

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Escuela de Posgrado



ACAPARAMIENTO EN LOS MEDIOS DE PRENSA ESCRITA:

Análisis del caso Epensa

Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho de la Empresa que presenta el

Abogado:

PEDRO PABLO SALAS VÁSQUEZ

Asesor

Dr. HEBERT TASSANO VELAOCHAGA

Miembros del Jurado

Dr. ALEJANDRO MOSCOL SALINAS

Dr. HEBERT TASSANO VELAOCHAGA

Dr. VICENTE CAIRAMPOMA ARROYO

Lima, noviembre de 2016

ÍNDICE

	Página
Introducción.....	3
1. Prensa: Realidad y Derecho.....	5
1.1 Los medios de comunicación masivos.....	5
1.1.1 Definición.....	7
1.1.2 Clasificación.....	10
1.1.3 Características.....	11
1.1.4 Funciones.....	13
1.2 La Prensa.....	15
1.2.1 El periódico.....	16
1.2.2 Características distintivas de la prensa.....	17
1.3 Los medios de comunicación y la libertad de expresión.....	24
1.3.1 Pluralidad informativa.....	28
2. Acaparamiento.....	33
2.1 Acaparamiento en su acepción económica.....	33
2.2 Noción de acaparamiento desde el ámbito penal al competencial.....	38
2.2.1 Regulación competencial.....	41
2.3 Acaparamiento en su acepción constitucional.....	47
3. Caso Epensa.....	54
3.1 Hecho del caso: ¿acaparamiento o no?.....	54
3.2 La palabra de El Comercio.....	55
3.2.1 Otros argumentos a favor de El Comercio.....	57
3.3 Solución de la controversia.....	60
3.3.1 Análisis del acaparamiento o concentración del mercado de prensa.....	61
3.4 ¿Es factible la anulación de la compra de Epensa?.....	74
Conclusiones.....	81
Bibliografía.....	83

INTRODUCCION

La presente investigación versa sobre la figura de acaparamiento del mercado de los medios de comunicación, la cual trae la particularidad de encontrarse expresamente prohibida en la Constitución de 1993.

En la actualidad, el tema en cuestión viene siendo discutido ampliamente por académicos y profesionales del Derecho en tanto existe una controversia sobre la materia en manos de la justicia constitucional conocida como el caso Epensa.

Como es de conocimiento público, a mediados del año 2013, el Grupo El Comercio compró un número importante de acciones del Grupo Epensa, importante editorial periodística del medio local, consiguiendo con ello el control de esta última. La operación descrita conllevó para El Comercio a adueñarse de casi el 80% del mercado de venta de diarios en nuestro país. Dicho en otras palabras, habría acaparado el mercado de medios de prensa escrita.

La doctrina se divide, por un lado, entre quienes defienden la existencia de acaparamiento, aludiendo que lo indicado por la Carta Magna es claro y preciso, y que El Comercio con la adquisición de Epensa estaría poniendo en riesgo la pluralidad informativa que debiera existir en el mercado en cuestión. Por otro lado, están quienes consideran que no existe tal acaparamiento, pues el mercado de prensa no admite barreras de entrada que imposibiliten la competencia, razón por la cual siquiera podría hablarse de un abuso de posición de dominio por parte de El Comercio.

Lo cierto es que se trata de un tema complejo en tanto no existen mayores referencias legislativas ni jurisprudenciales sobre la materia, salvo la ya indicada prohibición de acaparamiento de los medios de comunicación a nivel constitucional. Además, el caso enfrenta a derechos fundamentales relativos a la libertad de empresa contra la libertad de expresión.

Para la resolución de la controversia planteada, el primer capítulo de este trabajo desarrolla de manera descriptiva las características principales de los medios de comunicación masivos, específicamente la prensa, con la finalidad de detallar su singular importancia en la

sociedad. Asimismo se precisa cómo el mercado de prensa concretiza el ejercicio de la libertad de expresión.

En el segundo capítulo se aborda el uso del término “acaparamiento” en nuestro ordenamiento con el objetivo de identificar cuáles son las acepciones de este que han sido regulados por distintos ámbitos del Derecho en nuestro país. De esta forma, hacemos alusión a que existe una acepción económica del término, ligada a la figura de la especulación, y otra diferente albergada por el sistema constitucional y relativo a la palabra “concentración”.

En el tercer capítulo, luego de haber detallado el porqué de la importancia de los medios de comunicación y el significado de acaparamiento a nivel constitucional, se da solución al caso Epensa. Para ello partimos de que si bien no existe una legislación que desarrolle el mandato constitucional, sí es posible conocer cuándo un mercado se encuentra acaparado o concentrado. En tal sentido, se realiza el análisis de concentración de mercados propio del derecho competencial para el caso en concreto.

Finalmente, indicamos si es factible o no la opción de declarar nulo el contrato entre El Comercio y Epensa, y cuál a nuestro entender debiera ser la medida que dicten los jueces constitucionales al resolver la causa.

PRENSA: REALIDAD Y DERECHO

En el presente capítulo conoceremos las características principales del mercado de los medios escritos y su importante rol en la sociedad; lo cual hace que merezca un tratamiento especial por los ordenamientos democráticos del mundo.

Para ello, empezamos detallando el género al cual pertenece la prensa: los medios de comunicación masivos. Luego, ahondaremos sobre las funciones de dicho mercado, especialmente, el de los periódicos. Asimismo, resaltaremos aquellos elementos propios de la prensa que la consolidan como el medio de información por excelencia, incluso, en los tiempos actuales de incremento de las plataformas digitales. Finalmente, abordaremos la relevancia de la prensa en el ejercicio de la libertad de expresión de todas las personas.

1.1 Los medios de comunicación masivos

Los medios de comunicación, tal como han explicado diversas fuentes físicas como electrónicas, sirven para conceptualizar la forma por el cual se transmite o canaliza un mensaje. Desde esta perspectiva, medios de comunicación han existido desde los orígenes del ser humano a partir de su inquietud por difundir una idea, una expresión. Un ejemplo de medio de comunicación ancestral, quizás el primero de todos, es la pintura rupestre, consistente en aquellos bosquejos prehistóricos realizados sobre las paredes de las cavernas que han simbolizado mayormente distintas manifestaciones de caza del hombre paleolítico.¹

¹ Las pinturas rupestres más antiguas del mundo, según el Dr. Alistar Pike, profesor de Historia de la Universidad de Bristol (Reino Unido), datan de hace 40 800 años y son las que se encuentran en la localidad de El Castillo en la costa cantábrica española. Esta información puede corroborarse en: <http://nationalgeographic.es/noticias/ciencia/mundos-prehistoricos/pinturas-mas-antiguas>

Otra manifestación temprana de los medios de comunicación, menos relacionada a una voluntad artística como lo es la pintura, y con mayor ligación a la necesidad de perpetuar una idea, es la escritura². Gracias a ella las distintas civilizaciones del orbe han almacenado, primero en papiro y posteriormente en papel, datos de vital importancia para la humanidad: sus raíces, su experiencia, su memoria.

No obstante, la “revolución” de los medios de comunicación empieza cuando el mensaje es capaz de replicarse masivamente, propiciando un mayor y mejor alcance del público receptor. Esta “revolución” se encuentra relacionada con la invención de equipos y/o maquinarias capaces de llevar a cabo esta tarea de réplica veloz y efectiva. De esta forma, es posible identificar hasta tres hitos importantes en nuestra historia respecto a esta nueva dimensión de los medios de comunicación: El primero, la invención de la imprenta³, el segundo, la aparición de medios audiovisuales como la radio⁴ y la TV⁵; y finalmente, el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación^{6,7}.

² La expresión más antigua de escritura es la protocuneiforme perteneciente a la civilización sumeria de finales del siglo IV A.C. Consistía en una serie de pictogramas que representaban palabras y objetos. Estos pictogramas se encontraban dibujados en pequeñas placas de arcilla de forma triangular, de ahí el nombre dado a dicha escritura. Esta información puede corroborarse en el artículo “The Origins of Writing and Arithmetic” de Peter Damerow ubicado en: <http://www.edition-open-access.de/studies/1/10/index.html>

³ Johannes Gutenberg hacia 1440 fue el creador de la imprenta tal como la conocemos en nuestros días. Y es que si bien el método de los tipos móviles y el sistema de impresión de papel mediante una prensa existían desde el siglo XI en China y Corea, fue Gutenberg el primero en fabricar los tipos móviles en madera y metal, lo cual les dio una mayor durabilidad. Asimismo, Gutenberg confeccionó dichos tipos por separado, lo cual permitía que puedan ser reutilizadas.

⁴ Se reconoce a Guillermo Marconi como creador de la radio en tanto fue el primero en patentar el nuevo equipo en Inglaterra en 1897.

⁵ No existe una decisión pacífica sobre quién fue el creador de la televisión, en tanto suele reconocerse el esfuerzo de distintos científicos en avanzar en el proceso de conseguir un equipo que reproduzca imágenes en directo. No obstante, se le atribuye a John Logie Baird el primero en realizar una transmisión exitosa en 1924.

⁶ También denominadas TIC’s, son un conjunto de servicios, redes, software y aparatos tecnológicos que permiten el acceso, producción, tratamiento y comunicación de información presentada en diferentes códigos (texto, imagen, sonido). Su mayor expresión se da con la invención de las computadoras y el Internet. Dentro de este último encontramos el desarrollo de las redes sociales (Facebook, Twitter), las cuales permiten a todos sus usuarios emitir, receptionar, e incluso, modificar mensajes en tiempo real.

Este nuevo panorama o fenómeno de los medios de comunicación es relativamente nuevo. Si bien la creación de la imprenta tiene su origen en el siglo XV, los dos últimos hitos de la historia mencionados en el párrafo anterior se han desarrollaron recién en la primera mitad del siglo XX, y su evolución, consiguientemente su forma de marcar nuestras vidas, continúa hasta ahora. Esto nos permite decir que esta “revolución” de los medios está en plena vigencia. Las formas de transmisión de mensajes de este panorama o fenómeno son denominados “medios de comunicación de masas”, “*mass media*” o “medios de comunicación masivos”.

