mineras,³²³ se establece que el crecimiento económico no puede estar sobre la vida humana plena,

-En el caso Franja electoral,³²⁴ se establece que los particulares, por ejemplo, las empresas de comunicación social, tienen adicionales deberes respecto a diversos derechos constitucionales como la educación, la formación moral y cultural (art. 14),³²⁵ la pluralidad informativa (art. 61. 2), etc.

368.) El TC en la jurisprudencia más específica de libertad de expresión ha hecho suya gran parte de la doctrina que sustenta la regla imperativa del derecho internacional de derechos humanos que proscribía la propiedad concentrada sobre los medios de comunicación;³²⁶ asimismo, ha establecido como doctrina que la libertad de empresa no puede desplegar todo su poder de crecimiento si afecta la pluralidad informativa. En veinte años de jurisprudencia,

³²³ STC 0000-2000 Caso regalías mineras. Fund.

“La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente.

“En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la

prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto

³²⁴ Caso Franja electoral, STC 0003-2006 fund. 48 y 49, donde el Tribunal Constitucional reconocía que en la realidad las empresas de comunicaciones también se comportan como órganos de poder fáctico cuando en su dinámica de crecimiento alcanzan niveles monopólicos u oligopólicos y en virtud de ello se convierten en instrumentos de una cultura totalitaria, uniformadora, controladora y manipuladora de la opinión pública:

Fund. 48. Por otra parte, así como existen monopolios comunicativos impuestos por gobiernos autoritarios de turno, es deber fundamental de los medios de comunicación no ceder ante una suerte de monopolio “natural”, producto del eventual e inadecuado ejercicio del poder que les viene asignado en las sociedades de nuestro tiempo (...) Grandes monopolios de la comunicación y la información, capaces no sólo de crear las llamadas culturas del uniformismo, sino de generar una opinión pública también uniforme, manipulada e impuesta (...) Poder [privado] que no sólo controla la opinión pública, sino que, además, la crea. (...)

Fund. 49. El Tribunal Constitucional considera que estos peligros pueden ser debidamente evitados, si los medios de comunicación privados cumplen con el deber que les viene asignado por la Constitución, consistente en colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural de la sociedad (artículo 14), además de las otras obligaciones propias de la función social que cumplen en el Estado social y democrático de derecho (...).

³²⁵ Constitución, Capítulo II. De los Derechos Sociales y Económicos (Artículo 4 al 29). Artículo 14. (...) “Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural”.

Caso Franja electoral, STC 0003-2006 fund. 48 y 49 ya citados.

³²⁶ Como se adelantó en una sección anterior de este análisis, respecto al tema de la demanda (concentración del mercado de prensa escrita como forma de acaparamiento), si bien el TC hace reiteradas menciones a la fuente internacional de derechos humanos que proscribía la propiedad concentrada sobre los medios de comunicación, sin embargo **no brinda líneas directrices precisas** para que, por ejemplo, el legislador democrático pueda regular las estructuras de mercados de **todos los medios de comunicación social**, incluida la prensa escrita (teniendo en cuenta que en la única sentencia donde se trató del “acaparamiento”, el TC se circunscribió al examen del mercado de radiodifusión que utiliza un recurso finito como es el espectro electromagnético); de ese modo podría ser que el Tribunal Constitucional también contribuyó a la omisión del Estado que -en 40 años de aprobada la Convención Americana y más de 35 años de la Opinión Consultiva 5-85- no cumplió en asegurar la protección de la libertad de expresión mediante medidas legislativas específicas que garanticen su no violación.

desde el caso Caja Rural, 2002, hasta el caso de publicidad estatal, 2018,³²⁷ el TC ha expresado lo siguiente:

Doble dimensión de Libre expresión, Democracia, opinión pública, acceso a la información pública, Censura previa, Vida privada, interés público, Titularidad de todas las personas, Optimización de la libertad.

- i) La libertad de expresión tiene una **doble dimensión** como un derecho individual y un derecho colectivo o social,
- ii) Su significado como “concreción del principio de dignidad del hombre y del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad”, y
- iii) Su valor como “piedra angular de la sociedad democrática e indispensable para la formación de la opinión pública”,
- iv) El acceso a la información pública en su doble dimensión, como derecho individual que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las oficinas estatales, y como derecho colectivo de todas las personas a recibir información, a fin de que puedan formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad democrática (casos viajes de Alberto Fujimori-2003, y viajes de Alejandro Toledo-2004),³²⁸
- v) La garantía de no control o censura previa (caso Ramírez de Lama, Tumbes-2005),³²⁹
- vi) El respeto de la vida privada y la intimidad de toda persona,
- vii) El interés público de la información que se difunde, como objeto de protección por el ordenamiento (caso Medina Vela – Adaro Rueda-2005),³³⁰

³²⁷ Véase las citas completas de esta jurisprudencia en su respectiva sección anterior. En orden cronológico: STC 00057-1998-AA/TC, caso Editora Sport S.A. – diario El Chino c/ Municipalidad de Lince, ordenanza contra portadas de desnudos, sexo y cadáveres en periódicos y revistas exhibidos en quioscos. STC 00905-2001-AA, Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín vs. Radio Imagen (empresa Comunicación y Servicios SRL) y periodistas Ramón Alfonso Amaringo Gonzales e Hildebrando García Moncada. Sentencia del 29 enero 2003 STC 01797-2002-HD, caso viajes de Alberto Fujimori, sentencia del 19 noviembre 2004 STC 0959-2004-HD/TC, caso viajes de Alejandro Toledo. STC 02262-2004-HC, Carlos Laureano Ramírez de Lama c/ juez Carlos Bendezú Díaz, de la Sala Penal de Tumbes. Sentencia de 9 octubre 1998, de la Sala de Derecho Público de Lima, Expediente 1003-98, caso empresas Cines y Servicios S.A. y Multifilms S.A. - cines Teatro Colón y República c/ Municipalidad de Lima, clausura cines porno. STC 0003-2006-PI, Sentencia de 19 septiembre 2006, caso inconstitucionalidad de la franja electoral, artículo 37 Ley 28094 Ley de Partidos Políticos. STC 00030-2005-PI, Sentencia de 2 febrero 2006, caso inconstitucionalidad de la ley de barrera electoral 28617 - Ley Orgánica de Elecciones y Ley de Partidos Políticos. STC 0048-2004-PI, Sentencia de 1 abril 2005, caso inconstitucionalidad de la Ley 28258 - de Regalía Minera. STC 10034-2005-PA/TC, caso alumno Oliver Iparraguirre c/ Universidad Privada de Tacna. STC 00015-2010-PI-TC, caso Ley de Radio TV. STC 02976-2012-PA, caso semanario El Búho. STC 00012 y 00013-2018-PI-TC, caso Ley de publicidad estatal. En: portal web del Tribunal Constitucional, sección “libertad de expresión”. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?tema=libertad_de_expresion&action=categoria

³²⁸ STC 01797-2002-HD, Sentencia de 2003, caso viajes de Alberto Fujimori, fund. 10-11, y Sentencia de 2004, caso viajes de Alejandro Toledo, STC 0959-2004-HD/TC, fund. 11.

³²⁹ STC 02262-2004-HC, Sentencia de 2005, caso Ramírez de Lama c/ juez de Tumbes, fund. 15-16.

³³⁰ STC 6712-2005-PHC, Sentencia de 2005, caso Magaly Medina Vela y Mónica Adaro Rueda, fund. 36, 37, 52. El Tribunal refiere que uno de los límites del ejercicio del periodismo es el derecho a la vida privada y la intimidad de todas las personas, inclusive de las personas dedicadas a la farándula o al espectáculo. Asimismo, la intimidad de una artista del espectáculo aun cuando se esté dedicando a la prostitución, no es parte del interés público. La libertad de expresión y la actividad periodística como medio que concreta dicha libertad gozan de la mayor protección en el ordenamiento jurídico solo cuando las informaciones que se difunden tienen que ver con asuntos de **interés público**, esto es temas que tienen relación con el orden público **democrático** (“discursos que convocan a la participación de los ciudadanos en la vida colectiva, la democracia, el

viii) La titularidad de la libertad fundamental radica en *todas y cada una de las personas*; y no solo de los profesionales del periodismo, o de titulados en algún instituto académico (caso Colegio de Periodistas del Perú-2006)³³¹.

ix) El derecho de expresión “cuenta con un **margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales**” (caso Caja Rural -2002).³³²

Libertad de expresión y democracia vs. libre mercado y poder privado (caso *franja electoral 2006*)³³³

-La razón de ser de los medios de comunicación es en primer lugar cumplir “la función social” de “formar y canalizar la opinión pública indispensable para garantizar el pluralismo”,

-Por dicha razón, “el Constituyente ha previsto que los derechos de informar y opinar no solo comprenden los de fundar medios de comunicación (artículo 2, inciso 4), sino también que “la prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado o de los particulares (*artículo 61, Constitución*)”

-La “**captación monopólica y autoritaria de las redes de difusión** de la información y de la expresión, sean escritas, visuales o auditivas, **coarta la libre formación del pensamiento**, al impedir la canalización de las ideas, las propuestas y el discurso, consensual o disidente” (fund. 47)

-Las empresas propietarias de radio y tv no pueden adoptar en su actividad informativa “una **perspectiva exclusivamente rentista o de lucro comercial** (...) de mercado”, no pueden entender la libertad de expresión solo como “**un producto o servicio más de los muchos que se distribuyen en el mercado bajo las reglas de la oferta y demanda**”, y no pueden desconocer que el objeto de difundir noticias y opiniones de carácter político (ejemplo la “franja electoral”) sea “**un medio para canalizar el pluralismo político, garantizar la igualdad** y situar a las fuerzas partidarias en el más directo contacto con la mayor cantidad posible de ciudadanos” en periodos electorales (fund. 43-44)

autogobierno, la igualdad”, y que forman parte del concepto político de la libertad de expresión), y no cuando las empresas del mercado de televisión han organizado una aceptada industria que promueve, profundiza y multiplica en un sector de televidentes el consumo de programas de chismografía, “figoneo, impertinencia y curiosidad” carentes absolutamente de verdadero interés público. EN el caso concreto, el programa televisivo al difundir escenas sexuales practicadas en su intimidad por una artista de la farándula alegó como tema de interés público la investigación de una red de prostitución clandestina ejercida por vedetes; el TC respondió que “no contribuye al desarrollo de la sociedad peruana saber que una o dos bailarinas se hayan dedicado al meretricio”.