1.1.1 Definición

Para María Trinidad Bretones, Licenciada en Filosofía y Doctora en Sociología por la Universidad de Barcelona, si bien la gran mayoría de personas tienen claro qué medios son aquellos que conforman los medios de comunicación masivos, no existe una definición pacífica del término:

Para mayor información al respecto puede revisarse el texto de Consuelo Belloch, profesora de la Universidad de Valencia, titulado “Las tecnologías de la información y comunicación”, ubicado en <http://www.uv.es/~bellochc/pdf/pwtic1.pdf>

⁷ Son varios los autores que han realizado una clasificación de las “revoluciones de la Comunicación”. Así, Marshall McLuhan determinó hasta tres etapas: la era oral y alfabetica (realizada en la Aldea Tribal); la era del impreso (a partir de 1450) y la era eléctrica y electrónica (hombre electrónico, hacia la aldea global). Por su parte Irving Fang señala que existen hasta cinco revoluciones: revolución de la escritura (papiro, pergamino), revolución del impreso (del manuscrito al impreso, de la cultura monástica a las universidades); la revolución de los medios de masas (Industrialización, prensa barata, fotografía, publicidad, telégrafo); la revolución del entretenimiento (prensa popular, fonógrafo, radio comercial, cámaras, fotografías portátiles, cine); revolución en el Hogar (Televisión, video doméstico, tocadiscos) y revolución de las autopistas de la información (PC, CD, TV cable, Web). Por su parte Bill Kovaric señala: la revolución del impreso, la revolución comercial e industrial (industrialización, prensa sensacionalista); la revolución de la prensa y de la opinión pública (Información de guerra, derechos civiles y prensa digital); revolución visual (fotografía, publicidad y cine); revolución electrónica (telégrafo y teléfono, radio y TV); y revolución digital (PC y redes). Terence Moran señala la evolución y revolución del lenguaje (Llegada de la Humanidad); evolución y revolución de la escritura (Llegada de la Literatura); revolución de la imprenta (Llegada de la tipografía); evolución y revolución de la fotografía y el cine (Llegada del hipergráfico); evolución y revolución de los medios de masas (Llegada de la electricidad) y la evolución y revolución digital.

“Si presentáramos la cuestión a académicos, a periodistas o trabajadores de los medios y a consumidores sobre cuáles de esos medios a los que se refieren tienen realmente la posibilidad de comunicar masivamente, con toda probabilidad, mostrarían en sus respuestas una irresoluble variedad conceptual (...) Todo esto apunta a una confusión que, sin embargo, no se debe al capricho ni al punto de vista particular de quienes responde a la pregunta sino a la multiplicación de formas distintas y objetivos distintos que en la práctica reconocen: existen la prensa diaria, la revista académica especializada y la prensa “rosa” –o así denominada-; los libros especializados y los de “divulgación” –o así denominados-; las radios locales, nacionales y transnacionales; las televisoras públicas y privadas, nacionales, internacionales y locales; el cine de “ensayo” y el cine “comercial”, etc. ¿De todos ellos, cuáles son efectivamente medios de comunicación de masas? ¿Cuáles son los que asumen como criterio de selección para la producción de sus mensajes y como objetivo la segunda parte de su denominación, la comunicación de masas?⁸

Niklas Luhmann, destacado sociólogo alemán reconocido por su formulación de la Teoría General de los Sistemas Sociales, define al sistema de los medios de comunicación de masas como al conjunto de aquellas comunicaciones sociales que se sirven de medios técnicos de reproducción masiva para propagarse.⁹

Esta definición, de la cual parten varias otras similares en la extensa doctrina de los medios de comunicación masivos, a decir de Gastón Becerra y Vanessa Arreyes, profesores principales de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, tiene la importancia de ser la primera en distinguirse de la noción más abarcadora de “medios de

⁸ TRINIDAD BRETONES, María (2008). *Los medios de comunicación de masas: Desarrollo y Tipos*. Barcelona: Universitat de Barcelona, p. 4

⁹ LUHMAN, Niklas (2007): *La realidad de los medios de masas*. México D.F.: Universidad Iberoamericana/Anthropos, p. 27

comunicación” que incluye el lenguaje y la escritura; y a la vez que resulta más específica que “medios de difusión” o “medios de propagación”.¹⁰

Sin llegar a disentir de ella, Raymond Williams, intelectual del denominado “Círculo de Birmingham”¹¹, considera importante no enfocar el estudio de todo medio de comunicación masiva a un invento técnico. Para Williams, esta relación no es correcta pues desplaza a un segundo plano los complejos aspectos que se dan al interior de la sociedad y que se encuentran más ligados al término “tecnología” que a “técnica” o “técnico”:

“Una técnica es una habilidad particular, o una aplicación de una habilidad. Un invento técnico, es por consiguiente, el desarrollo de dicha habilidad, o el desarrollo de uno de sus ingenios. En contraste, una tecnología es, en primer lugar, el marco de conocimientos necesarios para el desarrollo de dichas habilidades y aplicaciones y, en segundo lugar, un marco de conocimientos y condiciones para la utilización y aplicación prácticas de una serie de ingenios”¹²

Marshall McLuhan en su obra clásica para la materia que nos concierne denominada *“Understanding Media”*, señala que los medios de comunicación de masas

“pueden ser considerados como extensiones de las propias facultades sensoriales del individuo o como el sistema nervioso de la comunidad en que se encuentran. Los medios de comunicación también son una industria o una empresa, un poder importante en el espacio individual, familiar y social; mediadores políticos que canalizan y crean opinión pública (elemento decisivo en el proceso de elaboración de las políticas públicas); instrumentos de cultura y vehículos de difusión de obras

¹⁰ ARREYES, Vanessa y Gastón BECERRA (2013). “Los medios de comunicación de masas y las noticias como objeto de estudio de la sociología en la perspectiva del constructivismo operativo de Niklas Luhmann.” *Mad.* Santiago de Chile: Universidad de Chile, p. 49.

¹¹ Nombre que se le dio a la reunión de intelectuales ingleses marxistas de los años 50’s entre los cuales se incluía a Edward P. Thompson, Richard Hoggart, entre otros.

¹² WILLIAMS, Raymond (1992). *Historia de la Comunicación* Vol. 2. Barcelona: Ed. Bosch, p. 184.

culturales; mecanismo a través de los cuales los individuos perciben el mundo que los rodea.”¹³

Más allá de querer realizar un profundo análisis del alcance sociológico del término, a sabiendas que la presente tesis se circumscribe al ámbito jurídico, es importante contar con una definición que reúna brevemente los aspectos más resaltantes de los conceptos anteriormente vertidos. En ese sentido, opto por definir los medios de comunicación masiva como “aquellos que se envían por un emisor y se reciben de manera idéntica por grupos de receptores, teniendo así una gran audiencia; el mundo los conoce y reconoce como la televisión, la radio, el periódico, entre otros”.¹⁴

1.1.2 Clasificación

Emilia Domínguez, destacada comunicadora mexicana, recoge la clasificación de los medios de comunicación masiva propuesta originalmente por Harry Pross y complementada por Manfred Fabler. De esta forma, los medios de comunicación de masas, atendiendo al órgano emisor del mensaje se clasifican en primarios, secundarios, terciarios y cuaternarios¹⁵:

- Medios primarios (medios propios)

Son aquellos que están ligados al cuerpo humano, no necesitan de ninguna tecnología para su comunicación, la cual a su vez es asincrónica, se les considera medios de comunicación masiva pues cuando un grupo supera los siete integrantes. De ahí que un profesor dando una clase puede ser considerado un comunicador en masa. Otros ejemplos: un orador, un sacerdote, o una obra de teatro.

- Medios secundarios (máquinas)

Estos requieren del uso de técnicas (tecnologías) de parte del emisor de contenidos, para la emisión del mensaje. El o los receptores del mensaje no necesitan de ningún tipo de técnica (tecnología) para recibir el mensaje, quiere decir que cuando las personas transitan por

¹³ MCLUHAN, Marshall (1964). *Understanding Media*. New York: McGraw-Hill, p. 7

¹⁴ DOMINGUEZ GOYA, Emilia (2012). *Medios de Comunicación Masiva*. México D.F.: Red Tercer Milenio, p. 12

¹⁵ Ibíd., p. 13.

la calle no necesitan de ningún aparato especial para poder ver o escuchar los anuncios producidos en esta categoría. Ejemplos: periódicos, revistas, gacetas, folletos, entre otros.

- **Medios terciarios (medios electrónicos)**

Requieren del uso de técnicas (tecnología) tanto del emisor de contenidos como del receptor de los mismos, es decir, para poder recibir el mensaje enviado necesitamos de un aparato para descifrar el mensaje, cuando las personas quieren ver televisión requieren de un aparato de televisión que muestre los programas transmitidos. Ejemplos: televisión, radio, telégrafo, teléfono, discos de música.

- **Medios cuaternarios (medios digitales)**

Los denominados nuevos medios de comunicación son el producto del avance tecnológico. Permiten que los individuos se comuniquen de manera bilateral y masiva al mismo tiempo. Acortan distancias entre individuos y utilizan lo último de la tecnología para facilitar la comunicación con una alta calidad de emisión y recepción de los mensajes, lo cual resulta de menor calidad con medios incluidos en otras clasificaciones¹⁶. Ejemplo: Internet, celulares, televisión satelital, televisión HD, entre otros.

1.1.3 Características

De los conceptos vertidos con anterioridad podemos distinguir las principales características de los medios de comunicación masivos:

- a) La existencia de un emisor, el cual está constituido por una persona o personas específicas que entregan la información a través de los medios. Puede tratarse de un periodista o experto en un tema en específico. No obstante, la proliferación de los medios digitales ha permitido una cabida mayor a cualquier tipo de personas.
- b) La existencia de un receptor, el cual siempre es colectivo¹⁷. Si bien existe la intención de abordar a un público objetivo, el mensaje que se envía es ávido de ser recepcionado por un público heterogéneo.

¹⁶ Sobre este tema pongo un ejemplo: los MP3. Estos archivos digitales permiten almacenar horas de música en poco espacio de almacenamiento. No obstante su calidad es baja en comparación a una grabación soportada en un CD de audio o disco de vinilo.

¹⁷ Herbert Blumer sostiene una diferencia entre grupo, multitud, público y masa. De esta forma, "Grupo" sirve para mencionar la colectividad en la que todos los individuos se conocen entre sí, comparte la

- c) Utilizan un medio, el cual permite la comunicación. Este se materializa en instrumentos o tecnologías diversas (periódicos, televisión, radio, etcétera.).
- d) Comunican distintos temas acorde a todos los ámbitos del interés público: informativos, educativos, de entretenimiento, entre otros.

Para Luhman¹⁸, la característica esencial de los medios de comunicación masivos es que “entre el emisor y el receptor no debe haber interacción entre presentes”. Al respecto, Becerra y Arreyes señalan que la comunicación se encuentra “desacoplada” y requiere de un segundo momento u acción que no se puede coordinar en el mismo acto comunicativo:

“[P]or un lado, el emisor (las organizaciones que producen la comunicación –a las que nos referimos como “mass media”) debe suponer por parte del receptor (el público masivo) el interés y la capacidad para aceptar su oferta comunicativa; mientras que por otro lado, el receptor debe suponer la disposición del emisor a generar dicha oferta”¹⁹

La definición anterior nos hace resaltar una característica más: la comunicación es unidireccional. Si bien existe una capacidad de réplica en distinta frecuencia por parte del receptor (llámesel cartas al editor o director de la publicación, respuestas a la noticias publicadas vía web o contestaciones a los tweet o post), no es el propósito de la comunicación de masas generar un dialogo.

pertenencia al grupo y una entidad común que les confiere tal pertenencia. “Multitud” hace referencia a un número mayor de miembros que el grupo. Se constituye por una coyuntura y tiempo. Comparten alguna forma de identidad fundada en el ánimo que despierta la coyuntura. No dispone de estructura de relaciones. Actúa motivada por emociones y no por objetivos racionales. “Público” es la colectividad amplia, dispersa y duradera. Se configura alrededor de una cuestión pública. Su objetivo es político. “Masa” hace referencia a una colectividad enorme, dispersa y desconectada. Sin identidad y sin publicidad de conocimiento mutuo. Incapaz de actuar conjuntamente y de manera organizada. Composición cambiante. Heterogénea, pero homogénea como objeto de interés (masa de electores, masa de consumidores y masa de receptores y masa de receptores de los medios). Es el interés de una actividad la que articula la entidad “masa”.

¹⁸ LUHMAN, Niklas. Op. Cit., p. 33

¹⁹ ARREYES, Vanessa y Gastón BECERRA. Op. Cit., p. 50

1.1.4 Funciones

Como hemos señalado, autores como Marshall McLuhan sostienen que los medios de comunicación de masas pueden ser considerados “como extensiones de las propias facultades sensoriales del individuo o como el sistema nervioso de la comunidad en que se encuentran”²⁰.

Por otro lado, apartándonos de definiciones complejas y en busca de otras más operativas, encontramos la clasificación de Harold Lasswell²¹, según el cual las funciones primordiales de los medios de comunicación masiva son:

- a) Vigilancia del medio.- Se refiere a recoger, procesar y difundir información. Constituye el ejercicio de una función de vigilancia que los medios realizan sobre lo que sucede de la sociedad. Lo conforman la vigilancia social (hechos que suceden dentro de la sociedad), la vigilancia doméstica (en la vida diaria) y la vigilancia política (control de los poderes públicos y gubernamentales).
- b) Correlación de partes.- Los medios proporcionan explicaciones e interpretaciones para ayudar a los ciudadanos a comprender el significado de lo que se ha informado. Mientras la noticia escueta brinda información y resulta ser meramente descriptiva; la interpretación o correlación proporciona conocimiento que ayuda al ciudadano a tomar decisiones más racionales.
- c) Transmisión de la herencia cultural.- Otra función básica de los medios de comunicación es la de educar. Los medios de comunicación no solo informan a la comunidad e interpretan el significado de la noticia, sino que transmiten información sobre la sociedad misma, su historia como unidad social, sus errores, sus aciertos, sus normas y valores.

Josep Vallés²² por su parte sostiene que los medios de comunicación cumplen hasta tres funciones (o mejor dicho, en este caso, roles): de eco; de comparsa; y, de protagonistas. En el primero, los medios son responsables de transmitir la voz de otros autores: dirigentes,

²⁰ MCLUHAN, Marshall. Op. Cit. p. 7

²¹ LASSWELL, Harold (1948). “The structure and function of communication in society”. *The communication of ideas*. New York: Harper and Brothers, pp. 216-217.

²² VALLÉS, Josep (2000). *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, p. 303

partidos políticos, gobierno, ciudadanos. En el segundo, se convierten en sustento de otros que apoyan o critican a los que representan a las instituciones, a sus políticas o simplemente de otros actores del sistema. Finalmente, en tercer lugar, los medios son protagonistas cuando desarrollan una actuación o una estrategia propia promoviendo una determinada política, candidato o lucha social.

Freidenberg²³, quien a su vez sostiene que los medios de comunicación de masas cumplen cuatro funciones (como actores políticos, como mecanismo de control político, como productores culturales y como política pública) ha elaborado un cuadro resumen de las principales funciones dadas por destacados autores como el ya citado Harold Laswell, Denis McQuail y Sven Windahl:

Funciones de los medios de comunicación de masas

Información	Transmitir información es la función periodística de los medios
Correlación	Esta función tiene como objetivo explicar, interpretar y comentar el significado de los acontecimientos y la información, apoyar a la autoridad y a las normas establecidas, crear consenso y coordinar actividades aisladas.
Diversión	Esta función se refiere al tiempo libre. Se manifiesta a través de las películas, la música, los pasatiempos, las caricaturas, historietas, horóscopos, entre otros, su utilidad sería la de reducir la tensión social.
Persuasión	Los medios de comunicación se usan también para formar tendencias en la opinión pública, influir sobre los votantes, modificar actitudes, moderar la conducta, derrumbar o construir mitos y vender productos. Esta función es más efectiva cuando se lleva a cabo de una manera sutil. Asimismo, esta función supone otra: la de continuidad, ya que debe fomentar el carácter comunal

²³ FREIDENBERG, Flavia (2004). *Los medios de comunicación de masas: ¿también son actores?* Salamanca: Universidad de Salamanca, pág. 2

	de los valores como así también promover la cultura dominante y reconocer subculturas
Servir al sector económico	En las sociedades capitalistas, los medios de comunicación son empresas y su servicio más obvio es la función publicitaria. Los medios acercan entre sí a vendedores y compradores al crear espacios que atraen al público y venden este espacio a los anunciantes, los que ofrecen luego sus productos al público.
Transmisión de la cultura	La educación resulta ser una función inevitable, aunque no constituya el objetivo deliberado de los medios transmitir cultura de una sociedad, los individuos asimilan la información y aprenden de ella, lo cual aumenta sus conocimientos, modifica sus valores y sus experiencias. Si bien los efectos como agentes de socialización son limitados cuando compiten con otros agentes más inmediatos y personalizados (como la familia), su contribución como agentes de difusión de información política habría elevado el nivel de conocimiento político de los individuos.

Vemos, entonces, las múltiples e importantes funciones que tienen los medios de comunicación en el devenir de la sociedad. Justamente, de tales funciones puede derivarse la importancia de los medios. No obstante, siempre teniendo en cuenta el carácter jurídico de esta tesis, abarcaremos este punto al final de este capítulo a partir de los estándares internacionales dados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

1.2 La prensa

Bajo la palabra “prensa” denominamos a los medios de comunicación escritos que se difunden físicamente en papel de forma regular y masiva. Como hemos señalado con anterioridad, la prensa forma parte de los denominados medios de comunicación masivos de carácter secundario.

La prensa es, hasta la fecha, el más importante medio de comunicación masivo de carácter informativo. Sostengo esto a partir de tres evidencias: La primera, que los periódicos han sido el primer gran medio de comunicación de masas²⁴, mucho antes de que existiese la radio, la televisión, y por supuesto la Internet. Esto ha conllevado a que dicho medio, la prensa, específicamente los periódicos, hayan consolidado a su favor una experiencia acerca del tratamiento y manejo de los hechos noticiosos. La segunda, que a diferencia de la radio y la TV en cuyas programaciones reinan los temas ligados al entretenimiento o la cultura del espectáculo, la prensa sigue siendo un bastión de información. (Aunque sin dudas, la influencia de los medios mencionados en el papel es bastante significativa en estos últimos años). La tercera, que la prensa sigue constituyéndose en el pilar de la información organizada, incluso, en los días actuales donde existe una revolución de medios informativos digitales (Blog, Twitter y Facebook principalmente). Prueba de lo anterior es que las plataformas web y/o cuentas de redes sociales de los principales diarios nacionales contienen anuncios que son una réplica de su versión física o un adelanto de lo que se profundizará en su soporte gráfico. Más adelante ahondaremos más al respecto de porqué los medios de comunicación físicos no pueden equiparse a los de rasgo digital.