³³¹ Sentencia de 2006, caso inconstitucionalidad de la Ley 28904, colegiación obligatoria para ejercer periodismo, STC 00027-2005-PI-TC. El TC se remite en gran parte a la doctrina desarrollada por la Corte Interamericana en el caso OC 5-85.

³³² STC 00905-2001-AA, caso Caja Rural. Ver principalmente, fund. 11, La libertad de expresión comprende “el derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, si no, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados”; fund. 12, comprende “una dimensión individual, para que ‘nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento’ o de difundir hechos informativos” y “una inevitable dimensión colectiva, que garantiza el derecho de todas las personas a ‘recibir cualquier información y (a) conocer la expresión del pensamiento ajeno’”; fund. 13, 14.

³³³ STC 0003-2006-PI, Sentencia de 2006, caso inconstitucionalidad de la franja electoral regulada por el artículo 37 Ley 28094 de Partidos Políticos, por el cual se obliga a radios y televisoras privadas y públicas a asignar un tiempo de su programación para la difusión de los programas partidarios en época electoral; fund. 47, fund. 44-45. Poco tiempo después, en 2012, con la STC 00015-2010-PI/TC caso Ley de Radio TV (2012) el TC completará su doctrina sobre los límites de las empresas propietarias de medios de comunicación respecto de la libertad de expresión.

-Los medios de comunicación no tienen derecho de crecer “naturalmente” hasta el grado del monopolio.³³⁴

-Las empresas y medios de comunicación no pueden, en nombre de la libertad de mercado, ser un **“poder [privado] que controle la opinión pública, ni crearla”**.³³⁵

-El peligro de que las empresas sean un “poder privado que controle la opinión pública” “puede evitarse si los medios de comunicación privados cumplen” en “colaborar con el Estado en la educación y la formación moral y cultural” de las personas,³³⁶ cumplen las demás obligaciones que el Estado “social” de derecho debe imponerles, entre otros, “garantizar la libertad de expresión y el respeto al pluralismo informativo” (fund. 49), y “defender la constitución y del sistema democrático, que es un deber de “todos los peruanos””.³³⁷

-El “estado social” de derecho, y la **“economía social de Mercado”** conllevan que los medios de comunicación no puedan concebirse “como **comunes entidades empresariales**”, sino que **“su participación como grupos económicos está condicionada”** “al bien común, el interés general” y a los **“bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”**. Así, el “crecimiento económico” y **“las posiciones de los más poderosos económicamente”** no puede “reñirse con el **derecho a la plenitud de la vida humana**”, ni “superponerse a la dignidad de la persona, prioridad del Estado y la sociedad conjunta”, por lo cual puede “establecerse legítimas restricciones a la actividad de los privados”, para “optimizar el principio de solidaridad”, “corregir las deformaciones del mercado” y garantizar un ambiente equilibrado al desarrollo de la vida”.³³⁸

-Por todo lo anterior, “los medios de comunicación están obligados a **relativizar sensiblemente** (sin extinguirlo) **su ánimo de lucro**”. De ese modo, igual que la Corte en el caso OC-5-85 el TC también proclama que en el Perú es indispensable “la **pluralidad de medios (y) la prohibición del monopolio en cualquier forma**” en los mercados de la información.³³⁹

³³⁴ Caso Franja electoral, fund. – Dice el TC: que los medios tienen “el deber fundamental de no ceder ante una suerte de monopolio natural, producto del eventual e inadecuado ejercicio del poder que les viene asignado en las sociedades de nuestro tiempo”. La razón de la inaceptabilidad del crecimiento monopolístico la da el TC con cita de un autor: Que los medios tienen el deber, por ejemplo, de no comportarse como “monopolios de la comunicación y la información, capaces de crear las llamadas culturas del uniformismo /y generar una opinión pública uniforme, manipulada e impuesta, y que nada tiene que ver con la opinión libre y racional con la que soñara el primer liberalismo”, que “La agenda (...) ya no viene determinada por los hechos y las circunstancias que realmente acaecen, sino por los criterios, intereses y conveniencias de esos monopolios, dueños de los centros generales de información”. “Nota a pie (37) (Cfr. Vega, Pedro De. Democracia, representación y partidos políticos. En: Pensamiento Constitucional. N.º 2, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, pp. 24 a 25)”.

³³⁵ Caso Franja electoral, fund. 48. Que la sociedad es la única legitimada de ser “opinión pública y gran tribunal social que controle el poder”, y no el poder privado. Nota a pie(37) Pedro de Vega (texto citado).

³³⁶ Constitución 1993. Artículo 14. (...) “Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural.”

³³⁷ Constitución 1993. Artículo 38.

³³⁸ Caso franja electoral, fund. 50. Nota a pie (38) El TC se remite a su doctrina en STC 0048-2004-PI, caso regalía minera, fund. 15-16, Sentencia de 1 abril 2005, demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso y cinco mil ciudadanos, contra la Ley 28258 - Ley de Regalía Miner.

³³⁹ El TC invoca respaldo en la jurisprudencia de los siguientes órganos internacionales:

-En la Corte Interamericana, cuando sostiene que ningún derecho individual de difundir puede justificar que se constituyen monopolios sobre los medios de comunicación (cf. OC 5-85, fund. 34),

-En la Comisión Interamericana, al sostener que monopolios y también oligopolios en la propiedad de los medios son incompatibles con la democracia (cf. Declaración de Principios, p. 12),

-En la Relatoría Especial de la OEA, al sostener que si el control de los medios lo tiene “un reducido número de individuos” o empresas, y si las fuentes de información son limitadas, entonces “se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático” (cf. Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios - 2000, fund. 55).

Pluralismo informativo, opinión política, Democracia (caso Ley RTV 2012)³⁴⁰

-El “contenido constitucionalmente protegido de las libertades de expresión y de información” relaciona “con la función de los medios de comunicación social en el Estado Constitucional, y el concepto de pluralismo informativo” (fund. 13).

-La libertad de expresión es “piedra angular de la democracia” (cf.: Corte, OC 5-85);

-No existe democracia sin pluralismo” (fund. 20); y

-El pluralismo está garantizado por la Constitución en diversas manifestaciones (fund. 21)

i) El pluralismo cultural (artículo 2, inciso 19, identidad étnica y cultural),

ii) El pluralismo social, pluralidad educativa, multilingüismo y diversidad cultural (artículo 17),

iii) Un pluralismo político (artículos 2-17, 30, 32 y 35),

iv) Un pluralismo económico, artículo 60; y,

v) “Un **pluralismo informativo, cuya principal concreción está manifestada en la prohibición dirigida al Estado y a los particulares, de monopolizar o acaparar los medios de comunicación social, prevista en el artículo 61 de la Constitución, párrafo segundo**”.

-La libertad de expresión está vinculada directamente con el principio de dignidad del ser humano, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y la democracia:

-Las “libertades de expresión e información, **“tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia”, debido a que forman opinión política, forman voluntad política (cf. OC5-85 fund. 70).**

Libre competencia, monopolio, acaparamiento, pluralismo informativo.

-La Constitución económica establece como “principio general”, que los monopolios ni la posición de dominio están prohibidos, solo el abuso de dichas posiciones; sin embargo, el párrafo del artículo 61.2 establece un “principio especial” (fund. 23) “en lo **que a los medios de comunicación se refiere**”, pues dicha norma sirve para “garantizar el pluralismo informativo” y “consecuentemente, las libertades de expresión e información”, y “para garantizar una sociedad democrática” (fund. 27).

-La “decisión del constituyente” ha sido que “**el valor de la libre competencia (.) debe ceder ante el valor de la protección del libre y plural flujo de las ideas y de los hechos noticiosos**” (cf.: Corte, OC 5-85 fund. 70, que no se puede restringir la libertad de expresión por “vías indirectas”).

-En cuanto a la “**prohibición del monopolio no se requiere mayor regulación (pues se entiende claramente que no estén “dirigidos solo por el Estado o por una sola persona jurídica o natural”)**”, pero que hay un “ámbito normativo de dicho precepto constitucional que sí requiere precisión legal”, es el “referido a la prohibición de que los medios de comunicación sean objeto de acaparamiento. ¿Con el **control de cuánto porcentaje del total de medios de comunicación** una persona “**acapara**” el **mercado** de medios?

-El **acaparamiento previsto** en el artículo 61 debe ser objeto de “regulación legal” para “cumplir con el objetivo constitucionalmente trazado de “que el Estado o los particulares no **acaparen el control** sobre los medios de comunicación”. fund. 29

-Los porcentajes establecidos en la Ley RTV, 20 por ciento en el caso de radios y 30 por ciento en el caso de estaciones televisivas constituyen cantidades de “porcentaje significativo” de control sobre el mercado, que además de “garantizar la inexistencia de monopolios a nivel de los medios de comunicación”, evitan también que un agente

³⁴⁰Caso Ley RTV STC 0015-2010-PI, fund. 12. Si ¿resulta constitucional que cada empresa televisiva pueda titularizar como máximo un 30% de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, tal como lo dispone el segundo párrafo del artículo 22° de la Ley de Radio y Televisión?

“**acapare**”, esto es “controle un significativo porcentaje de las frecuencias”, y que fijar en 30% “el tope máximo de control mantiene un espacio razonable para la libre competencia”, pues las otras empresas aún tienen “incentivos” “para pugnar por el dominio del máximo legalmente permitido”. fund. 30,

-El **acaparamiento indirecto** exige que las distintas personas jurídicas titulares de frecuencias “carezcan de nexos que puedan determinar entre ellas una línea informativa uniforme o sustancialmente análoga”, porque de acuerdo al artículo 61.2, “los medios de comunicación no deben ser objeto de monopolio o acaparamiento directa **ni indirectamente**”. Fund. 31.

-Los “límites en el uso de las frecuencias radiales y televisivas están sustentados, **en buena medida**, en el reconocimiento del espectro radioeléctrico como recurso natural limitado, que el Estado está obligado a proteger” Fund. 33.

Protección de libre expresión y pluralismo como libertades preferidas vs. Libertad de empresa

-Una de “las manifestaciones del pluralismo informativo, es la *diversificación* de los titulares de medios de información”, fund. 37,

-No hay violación alguna de la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, pues la imposición de límites al crecimiento ni afecta la libertad de fundar empresas y/o concurrir al mercado, ni su libertad de organizarse del modo que mejor acomode a su eficiencia, ni la libertad de decidir cuándo termina sus actividades la empresa.

-El derecho a la empresa que comprende también la libertad de competencia “sí puede considerarse restringido, pero de manera legítima, pues en el “**caso de los medios de comunicación, la libre competencia no despliega todo su ámbito de protección ortodoxo**, sino que se **encuentra sujeta a la razonable regulación** del legislador”, por el propio mandato constitucional.

-La intervención estatal en la actividad empresarial de los medios de comunicación a través de imponer topes porcentuales en la propiedad de los medios tiene como fin “optimizar **bienes constitucionales, que deben protegerse DIRECTAMENTE**” como “**el pluralismo** informativo (artículo 61), y las **libertades de expresión e información** (artículo 2, inciso 4)”, para lo cual debe “mantenerse un ámbito razonable para el **ejercicio de la libre competencia** entre los medios de comunicación”. Fund. 42

-La intervención estatal también es para optimizar “bienes constitucionales que deben **protegerse, INDIRECTAMENTE**”, que son “**el libre desenvolvimiento** de la personalidad (artículo 2, inciso 1), el principio de dignidad (artículo 1) y el mantenimiento del sistema democrático (artículo 43)”.

-La razón es porque aquellas son unas “libertades preferidas”, “gozan de un peso axiológicamente muy relevante en el Estado Constitucional” (Fund. 42). Se trata de “**bienes constitucionales** cuyo “peso es **significativamente mayor** que la intensidad de la intervención que dicho trato genera sobre el principio-derecho de igualdad” respecto de los derechos de libertad de empresa, de contratar o de propiedad de los que son titulares las empresas mediáticas. Fund. 43.

369.) En conclusión, podemos ver que incluso en la jurisprudencia por la que según los Demandados sería imposible alguna actuación de la justicia constitucional para revisar la transferencia de acciones de una empresa periodística debido a que “no existe ley de desarrollo” que precise el acaparamiento para prensa escrita (STC 0015-2010-PI, caso Ley Rtv), existen fundamentos que pueden sustentar que un contrato mercantil entre empresas de prensa sí puede someterse a supervisión de la justicia si afecta directamente la libertad de

expresión, por ejemplo, si a raíz del contrato una empresa toma “control sobre los medios”, pues el TC entiende que son objetos de controles particulares no solo el comercio de “insumos o productos” requeridos para la industria informativa (*acaparamiento* en su antigua acepción), sino también el control de los “**mercados de los medios de comunicación**” a través del control “de **porcentajes** de participación en el mercado”, que cuando alcanza un grado monopólico u oligopólico afecta libertades fundamentales que son “preferidas” respecto de otros derechos como la libertad de empresa, de contrato o de propiedad.

370.) Y si bien la voluntad del constituyente de 1993 pudo ser favorecer el interés privado a través del régimen ilimitado de libre competencia del art. 61 y debilitó la mayor protección que daba la anterior carta de 1979 a la libertad de expresión (pues antes se reprimía claramente el oligopolio -entiéndase posición de dominio o concentración de mercados- en los medios, cosa que el texto actual dejaría autorizado), lo cierto es que la jurisprudencia constitucional es del criterio de que el 61.2 constituye un régimen **especial** en el cual la libertad de competencia irrestricta no puede imponerse. La razón es que los destinatarios de la norma no solo son las empresas como agentes económicos del mercado, sino principalmente los que son titulares del derecho fundamental de la libertad de expresión e información, y a quienes dicha economía especial sirve (debe servir): **las personas como ciudadanos** (y no *meramente usuarios, consumidores, compradores, contratantes, agentes económicos*). Es evidente también que los intereses de ambos destinatarios pueden ser contrapuestos, los ciudadanos requieren el **pluralismo** y tener *la mayor cantidad de fuentes de información, de medios, de empresas, de periodistas que brinden las más variadas miradas* sobre la realidad **para que esas personas se informen** de la cosa pública, decidan en ella y participen activamente y tener acceso a la mayor cantidad razonable de fuentes y medios; por otro lado, el interés de las empresas es hacer utilidad.³⁴¹

371.) **En el** caso del mercado de prensa escrita la literatura de competencia (como hemos visto en todos los documentos de la Relatoría Especial de la Comisión Interamericana, en todas las Declaraciones Conjuntas de los Relatores de la ONU, Europa, África

³⁴¹ Esto ha sido resaltado por uno de los Demandados: que Epensa y El Comercio son empresas con fines de lucro: "Evidentemente el negocio editorial no es una actividad filantrópica, sin fines de lucro; por eso, todos los accionistas de EPENSA tienen objetivos comunes para el éxito de la empresa, y la generación de utilidades, y Grupo El Comercio persigue ese objetivo común. Por eso GEC está interesado que los diarios de EPENSA conserven su perfil, para -mantener el nivel de lectoría, y -la penetración en el mercado. Este fundamento económico y comercial desvirtúa la 'subordinación' del contenido periodístico de los diarios de GESAC". Escrito de contestación de señores Agois.

y América, y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo) brinda diversos ejemplos de que dicho mercado está fijado por la cantidad de diarios impresos, lectoría o audiencias, que se traduce también en cantidad de dinero por ventas, tanto de los propios diarios (precio de tapa) como de la publicidad; por tanto, se recusa no solo el control empresarial como retención especulativa de insumos o productos de la industria editorial, sino que se rechaza que un solo agente económico (un privado o el estado) posea el poder de “dirigir todos los medios”, esto es de **controlar**, lo que en términos de competencia también se traduce como el **control de todo un mercado** por un solo vendedor. Por tanto, prohibición del monopolio como poder de controlar **el ciento por ciento de un mercado** (de cualquiera de los mercados de los medios de comunicación e información), y prohibición del poder de controlar **un determinado porcentaje del mercado**, de cualquiera de los mercados de los medios de comunicación e información, y **no solo** de los mercados de bienes e insumos requeridos por la industria editorial para el caso de la prensa escrita. Ello se refuerza cuando el TC insiste en que la limitación que el art. 61.2 a la libre competencia debe servir para “cumplir un objetivo constitucional”, y es que el Estado ni particulares ejerzan “control sobre los medios”, control que no es otro que el “control de mercado” cuyo factor determinante está dada por la propiedad de los medios, esto es por quien es dueño accionista director gerente gestor representante apoderado de la empresa titular, etc. del medio.

372.) Otro criterio que brinda la jurisprudencia es el concepto de “porcentaje significativo” como parámetro de lo que es un mercado concentrado. En el caso peruano, se ha señalado que limitar hasta un treinta por ciento de control sobre el mercado (ejemplo, radio y televisión) se “garantiza la inexistencia de monopolios a nivel de los medios”, y que dicho “tope máximo de control mantiene un espacio razonable para la libre competencia” porque las demás empresas tienen “incentivos... para pugnar por el dominio del máximo legalmente permitido”. Esto nos lleva a destacar que uno de los Demandados ha señalado que la legislación comparada (Francia, con una tradición democrática indiscutible) establece **para la prensa escrita** un tope de participación de mercado hasta el 30 por ciento de lectoría a favor de cualquier empresa o grupo empresarial, lo cual constituye un indicador objetivo y razonable de hasta dónde podría permitirse participar a las empresas mediáticas en dicho sector de los medios.³⁴²

³⁴² Ello puede servir, por ejemplo, para la regulación de controles de concentraciones pendiente de legislar, que si un tercio de una audiencia en manos de una empresa garantiza el no monopolio, es porque está lejos de 100, que una tasa mayor de treinta por ciento NO garantizaría el pluralismo; y que si un tercio en manos de una empresa

373.) Finalmente, cabe destacar que no es ajeno para la jurisprudencia la problemática del control “indirecto” sobre los mercados de medios, esto es que si la norma exige que entre las empresas que participan en la propiedad de los medios debe existir **sustancial** desvinculación y no aparente, pues cuando se requiere que las personas jurídicas del mercado “carezcan de nexos”, es para evitar “una línea informativa uniforme o sustancialmente análoga”, pues ello justamente es lo que afecta el pluralismo. Dicha premisa es pertinente pues en el caso del amparo que hoy resolvemos, se ha planteado la cuestión de si el Acuerdo entre los señores Agois y Grupo El Comercio por el cual los diarios de la ex Epena continúan con un contenido periodístico editorial a cargo de una empresa (“Grupo Epena SAC – GESAC”), formalmente independiente a la dirección de El Comercio, fue o no un efectivo seguro para la pluralidad informativa.

10. 2.- Sobre Pluralismo, democracia, bien público y libre expresión.

374.) A todo lo dicho anteriormente, solo cabe ratificar que para todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos el pluralismo informativo es un elemento estructural del ejercicio del derecho fundamental de expresión e información, y forma parte del contenido esencialmente protegido por las normas y demás fuentes jurídicas del derecho internacional de derechos humanos; el tribunal constitucional nacional tiene básicamente el mismo sentido. Ello implica entonces que “la no concentración en pocas unidades de producción de información es una condición necesaria, aunque no suficiente, para asegurar el pluralismo informativo”.

375.) El derecho a ejercer la libertad de expresión e información en condiciones de pluralidad tiene como titulares a todas y cada una de las personas en cada territorio nacional. Los titulares del derecho son cada habitante, cada persona, cada ciudadano. En el Perú son titulares del derecho de libertad de expresión cada uno y todos los 30 y tantos millones de habitantes, personas con cara y nombre propios, que existen en el territorio nacional donde la Constitución rige.