1.2.1 El periódico

El principal referente de la prensa es el periódico:

“El periódico es un medio de comunicación que tiene como objetivo informar acerca de los acontecimientos de relevancia y trascendencia, con noticias del ámbito local, nacional e internacional; además, orienta y determina ideas, actitudes y comportamientos individuales, grupales, y de clase social.”²⁵

²⁴ Ignacio Ramonet sostiene que si bien los periódicos se inventan a mitad del siglo XVIII, recién se convierten en medios de comunicación masivos en segunda mitad del siglo siguiente, en vista que recién por los años 1860-1870 se dieron los elementos para ello: a) sociedades alfabetizadas; b) impresión a gran escala y en poco tiempo; y, c) un sistema de distribución rápido.

²⁵ DOMINGUEZ GOYA, Emilia. Op. Cit., pág. 24

El autor Guillermo Michel presenta una serie de definiciones acerca de periódico (las cuales, sin duda, nos ayudan a conocer sobre las funciones de la prensa como medio de comunicación). Una primera es la que lo define como “un instrumento de información, educación y de propaganda política, de información y especulación, de cultura, etc.”. Otra es la de “medio [que busca] orientar o (...) informar, (...) confundir o desinformar, pero sobre todo vender”.²⁶ Finalmente el propio Michel da la suya propia: “[los periódicos no solo son] un medio transmisor de información, sino (...) un medio de sentimientos encauchados en optimismo, angustia, resignación y esperanza”²⁷.

Como vemos, más allá de las distintas concepciones, no existe mayor discusión en que la función principal de la prensa es la de informar. Como parte de este deber de informar, los periódicos son espacios para la opinión, para reflejar la situación social, para ejercer la crítica, orientar la economía, y por supuesto, también entretenér.

1.2.2. Características distintivas de la prensa

La propia definición de prensa nos brinda las características más resaltantes de aquella: es escrita y se plasma en soporte físico (papel), y su difusión es masiva (busca llegar a una generalidad de personas) y de manera periódica (todos los días, una vez a la semana, etc.).

No obstante, su característica más importante, y que permite diferenciarla de otro mercado de bienes, es que la prensa subsiste gracias a la publicidad y no a la venta de sus productos (periódicos).

“Hay que considerar (...) que los periódicos obtienen sus ingresos por dos fuentes: la publicidad, que aporta 80% del total, y la circulación (ingresos por suscriptores y ejemplares vendidos), que representa 20% restante.

²⁶ MICHEL, Guillermo (1990). *Para leer a los medios, prensa, radio, cine y TV*. México D.F.: Editorial Trillas, pág. 67.

²⁷ Ibíd., pág. 68

Los ingresos de la publicidad están directamente relacionados con la circulación, puesto que entre más tiraje tengan los periódicos, más cobran por sus espacios publicitarios, dado que el número de circulación se traduce en número de personas que leen el diario, lo que es lo mismo, el número de personas que pueden recibir la publicidad. El principal problema que se enfrenta con la relación existente entre la publicidad y la circulación, es que para subsistir los diarios deben vender una cantidad estándar de publicidad, lo cual se traduce en menos espacio para las noticias.”²⁸

Justamente esta característica singular del mercado de medios escritos lo hacen uno de naturaleza “perversa”. Para explicar este término traigo a colación un ejemplo propuesto por el coordinador del Máster de Comunicaciones de la Universidad Carlos III, Santiago Graiño Knobel²⁹: Si los fabricantes de autos regalasen los carros o los vendieran a precios ínfimos con la intención de que las personas compren más gasolina o tengan que llevar los vehículos a reparar con mayor continuidad, ¿tendrían los coches la calidad que le conocemos? La respuesta es no. Y esto sería así porque el producto de venta ya habría sido “comprado” de antemano por sujetos distintos al consumidor final. Obviamente, tampoco creemos que los vehículos carecerían de un estándar mínimo, pues deben satisfacer en cierta medida el gusto de los conductores, pues caso contrario la transacción no se realizaría, y con ello, el mercado dejaría de existir. Bueno, este ejemplo hipotético, que difícilmente se da en la realidad, es el que se aplica al mercado de los medios de prensa.

“Parece imposible que en la realidad exista un mercado tan delirante, por no decir perverso, pues falsea las responsabilidades lógicas del intercambio y encubre los intereses en juego, pero sí lo hay: el mercado de los medios de comunicación.”³⁰

²⁸ DOMINGUEZ GOYA, Emilia. Ob. Cit., p. 30

²⁹ GRAIÑO KNOBEL, Santiago. *Medios de comunicación: un mercado intrínsecamente perverso*. Consulta 24 de abril de 2014. <https://www.bbvaopenmind.com/medios-de-comunicacion-un-mercado-intrinsecamente-perverso/>

³⁰ *Idem*

Lo anterior se explica en tanto no son los receptores de los periódicos quienes solventan el negocio. Si el precio de los productos de la prensa es tan bajo, significa que existen terceros que financian el negocio, en un momento anterior incluso, a la impresión de los periódicos.

“Si los receptores no pagamos nada, o cantidades que no suelen cubrir ni la mitad del costo, y los medios de comunicación son propiedad de empresas con ánimos de lucro, la conclusión es evidente: los receptores de los mensajes que los medios comunican no pueden ser los clientes de dichos medios. (...)"³¹

Pero, entonces, ¿quiénes son los “verdaderos” clientes de los periódicos? Nos referimos a las personas que financian la producción de este tipo de mercado.

“Los clientes de los medios de comunicación son esencialmente dos. Por una parte, los anunciantes, en cuyo caso suele haber una relación económica directa, de dominio público y transparente; por otra, los poderes políticos, económicos y sociales interesados en ser apoyados- al menos no atacados- por los medios, en cuyo caso la relación económica es indirecta, oculta al público y turbia en cuanto a sus características, que rara vez son éticas cuando no bordean la ilegalidad o se sitúan claramente dentro de ella.”³²

Pero si los clientes son ellos, ¿qué papel nos corresponde a nosotros los receptores?

“Si quienes sustentan económicamente los medios son los anunciantes y las entidades y personas que quieren influir sobre la opinión pública, es obvio que la atención y el tiempo de los receptores, así como la capacidad

³¹ Ídem

³² Ídem

de incidir sobre éstos, son los auténticos productos que los medios venden. Se llega así a una conclusión que a primera vista resulta asombrosa: como receptor usted no solo está muy lejos de ser el cliente de los medios (...) mediante los cuales se informa, sino que es su producto, usted es lo que dichos medios le venden a sus clientes!”³³

Vista así las cosas, lo que comercializa la prensa somos nosotros, o para ser más precisos, lo que le vende a los anunciantes o políticos es una determinada orientación que puede ejercer sobre nosotros, los receptores.

“Por eso, los medios lo que hacen es darle una cantidad (y calidad) imprescindible de informaciones y contenidos que suponen interesantes para usted y suficientes para conseguir su tiempo y atención, pero acompañadas de los contenidos e informaciones que los auténticos clientes del medio quieren que usted reciba y pagan para conseguirlo”³⁴

Entonces, ¿en dónde radica la perversión?

“La perversión no reside en el intento de dar lo menos posible a cambio de lo más posible –algo común en muchas transacciones-, sino en la corrupción engañosa de la relación vendedor-cliente.”³⁵

Esta característica “perversa” de la prensa también nos delata que el mercado de los medios escritos no es un negocio rentable (salvo, lógicamente, en aquellos casos donde el tiraje sea sumamente masivo y se cuente con una gran cantidad de auspiciadores que posibiliten disminuir el costo de producción lo más cercano a cero). Pero, entonces, siendo esto

³³ Ídem

³⁴ Ídem

³⁵ Ídem

así, ¿qué ventajas conlleva para los dueños de los periódicos? La respuesta, ya adelantada también, es influencia y poder.

"La prensa escrita cada vez pertenece a individualidades a los que podríamos llamar "oligarcas", personas que tienen una gran fortuna y hoy pueden, porque los precios de los periódicos de papel se han hundido en razón de la crisis, comprar y disponer de periódicos, no para ganar dinero, pues nadie gana dinero o gana muy poco con la prensa escrita hoy en día; es más bien una actividad económica donde se pierde dinero. ¿Entonces para qué los compran? Para ganar influencia, porque obviamente se gana influencia, y para tener un proyecto ideológico, un proyecto ideológico, un proyecto influyente."³⁶

Esta realidad de la prensa, la de querer convertirse en un ente poderoso, capaz de imponer ideologías, entendidas estas desde su significado más amplio, es decir, no solo desde una perspectiva política, sino también desde una visión social y/o cultural, se contradice contra de las características de la prensa: ser una especie de "cuarto poder".

Justamente, el fortalecimiento de la prensa surgió como corolario de que ella podía ser una oposición democrática a los poderes estatales establecidos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), a manera de ente fiscalizador de las acciones de los funcionarios en el cargo, o de difusión de las quejas e intereses legítimos de la población para con su Gobierno. De ahí el término acuñado de "cuarto poder". No obstante, la lógica de pesos y contrapesos que debe existir entre los poderes no se cumple con la prensa. Y es que si aquella se "contrapone" a los poderes estatales, ¿quién a su vez controla a la prensa?

"Evidentemente en un momento fueron una solución: cuando la democracia funcionaba solo con tres poderes, la aparición del cuarto

³⁶ RAMONET, Ignacio (2013). "Medios de comunicación: ¿un poder al servicio de intereses privados?". *Medios, Poder y Contrapoder. De la concentración monopólica a la democratización de la información*. Buenos Aires: Editorial Biblos, p. 57.

poder permitió crear una mejor democracia, indiscutiblemente. Pero en la actualidad tenemos el problema de que este cuarto poder no está cumpliendo su misión de contrapoder y, además, es el único poder, en el seno de la democracia, que no admite ningún tipo de crítica, que no admite ningún tipo de contrapoder.”³⁷

Junto a lo anterior, otro problema que viene caracterizando al mercado de prensa mundial por estos días es su falta de independencia o de poca apertura hacia una opinión plural. Como hemos señalado, al estar los medios de prensa en poder de unas pocas empresas de comunicaciones, los periódicos no se constituyen en reales portavoces de la colectividad. Pascual Serrano³⁸, periodista y ensayista español, sostiene que esta situación conlleva a que los medios de comunicación “no ejerzan el derecho a la libertad de expresión” sino más bien que ejerzan “el derecho a la censura puesto que deciden que es lo que se publica y difunde, y que es lo que no”.