376.) Ello tiene que ver con el hecho de que la información en su oferta y su acceso es un **bien público**, y no puede ser apropiado patrimonialmente como cualquier otro bien común de la economía general, sujeto a las reglas de oferta / demanda, debido a que, como

(dominio preexistente) permite que otros participantes con menor porcentaje puedan también alcanzar otro tercio (dice “pugnar por el dominio del máximo permitido”), esto es que pueda competir, pueda alcanzar o desplazar del dominio de aquel, significa que si un agente tuviese una tasa mayor de treinta por ciento, NO se garantizaría la posibilidad de competir de los agentes minoritarios. Por tanto, el factor un tercio (o treinta por ciento) de un mercado resulta razonable, porque si es mayor ya no se garantiza evitar el monopolio, y tampoco se garantiza competencia.

hemos expuesto ampliamente en los capítulos anteriores, forma parte constitutiva de la democracia;³⁴³ porque la información corresponde a las ideas y a los símbolos en los que las personas se reflejan e identifican. En ese sentido, es inadmisibles la tesis de que el crecimiento de tal o cual empresa periodística y de la cantidad de lectores u oyentes o televidentes, sea el simple resultado del éxito empresarial como alegan los Demandados, pues todo control estatal o privado sobre los medios resulta contrario a la democracia, de allí la prohibición de todo monopolio u oligopolio dado el carácter “conspirativo” de estas concentraciones.³⁴⁴

377.) Incluso en alguna pericia jurídica de los propios Demandados se parte de la premisa de que si el régimen constitucional de la economía de los bienes y servicios de la libertad de expresión rechaza todo monopolio, es porque al excluir a las empresas de medios de la regla que permite el monopolio en la economía general, busca protegerse la pluralidad informativa por ser un bien jurídico de tutela reforzada por parte del ordenamiento jurídico debido a una razón capital de orden político: su relación con la **democracia**;³⁴⁵ que el

³⁴³ Como ya anotaba el Informe Mac Bride, aprobado por la UNESCO en 1980, “los derechos humanos no pueden existir sin la libertad de palabra, de prensa, de información, y de reunión. La transformación de esas libertades en un derecho individual o colectivo más amplio a comunicar es un principio evolutivo en el proceso de democratización”.

En: “Un solo mundo, voces múltiples. Comunicación e información en nuestro tiempo. Hacia un nuevo orden mundial de comunicación, más justo y más eficiente”. Informe de la Comisión Internacional para el estudio de los problemas de la comunicación, presidida por Sean MacBride, Fondo de Cultura Económico, 1987, México DF. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000040066_spaov.

³⁴⁴ Por todas, véase Declaración de Principios sobre la libertad de expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos el año 2000. El artículo 12 no deja dudas de la incompatibilidad entre los oligopolios en la propiedad y control de los medios de información y el derecho fundamental de libre expresión, debido a que por su naturaleza dichas formaciones empresariales “conspiran contra la democracia” razón por la cual “deben estar sujetos a leyes antimonopólicas”.

³⁴⁵ Así, por ejemplo, en la contestación de la empresa SEE de Grupo El Comercio, un Informe especializado apunta como bases de su razonamiento el siguiente:

“Lo que busca el 61-2 es garantizar el pluralismo informativo, y este a su vez (busca) garantizar los derechos constitucionales de Libertad de expresión e Información,

“En un sistema democrático el pluralismo informativo puede ser entendido como la posibilidad de tener diversas fuentes independientes de información y por tanto distintos tipos y tendencias de información veraz,

“A mayor diversidad informativa, mayores recursos para el ejercicio del derecho de libertad de expresión e información en una sociedad democrática,

“(Si) el 61-2 busca promover la mayor diversidad informativa, (entonces) resulta razonable que la norma Constitución busque limitar las situaciones en que la producción de las noticias y de la información sigan una sola tendencia al ser controladas por un solo agente”.

Informe doctor Bullard, numeral 26, ss; folio 436, ss, tomo 1 del expediente judicial.

En coherencia con la interpretación del sistema internacional de protección de derechos humanos respecto de la incompatibilidad entre pluralidad informativa y monopolios y oligopolios, a la frase final del Informe (“al ser controladas por un solo agente) el Juzgado tendría que integrar “... o por algunos pocos agentes”.

El mismo Perito si bien en alguna parte parece conceder que el 61-2 también reprime el oligopolio, sin embargo, respaldándose en otro autor, considera que en dicho supuesto (de prohibir el oligopolio) la constitución no contendría un mandato líquido, para lo cual se respalda en Kresalja y Ochoa. Así el Perito señala que “lo anterior (que el 61-2 en interpretación del perito y el TC reprimiría literalmente solo el monopolio) también ha sido reconocido por Kresalja y Ochoa en los siguientes términos: La norma Constitución tiene como finalidad preservar la formación de una opinión libre. En ese mismo sentido, entendemos que la norma suprema prohíbe la

pluralismo informativo favorecido por dicho numeral de la constitución busca “a su vez garantizar los derechos constitucionales de Libertad de expresión e Información”, porque "en un sistema democrático el pluralismo informativo puede ser entendido como la posibilidad de tener diversas fuentes independientes de información y por tanto distintos tipos y tendencias de información veraz", y porque "a mayor diversidad informativa, mayores recursos para el ejercicio del derecho de libertad de expresión e información en una sociedad democrática”; por tanto, si “el Artículo 61 p.2 busca promover la mayor diversidad informativa", entonces "resulta razonable que la Constitución busque limitar las situaciones en que la producción de las noticias y la producción de la información sigan una sola tendencia o sean controladas por un solo agente”.³⁴⁶

378.) Por otro lado, para garantizar efectivamente el pluralismo ni siquiera será suficiente establecer un adecuado control sobre el crecimiento empresarial en los mercados de prensa escrita y demás medios de comunicación (en **todos los mercados de la economía de los medios de comunicación: radio, televisión, internet**, tarea pendiente en el Perú para dar cumplimiento cabal al mandato jurídico internacional y proteger la libertad reconocida en la Constitución art. 2.4). Esto es que, aun deshaciendo el contrato de adquisición de acciones que ha producido el alto índice de concentración en la prensa peruana, queda pendiente la tarea del Estado adoptar todas las medidas que fuesen necesarias para dotar de un real pluralismo informativo en cada uno de los distintos tipos de medios de comunicación social, entre ellos el tema de la concentración preexistente en el mercado de prensa y en los demás medios. Esa es una labor imperativa para el legislador democrático.

379.) Está justificada toda medida de control sobre la propiedad de medios, debido a la necesidad de defensa de la democracia, de proveer los recursos para una opinión propia y el autogobierno de cada uno y todos los individuos que conforman la colectividad, lo que hace de la pluralidad informativa un bien jurídico reclamado por el orden jurídico internacional desde hace décadas.³⁴⁷

380.) El reclamo del orden jurídico internacional para proteger el pluralismo adquiere particular importancia cuando en América Latina

concentración empresarial de los medios de comunicación social en la medida que se afecte la diversidad informativa" (El perito de los Demandados ha subrayado "en la medida que se afecte la diversidad informativa").

³⁴⁶ Informe del doctor Bullard, 26, 27, 28.

³⁴⁷ Ya hace 40 años, en el ya citado Informe Mac Bride de la UNESCO, de 1980, se exigía a los Estados "hacer todo lo posible por impedir que las tendencias hacia una concentración de los medios reduzcan progresivamente el alcance de la comunicación interpersonal y en última instancia destruyan la pluralidad de los canales, tradicionales o modernos, mediante los cuales pueden ejercer los individuos su derecho a la libertad de expresión". En Informe Mac Bride, pág. 5.

las poblaciones presentan una gran diversidad de características sociales, económicas, étnicas, lingüísticas, etc., por lo que la necesidad de que reciban información **plural** exige como imprescindible la presencia de posturas diversas e incluso divergentes, y que, si bien es **insuficiente que exista una alta cantidad** de medios de comunicación, el requisito implícito es evidente: Es **inaceptable que existan pocos medios** o que estos se concentren en pocas manos (oligopolio).

10.3.- Sobre periodismo y trabajo digno de los periodistas.

- 381.) Relacionado de manera directa con que la prohibición de la concentración de mercados en los medios de comunicación se ha hecho para asegurar el pluralismo informativo, está la protección del **periodismo** independiente, del trabajo del periodista en condiciones dignas, y **otros bienes jurídicos** relacionados, y ello debido a que “el pluralismo de los medios de comunicación es un concepto que excede el de la propiedad de los medios (lo que incluye el control de las fusiones empresariales)”.³⁴⁸
- 382.) Como se ha señalado reiteradamente en la fuente jurídica internacional y la teoría del periodismo, cada vez que existe un mercado concentrado³⁴⁹ en las industrias de la información se

³⁴⁸No se trata, pues, solamente de la supuesta oposición entre propiedad y el derecho fundamental social a la libertad de expresión en su dimensión de pluralidad informativa, sino que esta abarca mucho más, como lo señala un informe de la Unión Europea (2012, Grupo de Alto Nivel, "A free and pluralistic media to sustain European democracy (Medios libres y plurales para sostener la democracia europea)", así, por ejemplo, está no solo el establecimiento de reglas para el control de las fusiones (único punto que hemos abordado en la presente sentencia), sino -La situación profesional de los periodistas, -La relación existente entre los medios de comunicación y los actores políticos, entre muchos otros.

En cuanto a los periodistas, varios estudios y artículos consultados por el juzgado mencionan que la situación actual de los profesionales del periodismo en las empresas periodísticas nacionales presenta diversas características de precarización laboral, y en cuanto a la relación entre los medios y actores políticos, solo como referencia puede anotarse la investigación realizada por José Alejandro GODOY MEJÍA, "Entre liberales y conservadores. ¿Qué explica los cambios en la cobertura política del diario El Comercio durante el siglo XXI?", Tesis para el grado de Magister en Ciencia Política y Gobierno, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017. Disponible en:

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/8535>

Más sobre situación laboral de periodistas en América Latina.

Por un lado, "los periodistas suelen estar poco capacitados para el periodismo de investigación, el mapeo y la descripción de contextos, además de mostrar limitaciones en la comprensión de las estructuras de poder".

Por otro lado, "además de la falta de seguridad laboral y de beneficios en toda la región, los periodistas a menudo son empleados como trabajadores independientes o incluso sin contrato de trabajo. La creciente migración hacia los medios en línea (tanto en términos de los usuarios como de la publicidad) le impone nuevos formatos de negocios a la industria de los medios de comunicación, lo cual ha incidido de manera negativa en la cantidad de puestos de trabajo y ha modificado el perfil de los trabajadores. Si bien la ausencia de datos dificulta la identificación de una tendencia clara en relación al ambiente de trabajo de los periodistas, todo indica que en algunos países las condiciones laborales se encuentran en proceso de deterioro.

En: "Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios: Situación regional en América Latina y El Caribe", UNESCO, 2014.

En: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000229042>

restringe el óptimo del ejercicio del derecho de libre expresión: Disminuye la pluralidad externa informativa, y es imposible controlar que un medio de información que tenga dominio en un mercado asegure pluralidad interna informativa. Por lo que, es seguro que, en una situación de mercado de información concentrado, el periodismo no podrá brindar a las personas de su comunidad un producto efectivo que sea conforme a la diversidad cultural, social, económica, política y étnica de ese pueblo.³⁵⁰

383.) Los investigadores-autores apuntan que, por la concentración de los medios, el periodismo reduce su calidad, se desvincula con su ideal inspirador de la libertad de expresión, concibe a los lectores solo como consumidores y no ciudadanos, aumenta la producción de contenidos triviales solo para ganar audiencias, etc.³⁵¹

³⁴⁹ Es esa lógica de la acumulación, que también caracteriza la economía estadounidense y que Kovach – Rosentiel señalan como fuente de la afectación a la profesión del periodismo en el nuevo siglo (Kovach y Rosentiel, "Elementos del periodismo").

³⁵⁰ Para mayores alcances de la contraposición entre intereses de las personas a tener un periodismo que sea verdadera actividad que transmita la verdad, denuncie el poder abusivo, y contribuya a formar opinión ciudadana, y el interés de las corporaciones basadas en la lógica comercial, véase:

-En la academia nacional:

Alejandro José GUZMÁN GILARDI MAGNAN, "Pren/S.A. La tensión entre el periodismo y la empresa por razones de condicionamiento comercial", Tesis para optar por el Título de Licenciado en Periodismo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Ciencias y Artes de la comunicación, Lima, 2016. Dice el autor: "Los casos aquí mencionados son solo ejemplos de lo que se sustenta en esta investigación, expuestos para entender la colisión teórica de los conceptos de periodismo con los conceptos de empresa. Esta es una investigación académica, no periodística, cuyo contenido se encuentra sobre todo en la parte teórica, que es una colisión de dos grupos de conceptos que en el plano teórico resultan incompatibles. Como se ha dicho, esa incompatibilidad conceptual genera una tensión práctica. Cuando esa tensión explota, ocurren los casos de condicionamiento comercial".

-En el mundo:

Bill KOVACH y Tom ROSENSTIEL, "Los elementos del periodismo. Todo lo que los periodistas deben saber y el público esperar", Aguilar, 2012, Madrid. Descargado el 21-1-2020 de:

<http://www.elboomeran.com/upload/ficheros/obras/primeraspaginaselementosperiodismo.pdf>

³⁵¹ "Aquel debate sigue vigente, en especial si se observa cómo la crisis ha acentuado los procesos de concentración mediática en la práctica totalidad del globo. Es por ello por lo que ahora resulta más necesario que nunca recordar esa vía crítica, que no apocalíptica, propuesta por Umberto Eco para analizar el impacto que fenómenos económicos como la concentración mediática o la antedicha reducción de la inversión publicitaria tienen en el ejercicio de la actividad periodística; y cómo, por ende, esto acaba suponiendo una amenaza para el periodismo de calidad. De Mateo et al.(40) advierten, por ejemplo, de los efectos colaterales de crisis económicas como las vividas a finales de la primera década del nuevo siglo en la producción de contenidos, con la trivialización de los contenidos y la sobrecarga emocional para reducir costes y ganar audiencia. Berganza et al.(41) constatan en su estudio comparativo del periodismo suizo y español, que los periodistas españoles tienden a ver a sus lectores más como consumidores que como ciudadanos, lo cual conlleva implicaciones muy interesantes desde el punto de vista del deterioro de la profesión, al menos en su relación con los ya glosados ideales inspiradores de la libertad de expresión.

40 DE MATEO (Rosario), BERGÉS (Laura), GARNATXE (Anna), «Crisis, what crisis? The media: business and journalism in times of crisis», tripleC, vol. 8, n° 2 (2010), p. 251.

41 BERGANZA-CONDE (María Rosa), OLLER-ALONSO (Martín), MEIER (Katrin), «Journalistic roles and objectivity in Spanish and Swiss journalism. An applied model of analysis of journalism culture», Revista Latina de Comunicación Social, n° 65 (2010), p. 499, DOI: 10.4185/RLCS-65-2010-914-488-502-EN

En: "El periodismo español en tiempos de crisis. Un análisis multifactorial de amenazas y oportunidades para un ejercicio profesional de calidad" Roberto Gelado-Marcos, María Alcalá-Santaella Oria de Rueda et Rainer Rubira-García. "El Argonauta español", número 16 (2019), revista bilingüe (francés / español), de historia moderna y contemporánea consagrada al estudio de la Prensa española, desde sus orígenes hasta nuestros días (s. XVII a XXI).

<https://journals.openedition.org/argonauta/3710#ftn26>

10.4.- Sobre la medición del mercado concentrado en el caso concreto.

- 384.) En este contexto, la literatura de competencia especializada en el campo de medios de comunicación provee clara y suficiente información acerca de cuándo un mercado de medios se encuentra concentrado. Así, por ejemplo, según la regla CR4 aplicada a los mercados infocomunicacionales de América Latina (Becerra – Mastrini) y al mercado estadounidense (Albarran), el mercado de prensa escrita peruano de 2013 excedía con creces el referido índice que considera que si las 4 primeras empresas alcanzan el 50 por ciento de ventas o lectores del total de un mercado, se trata sin dudas de un mercado **altamente concentrado**.
- 385.) Igualmente, según la fórmula Índice de Hirschman y Herfindahl IHH utilizada por los Demandantes y Demandados apreciamos que si un mercado tiene un índice superior a 2,500 puntos es porque está altamente concentrado.
- 386.) En el caso concreto, con la información estadística cierta anexada con la demanda (a la fecha de la demanda) y la contenida en las Memorias Anuales de Grupo El Comercio GEC dirigidas a la Superintendencia del Mercado de Valores (por el periodo posterior a la demanda), se demuestra con toda claridad que el mercado peruano de prensa escrita se encuentra altamente concentrado.
- 387.) Cabe precisar que la información que da sustento fáctico a la decisión son i) Los datos de ventas de diarios de las empresas en cuestión del periodo 2006-2013 que son información cuya fuente proviene de los mismos Demandados, ii, Los Demandados en rigor no han formulado cuestionamiento alguno a esos datos, iii, Los Demandados incluso los han usado ora para llegar a una interpretación distinta (sin desvirtuar la prueba estadística en sí misma que detalla el mercado concentrado), iv, ora para negar que dichas cuentas resulten en un grado de concentración del mercado, debido a que (los Demandados) descartan el uso de la unidad de ventas de diarios para medir la concentración; iv, Adicionalmente y en relación a periodos posteriores a 2013, el tramo de 2013-2020, los propios Demandados brindaron información al juzgado pruebas estadísticas que reflejaban que la situación del mercado concentrado en base al dato de ventas de diarios (2017, informe oral) continuó básicamente la misma, v) Asimismo han producido información dirigida a autoridad pública y disponible en fuente pública (memorias anuales de Grupo El Comercio del periodo 2013-2019 entregadas a la Superintendencia del mercado de valores en el Perú) en la que ratifican que mantienen su liderazgo e indiscutido dominio en el mercado nacional de diarios y **además en otros mercados**

multimedia. Además, el referido Grupo económico cuenta con una importante participación en otros sectores lo que lo convierte en un grupo económico no solo multimedia sino conglomeral con presencia en sectores económicos diversos.³⁵²

388.) En resumen, el juzgado ha llegado a la conclusión de que la cuestión relevante de si estamos o no ante un mercado concentrado en el mercado de prensa escrita de diarios es sumamente clara, y que en cuanto a la tesis de algunos de los Demandados (de que habría que medir la concentración y aplicar el método de cálculo del IHH no sobre el cuantificador de las ventas de diarios o la cantidad de tiraje de diarios, sino sobre la cantidad de marcas de diarios que produce cada empresa o grupo económico, no solo carece del mínimo soporte en la literatura de competencia del sector de medios de información, además que en la información de los propios Demandados dirigida a la autoridad del mercado de valores se resalta que el indicador objetivo de su liderazgo en el mercado de prensa está dado no por la cantidad de marcas de diarios que posee sino por el dato de ventas y tirajes en comparación con las ventas y lectorías del resto de competidores.

389.) Así, pues, en cuanto a las cuotas del mercado de publicidad en prensa, durante seis años (2006-2012) GEC obtuvo ingresos por publicidad por más del 70% del total del mercado publicitario en la prensa, dejando para los otros grupos cuotas sumamente bajas: Grupo Erensa con alrededor de 6%, Grupo La República, con 5,2%, diario El Peruano, con 7,4%, y **todos los demás periódicos** del país en total todos ellos juntos con apenas una participación de entre 2 y 4%. Por tanto, a raíz del Contrato de acciones, sumando la cuota de Erensa, Grupo El Comercio obtiene un total de 77 por ciento de todo el mercado de ingresos por publicidad en prensa escrita. Finalmente, como hemos señalado (ver capítulo de Hechos), en todas sus Memorias Anuales se indica que dicha participación se mantiene en niveles similares. Por tanto, se demuestra **de manera fehaciente que** dicho sector se encuentra altamente concentrado, concentración que persiste (ver **Dato 12.- Cuadro 9. Participación de los principales grupos de la industria de periódicos en la captación de ingresos por publicidad (2006-2012 %) – f.62**) (Capítulo de Hechos de la presente sentencia).