Algunas opiniones apuntan a que esta falta de independencia que se le acusa a la prensa, encuentra solución en las nuevas alternativas que nos brinda la era digital. Esto bajo el raciocinio de que cualquier persona puede convertirse en un emisor vía web, y que el receptor tiene un mayor abanico de opciones informativas.

No obstante los beneficios innegables de la Internet, consideramos que no es posible pretender equiparar, ni en calidad ni cantidad, la influencia que ejerce la prensa en la sociedad con los medios digitales (al menos, hasta el momento). De esta forma, es equívoco considerar que las opciones de la web perfeccionen los bemoles del denominado cuarto poder. A continuación desarrollo ciertos elementos que me permiten llegar a la conclusión arribada:

Un primer elemento a tener en cuenta es la falta de análisis de la mayoría de publicaciones informativas de la web. A diferencia de la prensa, que realiza una cobertura

³⁷ Ibíd., p. 61.

³⁸ SERRANO, Pascual (2013). “Democracia y libertad de prensa”. *Medios, Poder y Contrapoder. De la concentración monopólica a la democratización de la información*. Buenos Aires: Editorial Biblos, p. 74.

amplia de la noticia, la misma que permite un seguimiento del hecho noticioso durante un más de un día; en la web la información es meramente descriptiva y se presenta de manera abreviada, en tanto su presentación en la pantalla no puede soportar "sábanas" de información.

Esta falta de análisis de la web, o dicho de otra manera, de una mayor apuesta hacia la inmediatez por noticias breves, logra que el receptor de los medios digitales reciba una cantidad abundante, pero diversa de información, lo cual terminada siendo un acumulado de hechos que más bien propician la desinformación colectiva.

Un segundo elemento está basado en la calidad del emisor. El emisor de la noticia en la web no es en la mayoría de casos un profesional de la información. El emisor puede ser cualquier persona. En pocas palabras no es necesario ser un periodista, y menos un experto en una materia, para tener cabida en Internet. Esta situación conlleva, tal como se verifica en la actualidad, a la aparición en web de los denominados *haters* o personas que tienen cabida solo para difamar o desprestigiar a personajes puntuales de la sociedad.³⁹

Un tercer dato, ya apuntado con anterioridad, es el relativo a la intromisión de los temas de espectáculo o entretenimiento de la TV a la web. Si bien es cierto que esta situación se viene reflejando en todos los medios de comunicación masiva, es cierto también que la prensa ha resistido mejor esta incorporación temática. Un ejemplo de esto son las concurridas páginas web de diarios como *El Comercio* y *La República*. Como es fácil de apreciar, estos portales web tienen una gran influencia de las series exitosas de la TV y/o de personajes de la

³⁹ Un ejemplo curioso de este fenómeno se dio el año pasado a raíz del lanzamiento gratuito que realizó el grupo de rock U2 de su última placa discográfica. U2, en acuerdo con Apple, colocó su álbum en todos los dispositivos de la empresa de la manzana que dispongan una cuenta iTunes. (Nos referimos a iPhone`s, iPad`s, iPod`s y Mac`s principalmente). De esta forma, los usuarios de estos dispositivos, sin tener que realizar algún tipo de pago ni acción alguna, tenían en sus bibliotecas de música virtuales el nuevo disco de U2. Esto dio pie a que un grupo de *haters* se la emprendieran con el grupo irlandés en las redes. Lo cuestionable es que su crítica desmesurada no partía de una evaluación sobre la calidad del álbum, siquiera sobre la forma de distribución, sino simplemente de realizar un discurso de desprestigio al grupo de rock irlandés. Bono (cantante de U2), cuestionado al respecto, señaló que no tenía por qué reparar en dichas actitudes. Indicó que antes del boom de la Internet, las paredes de los baños de los restaurantes y/o bares estaban repletas de pintas donde las personas expulsaban sus cóleras más irrazonables, en desmedro de la propiedad pública o privada. Desde que aparecieron las redes sociales, dichas pintas han desaparecido. "Ya sabemos dónde escribe esa gente ahora" finalizó.

farándula, a tal punto incluso, que el sitio de El Comercio está prácticamente invadido de esta información. Si bien los medios físicos de estas empresas también vienen siendo influenciadas enormemente, estas no superan los espacios propios para este tipo de noticias (páginas o sección de espectáculos).

Finalmente en términos relativos a la cantidad, debemos indicar dos elementos puntuales: El primero, que a pesar de la proliferación de la Internet, en la actualidad el mundo consume más papel que antes⁴⁰. Esto, principalmente, a que las nuevas tecnologías han ayudado a realizar una impresión en mayor cantidad y en menos tiempo, aunado a que todo ordenador ha traído consigo la necesidad de una impresora. Y es que si bien los almacenamientos en la nube se han incrementado, nunca serán lo suficientemente fiables que el papel físico. El segundo, que las redes sociales se sirven de una tecnología que, lamentablemente, no tiene cabida en la mayoría de zonas rurales del mundo⁴¹. A diferencia del periódico cuyo alcance es a todo ámbito.

1.3 Los medios de comunicación y la libertad de expresión

Hasta el momento, desde que empezamos a conceptualizar los medios de comunicación masivos, pasando por sus funciones hasta llegar a las características distintivas de la prensa, hemos destacado los principales aspectos de aquella, lo que a la poste,

⁴⁰ Según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) la producción de composición de fibras (productos forestales que se utilizan para fabricar papel) ha aumentado en el mundo. De esta forma, en el año 2009, la producción de composición de fibras superaba levemente las 350 millones de toneladas. Para el año 2013, esta ya alcanzaba las 400 millones de toneladas. En lo que respecta a América Latina y el Caribe, en el año 2009 la producción de composición de fibras no superaba las 30 millones de toneladas. En el año 2013 esta producción creció hasta 33 toneladas. Estos datos pueden ser verificados en las Estadísticas de productos forestales elaborada por la FAO denominada “2013 Datos y cifras globales de productos forestales” ubicadas en la siguiente dirección electrónica: <http://www.fao.org/forestry/35448-013890584244dcda407adb780c30229fb.pdf> (Consulta: 1 de agosto de 2015).

⁴¹ Al respecto es muy útil la entrevista realizada por La República a Erick Iriarte, abogado y especialista en derecho informático y sociedad de información, en la cual manifiesta que “el problema en el Perú son los 2/3 de la población no conectada a Internet”. Esta entrevista puede ser ubicada en la siguiente dirección electrónica: <http://larepublica.pe/impresa/en-portada/708254-el-problema-en-el-peru-son-los-23-de-la-poblacion-no-conectada-internet> (Consulta: 5 de octubre de 2015)

determinan la importancia de este medio en la sociedad. Dejamos para ahora su característica más esencial: concretizar el derecho fundamental a la libertad de expresión.

La libertad de expresión es un derecho fundamental con características particulares que ameritan una especial protección, incluso, por encima de otros derechos fundamentales⁴². Y es que gracias a este derecho es posible la exposición de todas las ideas y opiniones, las cuales a su vez propician el debate público sobre asuntos de interés general. Asimismo, constituye un medio para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. La libertad de expresión, entonces, se erige como auténtico pilar del sistema democrático.

En ese sentido se ha expresado la Corte IDH al señalar que la libertad de expresión constituye

"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."⁴³

Diversos autores señalan que esta libertad cuenta con una doble dimensión: una subjetiva o individual y una objetiva o social. Por la primera de ellas, se reconoce a la libertad de expresión como un derecho humano objeto de tutela por parte del Estado y susceptible de ser ejercido por cualquier ciudadano sin mayores restricciones que las que la ley imponga.

"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

⁴² Acotar que si bien ningún derecho fundamental es absoluto, es evidente en la jurisprudencia tanto nacional como comparada que la libertad de expresión tiene un tratamiento especial que hace que, en la gran mayoría de casos, se imponga sobre el ejercicio de otros derechos.

⁴³ Opinión Consultiva N.º 5/85, del 13 de noviembre de 1985, Caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 70

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 status de quienes se dediquen profesionalmente a ella."⁴⁴

Por la segunda dimensión, la libertad en mención trasciende su valor subjetivo como derecho y se convierte en una garantía esencial del sistema democrático en la medida que únicamente el tráfico de información, el intercambio de ideas y la existencia de fuentes diversas de información pueden contribuir a la formación de una opinión pública libre que permita ejercer un control sobre el poder que se ejerce al interior de determinado Estado.

"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."⁴⁵

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos no diferencia o separa la libertad de expresión de la libertad de información. (Contrario a la justicia nacional que sí realiza un desarrollo distinto para cada una de dichas libertades)⁴⁶.

⁴⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva N° 5/85, del 13 de noviembre de 1985, Caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 31

⁴⁵ Ibíd., párr. 32

⁴⁶ La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional desarrolla una diferencia entre libertad de expresión y de información. De esta forma, mientras la primera garantiza la difusión libre de ideas, la segunda comprende las libertades de buscar, recibir y difundir información de manera veraz. (SSTC Exp. N° 00905-2001-AA/TC, Exp. N° 02976-2012-PA/TC, entre otros).

"[L]a libertad de expresión no se agota en el derecho abstracto a hablar o escribir, sino que abarca inseparablemente el derecho a la difusión del pensamiento, *la información*, las ideas y las opiniones por cualesquiera medios apropiados que se elijan, para hacerlo llegar al mayor número de destinatarios"⁴⁷ (resaltado nuestro).