390.) En cuanto a la concentración del mercado de diarios sobre la base de ventas netas, se aplica el Índice Herfindahl-Hirschmann (HHI), el

³⁵² “El Comercio o Ecomedia -controlado por las familias Miró Quesada y García Miro- es el grupo mediático más grande del Perú y se encuentra ubicado entre las 170 empresas más importantes del listado que elabora “Perú: The top 100.000 companies 2015”. El 2015, los ingresos de este grupo y sus subsidiarias fueron superiores a la suma total de lo recibido por toda la industria mediática del Perú. Monitor Media Ownership.

cual “tiene como características su disminución conforme se incrementa el número de competidores y se incrementa cuanto más aumenta la desigualdad entre ellos.”³⁵³

391.) En el caso concreto, la variación del IHH de antes del contrato y después del mismo es el siguiente:

	Antes	Después
Lima	4.240	6.985
Región norte	2.545	3.961
Región sur	3.522	5.719
Región centro	4.094	7.920
Región oriente	3.129	4.496
Total nacional	3.305	5.897

Fuente: elaboración propia en base a los anexos 1 al 6

(Ver: Dato 13.- Cuadro 10. Índices IHH del mercado de periódicos antes y después de la compra de Epensa por El Comercio f.63) (Capítulo Hechos de la presente Sentencia).

Cuotas de participación de cada grupo empresarial (antes del contrato):

Epensa: 29% - El Comercio: 49% - La República: 17% - Diarios Chicos Lima: 3% - Diarios Chicos regionales: 2%

El mercado de prensa, desde antes de la compra de Epensa por parte de El Comercio, se encontraba ya altamente concentrado.

Cuotas de participación de cada grupo empresarial (después del contrato):

El Comercio + Epensa: 78%, La República: 17%, Chicos Lima: 3%, Chicos Regionales: 2%.

Luego de la compra de acciones de EPENSA, el HHI ha aumentado en un 80%.

Por tanto, el mercado de prensa se ha visto incrementado en su nivel de alta concentración en virtud de la operación de venta de acciones celebrada entre los Demandados.

392.) Cabe señalar que no resulta razonable el criterio propuesto por uno de los Demandados en el sentido de que el mercado no se encuentra concentrado pues al medirse el IHH con el indicador de cantidad de diarios de propiedad de cada empresa o grupo empresarial, el IHH

³⁵³ El IHH es la suma de las participaciones de las empresas en el mercado relevante, elevadas al cuadrado.

De esta forma, es posible que se den las siguientes variaciones:

a) Mercados no concentrados: aquellos donde el índice de Herfindahl (IHH3) es menor de 1500.

b) Mercados moderadamente concentrados: aquellos con un IHH entre 1500 y 2500

c) Mercados altamente concentrados: aquellos con un IHH por encima de 2500

Por ejemplo, el mercado con cuatro empresas idénticas donde cada una tiene 25% del mercado, $IHH = 252 + 252 + 252 + 252 = 625 \times 4 = 2500$.

Fuente: Informe Fernández

resultante en Lima es de concentración moderada y en provincias es de **baja concentración**. Al respecto, solo cabe destacar que incluso en sus propias pericias económicas (Informe de Apoyo Consultores y de Alonso-Muñoz Consultores), los Demandados reconocen, en el primero, que el criterio de medir el IHH en base a las ventas netas o audiencias (como el que sustenta el Informe Fernández anexado por los Demandantes) es el utilizado en la mayoría de países que cuantifican la concentración de mercados mediáticos, y, en el segundo, que simplemente reconoce abiertamente que El Comercio posee la posición de dominio que se le adjudica, pero que es imposible que llegue al monopolio porque el propio mercado se lo impedirá, que la norma peruana permite dicha posición dominante y que, según la teoría económica, cualquier concentración del mercado no daña en absoluto, sino al contrario brinda un mayor bienestar a los consumidores (limitando su enfoque a los lectores solo como consumidores, obviando totalmente la dimensión política y de ciudadanía del asunto).

393.) En cuanto al control del Grupo El Comercio sobre la empresa Grupo Epensa SAC a cargo de los contenidos de los diarios que antes de la adquisición de las acciones EPENSA editaba de manera independiente, en el capítulo de Hechos puede constatarse que GESAC es una empresa totalmente dependiente de Grupo El Comercio pues carece de la mínima autosostenibilidad financiera o comercial, los productos editoriales y periodísticos que GESAC debe proveer para su publicación y comercialización, están evidentemente determinados por la política del grupo económico que es el único que percibe los ingresos por la venta de diarios y de la publicidad. A todo ello se añade que según el contrato de compraventa de acciones, se pactó que progresivamente Grupo El Comercio iría adquiriendo todas las acciones que quedaron en poder de la familia Agois; y que en efecto si bien la fusión empresarial empezó dejando a los señores Agois con una participación del 46 por ciento en el capital de PRENSMART y ABS, lo cierto es que poco tiempo después todo ese paquete de accionariado ha sido adquirido por Grupo El Comercio; y más aún la propia compañía Grupo Epensa SAC (que toda ella era formalmente cien por ciento de propiedad de Agois) ha terminado siendo adquirida cien por ciento por Grupo El Comercio. Por tanto, queda demostrado que desde su inicio el Acuerdo alegado como cláusula de salvaguarda de la pluralidad informativa fue ineficaz para asegurar una real pluralidad informativa, debido a los comprobados nexos de vinculación entre ambas empresas hermanadas además por

“una línea informativa uniforme o sustancialmente análoga”, como lo reconoció uno de los Demandados.³⁵⁴

394.) Por tanto, queda demostrado de manera fehaciente que como lo señalaron los Demandantes, el acuerdo de dividir la ex EPENSA en Grupo Epensa SAC para la parte de contenidos periodísticos, y PRENSMART para la producción de la impresión y comercialización de los diarios y la publicidad en realidad habría sido una operación fallida para tratar de justificar los severos reparos de que la operación iba a ser cuestionada por afectar directamente la libertad de expresión.

10.5.- Sobre mercados concentrados, omisión del Estado por no haber legislado, y la responsabilidad de las empresas que concentran mercado.

395.) En este contexto, el Juzgado no tiene otra opción sino cumplir como órgano estatal con brindar la debida protección al derecho fundamental de la expresión, pues el contrato de acciones que ha producido la concentración del mercado de prensa en los altísimos índices anotados significa una de las formas de “controles particulares” o restricciones encaminadas a impedir indirectamente “la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”, en los términos de la Convención Americana.

396.) La norma convencional reprime el oligopolio, esto es la posición de dominio, y la Constitución prohíbe de manera expresa solo el monopolio, pero lo cierto es que no puede esperarse a que una empresa adquiriera el cien por ciento del mercado para exigir la intervención del Estado, pues la finalidad de la norma (incluso de la que reprime solo el monopolio) es prohibir toda actividad empresarial que pueda **encaminarse** a una situación monopólica; significa que la mejor protección al bien jurídico requiere también prohibir situaciones como la posición de dominio cuando una empresa concentra el mercado informativo en altas tasas de circulación, audiencia o lectoría, pues tanto el monopolio como el oligopolio son por definición modalidades de disminución cualitativa a la pluralidad informativa, y su diferencia simplemente es de grado cuantitativo.

³⁵⁴ Señalan los Demandados: “La línea editorial está referida a ideología, línea política o mentalidad que tiene el medio de comunicación”; al proponer Grupo La República adquirir las acciones, Agois lo consideró “un grave riesgo para mantener el nivel de la lectoría y mercado por la posibilidad de que los periódicos de EPENSA variaran su estilo, y/o línea editorial y/o público objetivo”, por existir “diferencias notables en las líneas personales y editoriales de cada uno de estos medios de prensa”; por ello, “consideró no conveniente asociarse con GLR”, y “prefirió otras alternativas, entre ellas la de Grupo El Comercio”, “actor importante dentro del mismo negocio de EPENSA, conocedor del manejo del mundo editorial y de su mercado”, con lo cual “evitaron vender Epensa a La República”. (Ver: Escritos de contestación de Agois).

Es evidente, pues, que el acuerdo de los contratantes fue por un mutuo reconocimiento de ambos de tener lo que el TC llama “una línea informativa uniforme o sustancialmente análoga”.

Por ello, donde la Constitución dice prohibido todo monopolio, debe entenderse prohibida toda forma de acumulación y concentración y dominio empresarial más allá de un máximo razonable.³⁵⁵

- 397.) Está probado que la situación de la prensa escrita nacional **antes de la operación de compra de acciones** de agosto 2013 **ya era un mercado altamente concentrado**: Grupo El Comercio, grupo EPENSA y grupo La República constituían ellos solos una situación de oligopolio; que antes de la fusión El Comercio - EPENSA, la situación del mercado de prensa escrita ya era constitucionalmente inaceptable porque la pluralidad informativa ya se encontraba afectada; que la compraventa de acciones de 2013 lo que hizo fue afianzar la concentración preexistente siempre bajo el liderazgo y dominio de Grupo El Comercio que con dicha operación alcanzó el 80 por ciento del mercado, situación que excede todos los límites de concentración en los mercados de otros países de América Latina.
- 398.) Una empresa periodística que ha adquirido posición de dominio o que incrementó su posición de dominio preexistente al contrato, es una modalidad de **encaminarse** al monopolio. Esa empresa puede permanecer en su situación de dominio, e incluso no tener el propósito de alcanzar el monopolio (o nunca poder alcanzarlo realmente, como indican los Demandados – De hecho en la doctrina hay quienes sostienen que en prensa escrita el monopolio es (casi) imposible en la realidad), pero igualmente su posición de dominante en sí misma ya afecta la pluralidad y por tanto constituye una vía indirecta de afectación al derecho fundamental.
- 399.) Ya se ha dicho que en 2013 (fecha de la demanda) no existía legislación que controlase la concentración empresarial en altas tasas de cuotas en el mercado informativo (Y en la economía general dicha ley solo existe a partir del D.U. 013 del año 2019 y hoy a partir de la vigencia de la Ley 31112 de enero 2021). Sin embargo, el cuestionamiento a las empresas Demandadas por haber producido un mercado con altos índices de concentración en prensa escrita, no se debe valorar solo porque ello afecte necesariamente, de manera comprobada o eventualmente futura, la libre competencia, sino porque afecta objetivamente el pluralismo informativo.
- 400.) Asimismo, como hemos adelantado líneas arriba, la inexistencia de norma de desarrollo no obsta para declarar la responsabilidad de las personas que han violado la libertad de expresión, pues la trasgresión se ha producido *precisamente en virtud de conocer la*

³⁵⁵-La norma debe interpretarse en el sentido que más proteja al derecho fundamental (interpretación extensiva de los derechos humanos, en conformidad con el principio de progresividad de los derechos fundamentales), y el Principio de expansión de los derechos fundamentales, derivado del artículo 3, Constitución 1993, que consagra la regla de no taxatividad de los derechos fundamentales, la pluralidad informativa por sí misma podría considerarse ya un derecho fundamental autónomo.

omisión legislativa de parte del Estado, esto es que la comisión de la acción violatoria se ha producido a sabiendas de que la inexistencia de una ley de desarrollo que precise alcances a la concentración de mercado en la prensa escrita significaría un alegato o estrategia de defensa a su favor para revestir de legalidad el acto claramente trasgresor.