De esta forma, las libertades de expresión e información

"tienen el carácter de derechos constitutivos por autonomía 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".⁴⁸

Como vemos, entonces, la importancia de los medios de comunicación, y por ende de la prensa, es permitir que se dé este intercambio de ideas plural que permite a la sociedad opinar y estar enterada de todos los hechos que ameritan interés público. De esta forma, el libre y plural desenvolvimiento de los medios de comunicación masivos, por su estricta ligación a la libertad de expresión y de información, son ejercicios plenos de un sistema democrático.

"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

⁴⁷ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 73; Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 109; Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 78; Corte I.D.H., Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 147; Corte I.D.H., Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 65; Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 31.

⁴⁸ BÖCKENFORDE, Erns Wolfgang (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid: Trotta, p. 67

pensamiento y expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.”⁴⁹

1.3.1 Pluralidad informativa

El pluralismo de medios “constituye una efectiva garantía de la libertad de expresión”⁵⁰. De esta forma, La pluralidad de la información está íntimamente ligada a la importancia de los medios de comunicación masiva, y por ende a la prensa en general. 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.

Al respecto Gustavo Zagrebelsky señala que:

“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 aparente, tentando 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

⁴⁹ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111

⁵⁰ Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, párr. 142

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 hacia uno mismo y hacia los demás”⁵¹

Por su parte, el Tribunal Constitucional⁵² ha señalado que la principal concreción del pluralismo informativo se encuentra en la prohibición dirigida al Estado y a los particulares de monopolizar o acaparar los medios de comunicación social. Esta prohibición de encuentra prevista en el artículo 61 de la Constitución:

“Artículo 61º.- 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.

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” (resaltado nuestro)

La Constitución no prohíbe los monopolios (salvo el de tipo legal), sino solo el abuso de posición de dominio. En ese sentido, no castiga al empresario que, luego de competir, haya quedado solo en el mercado. No obstante, el asunto es distinto cuando se trata de los medios de comunicación:

“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. 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

⁵¹ ZAGREBELSKY, Gustavo (2010). *Contra la ética de la verdad*. Madrid: Trotta, Madrid, pp. 9 – 10

⁵² STC Exp. N° 00015-2010-PI/TC, f.j. 20

comunicación social, la vía idónea, por autonomía, para su realización.”⁵³

Ello resulta plenamente acorde con lo dispuesto por el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme al cual

“[n]o 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”.

La Relatoría Especial para la libertad de expresión 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. 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”.⁵⁴

En efecto, en su anterior informe anual del año 2003, la Relatoría para la Libertad de Expresión insistió que la concentración en la propiedad de los medios de comunicación es una práctica que conspira contra la democracia y la pluralidad al impedir la expresión diversa de los distintos sectores de la sociedad.

⁵³ STC Exp. N° 00015-2010-PI/TC, f.j. 23

⁵⁴ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo II: Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio, pp. 16-17, párr. 17.

De esta forma, como hemos visto, la Corte IDH, por medio de su jurisprudencia y los informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión, ha desarrollado una serie de estándares que desarrollan los parámetros de alcance del ejercicio de la libertad de expresión. De esta forma, dichos estándares configuran una suerte de reglas procesales que señalan el camino de cómo resolver las controversias que se suscitan cuando la libertad de expresión colisiona con el ejercicio de otro derecho fundamental recogido en la Convención Americana.

A manera de corolario del presente capítulo, reproducimos un resumen de la lista de estándares de la jurisprudencia interamericana realizado por David Lobatón⁵⁵ (que más precisamente es un listado de los principales alcances de tales estándares):

- La libertad de expresión tiene un carácter instrumental, es decir, sirve para proteger otros derechos fundamentales.,
- La vinculación entre libertad de expresión y democracia es intensa. No puede hablarse de auténtica democracia sin libertad de expresión.
- Solo serán válidas aquellas limitaciones a la libertad de expresión, que sean propias de una sociedad democrática.
- Los aspectos individual y colectivo o social de la libertad de expresión, son indisolubles entre sí, por lo que resulta inaceptable pretender la realización de uno en desmedro del otro.
- Durante los procesos electorales la protección de este derecho fundamental se intensifica, dada la centralidad de las elecciones para la democracia representativa.
- Parte importante del contenido de la libertad de expresión es la indispensable pluralidad y diversidad de la información, condiciones fundamentales para la libre circulación de ideas y opiniones.
- No garantizar la pluralidad y diversidad se convierte en una vulneración a la libertad de expresión. La protección de la pluralidad de la información, no es solo un “fin legítimo” sino un deber “imperioso” de los Estados.
- La pluralidad de la información tiene dos ámbitos de protección: el derecho de los periodistas a expresarse y difundir sus ideas e información en forma independiente, libre y plural dentro de los medios de comunicación (pluralidad interna) y, por otro lado, la

⁵⁵ LOBATÓN PALACIOS, David. “Estándares interamericanos sobre pluralidad de información y concentración de medios”. *¿Puede acapararse la libertad? Libertad de expresión y concentración de medios en el Perú?* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 95-139.

necesidad que exista una pluralidad de medios de comunicación que expresen puntos de vista distintos y hasta discrepantes (pluralidad externa).

- Los Estados incurren responsabilidad internacional no sólo cuando imponen restricciones a la libre circulación de ideas y opiniones, sino también cuando no impiden que los privados hagan lo mismo, esto es, cuando omiten establecer un marco normativo que impida las graves distorsiones en el mercado de los medios de comunicación o cualquier otra vía indirecta que vulnere la libertad de expresión.
- Las prácticas monopólicas, oligopólicas o de posición de dominio en el mercado de medios de comunicación afectan la pluralidad y diversidad de la información. En consecuencia, la concentración es una noción y una realidad opuestas a la pluralidad y diversidad.
- El respeto a la pluralidad y diversidad de la información son el límite para aceptar cierto nivel razonable e inevitable de concentración en los medios de comunicación.

Bajo los parámetros advertidos analizaremos, ya en el segundo capítulo, los alcances del término “acaparamiento” en nuestro sistema legal, sin dejar de seguir ahondando en los temas relativos a los medios de comunicación, libertad de expresión y pluralismo informativo.

ACAPARAMIENTO

En el presente capítulo desarrollaremos el significado del término “acaparamiento” y cómo se encuentra regulado en nuestro ordenamiento. De esta forma, detallaremos su presencia en las Constituciones de 1979 y 1993, así como cuando estuvo previsto como delito en el Código Penal de 1991.

Tal recuento nos permitirá distinguir que el acaparamiento tiene dos acepciones: una relativa a su definición económica, y otra vinculada a la palabra “concentración”. Esto nos ayudará a comprender la intención del constituyente de la Carta Magna del 93 de prohibir el acaparamiento de los medios de comunicación, estableciendo con ello una restricción a la libre competencia.

2.1 Acaparamiento en su acepción económica

El acaparamiento es un término de índole económico que se utiliza cuando un agente del mercado concentra bienes para luego especular con su oferta. A continuación revisemos algunas conceptualizaciones de acaparamiento:

“Una práctica monopolística dirigida a encarecer un producto a través de la congelación de la oferta o aumento de la demanda. Es decir, consiste en retener bienes en grandes cantidades, o comprarlo antes de que el producto llegue al mercado”⁵⁶

⁵⁶ El Mundo. Economía y Negocios (s/f). “Acaparamiento”. *El ABC de la Economía*. Consulta: 5 de enero de 2015. <http://www.elmundo.com.ve/diccionario/acaparamiento.aspx>

“Se define acaparamiento como la retención de valores monetarios (dinero y monedas metálicas) o en su aplicación a otros valores o activos como joyas, oro u obras de arte. Al contrario de otras maneras de ahorrar, tales como los depósitos y las inversiones, en el acaparamiento las aplicaciones no se efectúan en activos productivos o generadores de ingresos, teniendo como objetivo la capacidad de consumo de la transferencia en un futuro. Naturalmente, algunas de estas aplicaciones en el acaparamiento de oro u obras de arte podrán proporcionar ingresos asociados a su recuperación. Sin embargo, en estos casos, y cuando la solicitud se hace a tal fin, tendrá más sentido para designar aplicaciones tales como la inversión y no como acaparamiento.”⁵⁷

“Es la práctica monopolística tendiente al encarecimiento de un producto mediante la congelación de su oferta, antes de que llegue al mercado de consumo, con el fin de venderlos cuando los precios de los mismos resulten superiores a los actuales.”⁵⁸

A esta definiciones podemos agregar que el acaparamiento es el “procedimiento tendiente a dominar la oferta de un producto y a acrecentar o provocar su escasez con fines especulativos.”⁵⁹; o lo que es lo mismo, “la retención voluntaria de un producto con el fin de afectar los precios para aumentar el beneficio”⁶⁰.

Expongo esta lista de conceptos de acaparamiento para demostrar que la definición del término en cuestión no resiste mayor discusión en los textos sobre Economía. De esta forma, tenemos que el acaparamiento cuenta con las siguientes características básicas:

⁵⁷ NUNES, Paulo (2015). “Acaparamiento”. *Ciencias económicas y comerciales*. Consulta: 5 de enero de 2015. <http://old.knoow.net/es/cieeconcom/economia/acaparamiento.htm>

⁵⁸ Eco-Finanzas (s/f). “Acaparamiento”. *Economía*. Consulta: 5 de enero de 2015. <http://www.eco-finanzas.com/diccionario/A/ACAPARAMIENTO.htm>

⁵⁹ Economía 48 (s/f). “Acaparamiento”. *La gran Enciclopedia de Economía*. Consulta: 28 de febrero de 2015. <http://www.economia48.com/spa/d/acaparamiento/acaparamiento.htm>

⁶⁰ GUARAMATO PARRA, Narciso (2009). ¿Qué es la especulación y el acaparamiento? Consulta: 28 de febrero de 2015. <http://nguaramato.blogspot.com/2009/03/que-es-la-especulacion-y-el.html>

- Un agente del mercado retiene bienes antes que estos puedan ser ofertados.
- La intención de quien practica el acaparamiento es un beneficio (lucro) a futuro (al escasear el bien, los precios de este se encarecen, permitiendo al acaparador venderlo a un mayor precio del habitual).
- El acaparamiento es un tipo de especulación: la finalidad del que acapara es, justamente, especular con el aumento de la demanda y aprovechar para subir los precios.

Nos preguntamos, siempre con la intención de comprender mejor esta figura, ¿si es que todo tipo de especulación es dañina o es que forma parte de una reacción natural del mercado ante circunstancias determinadas? Para responderla traigo a colación un ejemplo propuesto por Jeff Jacoby, reconocido asesor político y columnista americano, y recogido a su vez por N. Gregory Mankiw⁶¹:

En el mes de mayo del 2010 en la ciudad de Boston se produjo una enorme ruptura de la tubería principal que dejó sin agua potable a docenas de poblaciones. Ante esta situación, miles de consumidores se dirigieron a comprar agua con desesperación. La procuradora general advirtió a los vendedores a que no incrementaran el precio del agua embotellada. “Si descubrimos que hay empresas que están especulando con los precios, tomaremos las medidas legales que correspondan”, aseguró la funcionaria.

Al respecto Jacoby señala que

“cuando la demanda de agua embotellada se dispara por las nubes, que es otra forma de decir que el agua embotellada se vuelve (relativamente) escasa, el precio del agua aumenta de inmediato como respuesta. El incremento del precio puede ser molesto, pero ni por asomo es tan molesto como no poder encontrar agua a la venta a ningún precio. El incremento del precio contribuye a evitar que las cantidades limitadas desaparezcan hoy y, al mismo tiempo, incrementa las probabilidades de que un nuevo abastecimiento de agua llegue mañana”

⁶¹ MANKIW, N. Gregory (2012). *Principios de Economía*. México DF.: Editorial Progreso S.A., pp. 82-83

Como vemos, para el citado autor, la especulación es una consecuencia natural del mercado y que incluso es beneficiosa en tanto permite no extinguir los bienes. Si bien es cierto que el Estado puede impedir esta situación a través de medidas como el racionamiento o el control de precios, también es claro que esto podría conllevar a hechos de corrupción, largas filas de consumidores en pos de los bienes y el nacimiento de un mercado negro presto a aprovecharse de la situación. De esta forma, para Jacoby la especulación no es más que “simple sentido común y el mejor método que se conoce hasta la fecha para distribuir bienes y servicios entre hombres y mujeres libre”.

En esa misma línea de ideas se expresan economistas de la región al analizar el término “especulación”, a raíz de la fuerte inflación que atraviesa Venezuela y que ha provocado que el gobierno bolivariano implemente una política de control de precios⁶²:

“¿Qué es especulación? En economía especular es simplemente tratar de tener un beneficio al realizar una transacción comercial. Como se puede ver, no tiene esa connotación negativa que se le quiere dar. Alguien me comentó que especular es tratar de tener un beneficio por encima de lo normal ¿Quién determina cual es el beneficio normal?, ¿es normal 20%, o es normal 50 %? Cada producto tiene su propio porcentaje de beneficio. Se dice que este está directamente relacionado con el riesgo. Empresas más riesgosas tendrán un beneficio mayor a las menos riesgosas. Podemos intentar definir el beneficio normal, como aquel beneficio que se genera cuando la empresa está produciendo en total libertad y solo con las restricciones que le genera el propio mercado. En un mercado totalmente libre es imposible que se puedan obtener beneficios por encima

⁶² Lo cierto es que si existe un exceso de demanda que persiste por un tiempo determinado, la experiencia muestra que las reglas de control de presión no son efectivas. De una u otra forma suben mercados negros u otras alternativas a través de las cuales el mercado resuelve los desequilibrios. El caso de Venezuela es característico: por varios años se vienen intentando diferentes estrategias que ignoran los mecanismos de mercado sin buenos resultados. Si el exceso de demanda es temporal, si el Estado tiene capacidad para hacer que se respeten los controles de precios y si la población apoya la medida, la figura del acaparamiento podría servir para disuadir a los comerciantes que pretenden conseguir beneficios extraordinarios.

que lo normal ya que si esto sucede, los inversionistas tratarán de entrar en ese mercado, aumentando así la oferta y bajando el precio.”⁶³

No obstante, el acaparamiento tiene un tamiz especial con respecto a la especulación: la acumulación de bienes, el hecho de guardarlos para escasearlos y encarecerlos: “El acaparamiento comprende (...) la guardada o retención de efectos, valores y víveres destinados al expendio público, para obtener mediante esta artimaña un beneficio”⁶⁴.

De esta forma, existe una relación evidente de género – especie entre la especulación y el acaparamiento. Todo acaparamiento es una forma de especulación, pero no toda especulación resulta ser un acaparamiento. Así, “el acaparamiento se comete provocando alteraciones en los precios de los mercados mediante la obtención y guarda de valores o efectos susceptibles de expendio.”⁶⁵ Podemos concluir, entonces, que lo que distingue al acaparamiento de la especulación es el almacenaje de un producto con el fin de escasearlo y posteriormente lucrar con su venta.

Almacenar o acumular bienes antes que el producto salga al mercado con el objetivo de escasearlo no lo puede hacer cualquier agente. Solo lo podría hacerlo un monopolio o un cartel⁶⁶. No podría hacerlo otro. Repasemos: ¿es acaso una decisión razonable que el bodeguero de la esquina retenga bienes con el fin de afectar los precios, sabiendo que Wong o cualquier supermercado tiene el producto al precio normal del mercado? La respuesta es no.

“Acaparar no es una decisión razonable, ya que al acaparar se incurren en costos, de almacenamiento, de logística, se altera el ciclo productivo. El que recurre al acaparamiento, no debe ser llamado gerente, ya que esta es una mala praxis administrativa. Igualmente, cuando el mercado es libre, son mayores los costos que los posibles beneficios (...). La moraleja de

⁶³GUARAMATO PARRA, Narciso. Ob. Cit. s/p

⁶⁴ TORRES CALERO, Miguel Ángel. *De la especulación y el acaparamiento*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1969, p. 37

⁶⁵ Ídem

⁶⁶Grupo de empresas que actúan al unísono.

todo lo anterior es que si podemos hablar de especulación y acaparamiento es porque el mercado no está actuando libremente. Estas desviaciones sólo se pueden dar cuando se interviene en el mercado.”⁶⁷

Esta situación nos conlleva a otra interrogante: ¿realmente puede darse el acaparamiento en estos días? Regresaremos a esta pregunta, y su respuesta, un poco más adelante. Ahora, empecemos a desarrollar cómo el término “acaparamiento” ha sido recogido en nuestro ordenamiento, y por ende, ver qué sentido tiene este concepto para nosotros, los aplicadores del Derecho.

2.2 Noción de acaparamiento desde el ámbito penal al competencial

Si bien la primera vez que aparece el término “acaparamiento” en nuestro ordenamiento es en la Constitución de 1979 (la cual analizaremos en su respectivo apartado), el primer Código en recoger y sancionar esta figura fue el Penal de 1991. Y si bien dicho tipo se encuentra derogado en la actualidad, su presentación nos sirve para el objetivo del presente capítulo.

El artículo 233º del Código Penal señalaba que el delito de acaparamiento se da cuando “el que acapara o de cualquier manera sustraе del comercio, bienes de consumo o producción, con el fin de alterar los precios, provocar escasez u obtener lucro indebido en perjuicio de la colectividad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con noventa a ciento ochenta días-multa”.

Este artículo fue rectificado por una fe de erratas del mismo año de publicación del Código que añadía que “si se trata de bienes de primera necesidad, la pena será privativa de

⁶⁷GUARAMATO PARRA, Narciso. Op. Cit. s/p

libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.”

Cabe indicar que el acaparamiento se encontraba contemplado como delito dentro del título referido a los delitos contra el orden económico y en el capítulo denominado “Acaparamiento, especulación y adulteración”.

La exposición de motivos del Código Penal de 1991 establece al respecto que:

“La Ley penal no podía permanecer insensible ante la evolución y complejidad de la actividad económica entendida como un orden. Con basamento constitucional⁶⁸, el nuevo Código Penal no prescinde de la represión de los delitos que atentan contra el orden económico. Nuestra norma fundamental garantiza el pluralismo económico y la economía social de mercado, principios que deben guardar concordancia con el interés social. Asimismo se establece la promoción por parte del Estado del desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad y la racional utilización de los recursos. El sistema, por tanto, tiene como objetivo fundamental el bienestar general. La delincuencia económica atenta contra este ordenamiento que resulta fundamental para la satisfacción de las necesidades de todos los individuos de la sociedad y, por ello, debe reprimirse. En esta orientación el Código Penal dedica un Título al tratamiento de los Delitos contra el Orden Económico.”

Como se aprecia, el bien jurídico que protegía el delito de acaparamiento era el “Orden Público Económico”. Si bien este posee conceptos muy amplios por parte de la doctrina, todos apuntan hacia la misma idea. A continuación se presentan algunas definiciones del bien jurídico en mención:

⁶⁸ Tener en cuenta que durante la promulgación de este Código se encontraba en vigencia aún la Constitución de 1979.

“[Es el] adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad que permita a todos los agentes económicos, en su garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”⁶⁹.

“[Es] la recta ordenación de los diferentes elementos sociales en su dimensión económica –públicos y privados- que integran la comunidad, de la manera que esta última estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre”⁷⁰.

“[Es] la ordenación ideológica conformada por un conjunto de principios y valores propios del grupo que detenta el poder en una comunidad y tiempo determinados, encaminados a servir de marco de protección y aseguramiento de las garantías de naturaleza económica de los individuos consagradas en la Constitución”⁷¹.