401.) Así, pues, la inacción legislativa del Estado al no controlar las fusiones empresariales que resulten en un alto grado de concentración del mercado de medios constituye no solo una inconstitucionalidad por omisión, sino más una inconventionalidad por omisión, pues incumplió no solo el mandato de *prevención de acciones que afecten la libre competencia, conforme al art. 61 Constitucional*, incumplió el mandato de impedir las operaciones empresariales encaminadas indirectamente a la formación de monopolios *también conforme al art. 61 Constitucional*, sino que fue una omisión neta y total del mandato expreso de la fuente jurídica internacional que ordenaba **desde 1978 conforme a la Convención Americana, art. 13**, impedir toda forma de control particular que afecte la libertad por medios indirectos, y que desde **1985** disponía la prohibición de toda forma de **oligopolio** en los mercados de medios, *esto conforme a la Corte Interamericana, OC 5-85.*³⁵⁶

402.) Pero como también hemos dicho, en primer lugar, el responsable por una violación de derechos humanos es quien la comete. En el caso de empresas, la responsabilidad corporativa ha sido materia de un instrumento jurídico internacional especial (Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar', de **2011** (Principios 11, 18, 23).³⁵⁷

403.) Además, en las Declaraciones de los Relatores del Mundo especializados en libertad de expresión se ha sostenido que toda su labor de interpretación de la libre expresión ha sido dirigida especialmente a las empresas:

“Durante veinte años, nosotros, los mandatos intergubernamentales para la libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación, hemos emitido Declaraciones

³⁵⁶Como ya lo recordamos en capítulos anteriores, el **primer** Informe de la Relatoría Especial de la Comisión Interamericana, 1998, ya advertía de la responsabilidad del Estado en el incumplimiento de sus obligaciones contenidas en los tratados de la materia, cuando "**no se haya asegurado** de que la violación (*a la prohibición de restricción de a la libertad de expresión*) no resulte de los "**controles.. particulares**" mencionados en el párrafo 3 del artículo 13.3, CADH".

³⁵⁷Principios rectores de la empresa, elaborados por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Resolución 17/4, de 16 junio 2011).
II. LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS.
Principio 11. Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.

Conjuntas con el objetivo de interpretar las garantías de los derechos humanos para la libertad de expresión (.) y hemos orientado a gobiernos, organizaciones de la sociedad civil, profesionales del derecho, periodistas y medios de comunicación, académicos y empresarios (por) las persistentes y crecientes amenazas contra la diversidad y la independencia de los medios debido (.) al incremento en la concentración de la propiedad de los medios de comunicación".³⁵⁸

404.) Por otro lado, los Demandados no pueden alegar desconocimiento de las diversas fuentes jurídicas internacionales detalladas en el capítulo anterior (norma Convencional, jurisprudencia de la Corte, Informes de la Relatoría Especial, Declaraciones Conjuntas de los Relatores, etc.), puesto que además del carácter público de las mismas, los Demandados constituyen empresas familiares, señores Agois - Banchemo, señores Miró Quesada – García Miró, quienes además de empresarios ejercen periodismo autoproclamado de alta calidad, que los hace exigibles directamente de conocer la norma pública internacional (*todas las fuentes jurídicas arriba expuestas*) protectora de la libertad de expresión por pasiva (ante los gobiernos) y por activa (como grupo de poder privado); porque en tanto periodistas, son reconocidos también como periodistas destacados, y como tales activos integrantes e incluso **directivos** del mayor cuerpo representativo de empresas privadas de comunicación social a nivel americano, la Sociedad Interamericana de Prensa SIP, y en dicha calidad (socios y directivos), han sido **activos participantes en la elaboración de algunas de dichas normas internacionales** (cf. La Declaración de Principios sobre la libertad de expresión, de 2000, y múltiples referencias hechas a la participación de la SIP en las actividades e informes de la Relatoría Especial en Libertad de Expresión de la OEA).

10.6.- El deber del juzgado de reparar la violación de la libertad de expresión cuando el Estado ha omitido cumplir su obligación de legislar.

405.) Si el Estado a través de sus órganos competentes de expedir leyes **incumplió** el mandato convencional de garantizar la pluralidad informativa mediante medidas legislativas específicas que limiten el crecimiento empresarial en los medios de comunicación, dicho mandato impone a los otros órganos constitucionales del mismo Estado la obligación de **remediar** si **en un caso concreto** existe posibilidad jurídica de reponer las cosas al estado anterior a la violación.

406.) Ante este panorama, la obligación de los otros órganos constitucionales del Estado (por ejemplo, el poder judicial) es

³⁵⁸Declaración conjunta del Vigésimo Aniversario: Desafíos para la Libertad de expresión en la próxima década,

ineludible: deben suplir dicha deficiencia y disponer lo que en el caso corresponda para superar la situación inconstitucional registrada.³⁵⁹

407.) Por tanto, nuestro juzgado como órgano jurisdiccional que tiene la función – obligación de optimizar y efectivizar los mandatos de la constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, tiene plena competencia para ejercer su función **reparadora** respecto a *toda* la población que ha visto disminuir su posibilidad de acceso a la información plural, y para ejercer su función – obligación de **prevención** con el fin de que más personas sigan siendo afectadas mientras dicha situación se mantiene igual.³⁶⁰

408.) La autoridad administrativa general de competencia INDECOPI no podría haber realizado este control porque solo puede lo que la ley le concede hacer, conforme a la regla de legalidad en las competencias de los órganos administrativos, pero ¡precisamente es la norma legal de desarrollo, incluida una norma de competencias de autoridades administrativas, lo que en la fecha del contrato impugnado no existía! Y autoridad administrativa sectorial especializada en Expresión e Información tampoco ha existido.

409.) El juzgado constitucional ha procurado que la interpretación concilie en lo posible todos los intereses legítimos de las personas y empresas que participan en el mercado de prensa. Sin embargo, la posición de los Demandados solamente ha alegado en lo sustancial que su contrato es inimpugnable porque fue *conforme a ley*, y que ejercieron un derecho también constitucional como es la libertad de contratar, de empresa, de asociación y de propiedad, en un país en el que no existía ley alguna que limitase de manera expresa tales derechos. Los Demandados también han expresado su escepticismo si no su abierta hostilidad a cualquier forma de control previo de fusiones y adquisiciones empresariales para toda la economía

³⁵⁹Se trata de un control de convencionalidad horizontal o interno, pues es un órgano del propio Estado peruano: el juez que resuelve el caso concreto, el que ante la afectación del derecho fundamental producida por la inacción de otro órgano de ese Estado (el legislativo que ha omitido legislar el control de fusiones de empresas altamente concentradas en el mercado informativo), atiende el reclamo de los afectados y repara el derecho, y de ese modo salva la responsabilidad internacional del Estado in toto (más sobre inconventionalidad por omisión, en Gerardo ETO CRUZ, "Inconstitucionalidad por omisión e inconventionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos". Seminario Internacional sobre Omisión Legislativa, organizado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 26 y 27 marzo 2015. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34753.pdf>

En este punto, consideramos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano contenida en el caso STC 00015-2010-PI (proceso de inconstitucionalidad de la ley de radio y tv 28278) también presentaría una omisión por inconventionalidad cuando dice que "la principal concreción del pluralismo informativo está manifestada en la prohibición al Estado y a los Particulares de monopolizar o acaparar". Preguntamos: ¿solamente monopolizar, en estricto? Es evidente que el TC no tomó en cuenta en ese entonces los oligopolios, como sí lo hizo el sistema internacional de protección de DDHH.

³⁶⁰Como ya está dicho, el Estado -a través de su poder judicial- no solo tiene el deber de proteger el derecho fundamental recuperando la pluralidad perdida por la población, sino también de PREVENIR que haya más afectación a la pluralidad hasta llegar al extremo cuantitativo del Monopolio, y de Prever el menor pluralismo futuro (de mantenerse o crecer la concentración de dicho mercado).

general. Contra dicha visión puramente empresarial y de libertad de competencia (basada en la natural tendencia de cualquier empresa en una economía capitalista a crecer y adquirir una posición de dominio -e incluso, llegar a monopolio- en los términos de una mera interpretación literal del art. 61.1), se yergue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha sostenido que para proteger el derecho fundamental de libertad de expresión y el pluralismo, las referidas libertades de empresa y contratación mercantil “**deben ceder**” ante la información y el pluralismo que son bienes jurídicos indiscutiblemente superiores; pero sobre todo porque contra dicha posición de los Demandados existe la regla jurídica internacional de derechos humanos que imperativamente **obligaba** a los Estados a no permitir posiciones dominantes o mercados concentrados en los medios de comunicación, y a los **particulares** les obligaba a **no incurrir** en dichas concentraciones, las cuales son -siempre fueron- ilícitas, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

410.) Así, pues, la posición de los Demandados de que tienen derecho a un desarrollo ilimitado como empresa en el sistema capitalista (en cualquier capitalismo) puede ser legítima a nivel de la ley, pero es insuficiente si ese ordenamiento legislativo (en base al cual la empresa ha desplegado su tendencia acumulativa de capital hasta el dominio o el incremento de su posición dominante) ha sido la otra cara de la misma moneda de un estado de cosas inconvencional propiciado por la **omisión** del Estado. Por tanto, ante el alegato de que la presente decisión judicial pueda afectar el derecho de propiedad de los empresarios Demandados porque ya habían adquirido *legalmente* un patrimonio conforme a las leyes vigentes en la fecha del contrato, consideramos que en tales circunstancias no puede validarse como un derecho constitucionalmente adquirido, pues como ya hemos insistido la operación comercial *que ha incrementado el dominio del mercado de prensa nacional* de Grupo El Comercio se produjo en virtud de una infracción del Estado peruano al **omitir** legislar como ordenaba el tratado internacional **desde 1978**.

411.) Por tanto, nuestro juzgado considera que debe atender el pedido de los Demandantes y declarar que el acto de la compraventa de las acciones de las empresas EPENSA y ABS celebrado entre los señores Agois Banchemo como vendedores y las empresas de Grupo El Comercio como compradoras fue violatorio del derecho constitucional de libertad de expresión e información – pluralismo informativo, por lo que debe anularse y reponerse las cosas al estado anterior a la violación.

412.) Los efectos de la sentencia obligarán a los Demandados para que en la vía más efectiva realicen las medidas que produzcan la **desinversión** de la operación empresarial hoy sancionada, tal como también se señala en una de las fuentes jurídicas internacionales de derechos humanos. **Qué hacer con un contrato que ha sido formalizado contra la norma convencional de derechos humanos?**

“Las autoridades responsables de ejecutar las leyes antimonopolios” den ejercer las “atribuciones suficientes, por ejemplo, para **exigir la desinversión** en las operaciones mediáticas actuales **cuando la pluralidad esté comprometida** o se alcancen **niveles inaceptables en la concentración** de la propiedad”. En el caso concreto, a falta de legislación que vele por dicho mandato internacional, le queda al juzgado disponer la medida.³⁶¹

10.7.- Exhortación a los demás poderes del estado para legislar conforme al mandato internacional.

413.) Por otro lado, tal como se ha verificado en el capítulo de Hechos y está documentado en diversas investigaciones académicas,³⁶² el Perú se caracteriza por diversos problemas en torno a la libertad de expresión y el pluralismo informativo, entre ellos, una alta concentración en todos los mercados de medios de comunicación social, la existencia de diversas situaciones de propiedad cruzada de medios (de hecho, uno de los Demandados constituye el principal grupo multimedia con presencia además de prensa escrita en los mercados de internet, televisión abierta y televisión de cable), la inexistencia de organismos públicos o independientes que midan las audiencias, tirajes y lectorías,³⁶³ la necesidad de ampliar el marco normativo para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública por parte de los ciudadanos respecto de la información completa y actual de quienes ejercen propiedad directa o indirecta o poder de gestión sobre cualquier medio de comunicación existente en el país, etc. Por ello, en la medida que un mandato exhortativo por parte del órgano jurisdiccional en materias de orden público no está vinculado a la suerte que tenga la decisión de fondo de lo que se resuelva en el caso concreto, el juzgado oficiará a los poderes legislativo y ejecutivo con el fin de que dispongan las medidas legislativas y demás procedimientos que conforme a sus competencias contribuyan a la optimización de la pluralidad

³⁶¹ Diez indicadores para un entorno mediático plural y diverso. 2008. UNESCO.

³⁶² Media ownership Monitor Perú (Los dueños de la noticia). Proyecto desarrollado por RSF Reporteros Sin Fronteras y Ojo Público, 2019. En: <https://peru.mom-rsf.org/es/>

³⁶³ “El problema de medir audiencias”. En el país solo hay compañías privadas (Kantar Ibope y encuestadoras, o gremios de medios (SEPP) y gremios de anunciantes publicitarios (IAB Perú) que hacen mediciones de sus clientes o de sus socios. No existe data oficial ni consolidados totales sobre la audiencia del mercado mediático. En: Monitor

informativa, para dar cumplimiento a las obligaciones del Estado Peruano conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 2, en su obligación de “adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos *los* derechos y libertades” reconocidos en el Pacto.

XI. Solicitudes de Demandantes y de tercero IDL solicita intervención como litisconsorte.

414.) En cuanto a los Escritos de los Demandantes del 20 enero, 02, 12, 18 y 25 febrero, 11, 18 y 29 marzo, 14 abril, 11, 21 y 27 mayo, 17 y 23 junio 2021 (ingresados por MPE, Mesa de Partes Electrónica, firmas gráficas escaneadas): alegatos y reitera pedido de sentencia: Estése a lo resuelto hoy.

415.) En cuanto al Escrito del Instituto de Defensa Legal IDL del 10 junio 2021 (ingresado por MPE, Mesa de Partes Electrónica, firma gráfica escaneada): solicita incorporación como litisconsorte;³⁶⁴ el juzgado considera improcedente su incorporación como litisconsorte pues el pedido no satisface los requisitos del Código Procesal Civil, art. 94 (no hay litigante verdaderamente independiente para ser considerado litisconsorte facultativo), o, art. 97 (tampoco tiene con las partes relación jurídica sustancial para ser considerado coadyuvante); además, el juzgado ya dictó decisión similar anterior.³⁶⁵

ACTO PROCESAL -01,583-2021– (post).- INDELEGADO- JUEZ MACEDO CUENCA.

XII.- DECISIÓN FINAL

- 1.) Declaramos **fundada** la demanda de amparo por vulneración de los derechos a la libertad de expresión e información protegidos en la Constitución del Perú, art. 2 inciso 4, y art. 61, y la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 13.
- 2.) Declaramos nulo el contrato de compraventa del 54 por ciento de las acciones de las empresas EPENSA y ABS de fecha 20-8-2013 celebrado por los Demandados señores Agois - Banchemo como vendedores y Empresa Editora El Comercio y Servicios Especiales de Edición como compradoras, por contravenir la constitución nacional y el tratado internacional.

³⁶⁴Cabe señalar que mediante Resolución n.º 13, del 08 setiembre 2014, el juzgado declaró improcedente la intervención de la asociación *Instituto de Defensa Legal (IDL*, representante *Glatzer Eloy TUESTA ALTAMIRANO*) para participar como *amicus curiae* (amigo del juez), principalmente por los siguientes argumentos:

“Si bien el asunto de este proceso de amparo versa sobre derechos fundamentales (libre expresión, pluralismo informativo, propiedad, libre empresa, etc.), y los organismos especializados del sistema internacional de derechos humanos y tribunales de justicia de otros países aceptan la intervención de un tercero ajeno al proceso para ilustrar al magistrado en casos complejos o de trascendencia, dicha participación se condiciona al arbitrio del juez y de acuerdo a las específicas características de cada caso.

“Con pleno respeto a la libertad de opinión de cada uno de los ciudadanos que solicitan intervención (como persona natural o como asociación), apreciamos que éstos en rigor solo afianzan y/o reproducen la posición de los Demandados o Demandantes, según el caso, y sin embargo pretenden ingresar al proceso como alguien distinto a las partes procesales”.

Por esas mismas razones, el pedido de intervenir como litisconsorte también es improcedente.

³⁶⁵Código Procesal Civil:

-Art. 94.- Los litisconsortes facultativos serán considerados como litigantes independientes. Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.

-Art. 97.- Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella.

- 3.) Exhortamos al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo a dictar las medidas legislativas y demás procedimientos que fuesen necesarios para asegurar la libertad de expresión conforme al mandato internacional, sobre concentración en todos los mercados de comunicación social, propiedad cruzada de medios, transparencia en la propiedad de los medios de comunicación, y otros, con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones del Estado Peruano conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos. Independientemente de que la presente sea consentida o ejecutoriada, disponemos Oficiar a la Presidencia del Congreso, a la Presidencia del Consejo de Ministros PCM y al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos MINJUS.
- 4.) Debido a la pandemia COVID-19 y a que todas las partes están apersonadas con sus respectivos abogados, todos los cuales han señalado casilla electrónica SINOE, comunicamos que la presente resolución solamente será notificada por dicha vía electrónica. Se recuerda que el plazo para impugnar es de tres días, contados desde el segundo día en que la notificación se realiza, y solo se cuentan días hábiles de lunes a viernes.
- 5.) En adelante, los interesados podrán presentar sus escritos mediante la Mesa de Partes Electrónica MPE del Poder Judicial (<https://casillas.pj.gob.pe/>).
- 6.) Domicilio procesal electrónico de las partes:
-Demandantes:
Casilla Electrónica n.° 3751 – SINOE.
-Demandado Empresa Editora El Comercio, S.A.:
Casilla Electrónica n.° 5812 – SINOE.
-Demandado SEE, Servicios Especiales de Edición, S.A.:
Casilla Electrónica n.° 95245 – SINOE (Casilla de uno de sus abogados (César Edmundo CARLÍN RONQUILLO) que aparece en el registro oficial del SINOE).
-Demandados Carlos Oscar Agois Bancho y otros (Agois-Bancho)
Casilla Electrónica n.° 336 – SINOE.
-Litisconsorte Alfa Beta Sistemas, SAC.:
Casilla Electrónica n.° 800 – SINOE.
-Litisconsorte PRENSMART, SAC., (antes EPENSA):
Casilla Electrónica n.° 800 – SINOE.
- 7.) Declaramos improcedente la participación como *litisconsorte* de la asociación *Instituto de Defensa Legal IDL*.
- 8.) Notificamos por única vez a la asociación *Instituto de Defensa Legal (IDL, representante Glatzer Eloy TUESTA ALTAMIRANO)* en: ***Casilla Electrónica n.° 43220 – SINOE.***

Fin.

=== * ===