“El orden público económico está compuesto por reglas básicas que inspiran y gobiernan la organización y funcionamiento económico de cada país. El orden público económico refleja el concepto de libertad económica que tiene una sociedad y que contiene su Constitución. Regula, por lo tanto, las relaciones de mercado entre los particulares, y entre estos y el Estado, en tal virtud, el propósito de todo orden económico es hacer posible el intercambio económico, generando confianza y seguridad a los actores del mercado, tratando que dicho intercambio se haga en lo posible en un escenario de equilibrio en las relaciones entre las personas, y entre estas y el Estado.”⁷²

⁶⁹ FERMANDOIS, Arturo (2001). *Derecho Constitucional Económico: garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*. Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 58.

⁷⁰ AVILES, Víctor (1998). *Orden Público Económico y Derecho Penal*. Santiago de Chile: Cono Sur, p. 218

⁷¹ PEREIRA FREDES, Esteban (2008). “Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización”. *Derecho y Humanidades*. No.13. Santiago de Chile: Universidad de Chile, p. 163.

⁷² GUTIERREZ CAMACHO, Walter (2012). “Constitución económica, iniciativa privada y economía social de mercado”. *La Constitución comentada*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, p. 19.

Vemos, entonces, que el término “acaparamiento” en su perspectiva penal tenía una clara noción económica, buscando la protección de bienes y productos del mercado para la satisfacción de la colectividad que conforma el Estado y no para el provecho de unos cuantos. Es más, el tipo penal señalado guarda con pulcritud las características básicas del acaparamiento que presentamos al inicio de este capítulo: “el que sustraer del comercio” y “con el fin de alterar los precios, provocar escasez u obtener lucro”.

El artículo que regulaba el delito de acaparamiento fue derogado por el Decreto Legislativo N° 1034. Así lo estipuló la referida normativa en sus disposiciones complementarias. Dicho decreto se trata de la “Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”. Es decir, a partir de la vigencia de dicha ley, el acaparamiento pasaba de ser un tema penal a uno competencial.

2.2.1 Regulación competencial

Que el ámbito competencial albergue lo que antes estaba dispuesto en el ámbito penal no resulta extraño en tanto recoge la noción económica de acaparamiento, lo cual, en cierta manera, “perfecciona” la figura al ser regulada por la disciplina más adecuada (recordemos que cuando abordamos inicialmente el concepto de acaparamiento vimos que es un término propio del mercado y que, incluso, no cualquier agente podría efectuarlo). Lo aparentemente矛盾itorio es que de una revisión de todo el decreto legislativo N° 1034 no aparece el término “acaparamiento”. ¿Es esto correcto?

Empecemos diciendo que el Orden Público Económico, al cual hemos hecho referencia en párrafos anteriores, es un bien jurídico continental que abarca una serie de principios, los cuales, justamente, aseguran el perfeccionamiento de dicho bien jurídico. Uno de estos principios es la libre competencia⁷³. Al respecto, Javier Dolorier⁷⁴ señala que el Orden Público Económico comprende todos aquellos principios en los que se asienta el orden social en su

⁷³ La libre competencia en un aspecto macro es un principio del Orden Económico; en un aspecto individual, subjetivo, se constituye como un derecho fundamental.

⁷⁴ DOLORIER TORRES, Javier Ricardo (1994) “Orden Público Económico, Orden Público Laboral y los límites a la autonomía colectiva” *Themis*, Lima, No 27. p. 207

faceta económica y, del que las normas son sólo aplicaciones detalladas. Éste marco constitucional comprende los principios básicos del ordenamiento económico y los objetivos de carácter económico cuya concreción implica la adopción de determinadas medidas de política económica, para proteger ciertos bienes jurídicos o intereses sociales.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, la libre competencia ha merecido un tratamiento mayor tanto constitucional como legislativo (normas de índole competencial) y entendida dentro del orden público económico constitucional regente: la economía social de mercado⁷⁵.

El principio de libre competencia se encuentra estipulado en el primer párrafo del artículo 61 de la Constitución, el cual establece que: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes y monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

“Cuando el artículo 61 de la Constitución Política del Perú declara que “el Estado facilita y vigila la libre competencia”, deja claramente establecido que la libre competencia es el instrumento necesario para el correcto funcionamiento del mercado libre, institución que también ha elegido como modelo económico de desarrollo para la sociedad.

⁷⁵ El artículo 58º de la Constitución vigente señala que “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”. Al respecto Walter Gutiérrez señala que “cuando la Constitución dice que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, está imponiendo al Estado la exigencia de implementar un sistema de libre competencia, libre contratación, pero al mismo tiempo, pero al mismo tiempo, también exige una celosa protección al consumidor y la igualdad de trato en el mercado”. (“Constitución económica, iniciativa privada y economía social de mercado”. La Constitución comentada. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, p. 21). Debe quedar claro, entonces, que el Estado a fin de brindar plena eficacia al sistema de economía social de mercado, pretende utilizar a la libre competencia como el mecanismo adecuado para lograr el mejor funcionamiento de dicho sistema económico.

Precisamente por ello, el Estado debe asumir acción para “facilitar” que la libre competencia actúe como la fuerza reguladora del mercado. Esto significa garantizar la existencia de mercados libres, asegurar la entrada y salida de agentes económicos y de los recursos, y que los agentes que confluyan en un mercado de productos desarrollen comportamientos rivales propios de su natural impulso maximizador de beneficios. De otro lado, la labor de “vigilancia” que el Estado debe desarrollar se concreta en la supervisión, fiscalización y sanción de aquellas conductas que, por contrarias a la libre competencia, resulten intolerables a la organización y pongan en riesgo la finalidad perseguida.”⁷⁶

Nuestro ordenamiento, en aras de proteger el Orden Público Económico elegido por el constituyente no castiga la posición de dominio, sino el abuso de esta. Tan es así que la Constitución no prohíbe los monopolios *per se*, los cuales podrían darse producto del libre accionar del mercado. (Lo que sí se prohíbe son los monopolios legales, aquellos que se dan, justamente, por una alteración del mercado a partir de una intervención estatal⁷⁷)⁷⁸.

“Carece de sentido prohibir los monopolios a rajatabla (...). El monopolio o el oligopolio no solo pueden no ser perjudiciales, sino que, incluso, cuando son consecuencia de las preferencias informadas de los consumidores (es

⁷⁶ ROJAS LEO, Juan Francisco (2012) “Promoción de la competencia y prohibición de monopolios”. *La Constitución comentada*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, p. 91.

⁷⁷ El propio artículo 61 señala que “Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”

⁷⁸ Si bien es pacífica la interpretación que la Constitución no prohíbe los monopolios, Rojas Leo señala todo lo contrario: “Las interpretaciones de este aspecto del texto constitucional han estado por el lado de minimizar la referencia explícita a las (posiciones) monopólicas, como una conducta materia del “combate” que el Estado debe desarrollar, y entender que ella es solo una redundancia innecesaria del texto constitucional. La razón que subyace a este tipo de interpretación es una mirada benevolente al monopolio, al cual se considera como inofensivo para la economía; y que, incluso, puede ser conveniente, eficiente y beneficioso para la sociedad. (...) Si el monopolio estatal es malo o nocivo, ¿acaso el monopolio privado es bueno? La respuesta es obvia: ni el monopolio estatal ni el monopolio privado pueden ser buenos para una economía libre.” (ROJAS LEO, Juan Francisco. Op. Cit., p. 93.)

decir de las decisiones de los soberanos del mercado) son beneficiosos. (...).

El monopolio no solo no está prohibido, sino que mientras que la posición de dominio en el mercado sea adquirida por la vía de una legal y legítima competencia, está tutelada y protegida por el Estado. En otras palabras el monopolio legítimamente adquirido está protegido por la libertad de empresa.

Lo que se prohíbe, del lado de las empresas, son dos conductas: el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia. Y del lado del Estado se prohíbe la creación o fomento de los llamados monopolios legales, que son los únicos prohibidos en el texto constitucional (...)”⁷⁹

De esta forma, la Constitución solo prohíbe el abuso de posiciones dominantes y monopólicas. ¿Es esto una restricción al principio de libre competencia? No. Por el contrario, es una vigilancia irrestricta del principio. Y decimos esto pues la libre competencia se violenta cuando ciertas empresas amparadas en su mayor empoderamiento en el mercado (monopolio, oligopolio o cartel) abusan de este en desmedro de la competencia.

“El modelo constitucional de 1993 señala que lo que se combate es la práctica que limita la competencia (es decir, que pueda crear un monopolio o un efecto análogo al mismo, como un cartel entre competidores por ejemplo) o el abuso de posiciones monopólicas o dominantes en el mercado. Se descarta la eliminación del monopolio y se centra el tema en las conductas que fomentan la concentración de mercado por medios ilegítimos o el abuso del poder que confiere un monopolio.”⁸⁰

⁷⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. 2012 “Regulación constitucional de los monopolios y protección de la libre competencia”. La Constitución comentada. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, p. 70

⁸⁰ Ibíd., p. 77

Para determinar la existencia de abuso de posición de dominio debemos tener en cuenta los parámetros establecidos por el Decreto Legislativo N°1034 (la normativa que reemplazo al tipo penal de acaparamiento). De esta manera, la Ley de represión de conductas anticompetitivas señala en sus artículos 7.1 y 7.2 lo siguiente:

“7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante;
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita”

El análisis de abuso de posición de dominio parte, entonces, por determinar el mercado relevante en donde se configura tal presunción, para posteriormente realizar una serie de evaluaciones respecto tanto a las características del mercado como del producto.

Es este momento del trabajo donde importa volver a traer a colación dos preguntas planteadas en un inicio: La primera, ¿es correcto o no que el término acaparamiento no figure expresamente en el Decreto Legislativo N° 1034? La segunda, ¿es posible, a la luz de lo reseñado, que puedan darse en los mercados de hoy en día la figura del acaparamiento?

Con respecto a la primera, debemos decir que la ley de represión de conductas anticompetitivas no necesita mencionar el término acaparamiento para sancionarlo. Y esto debido a que se sobreentiende. El acaparamiento, como hemos mencionado a lo largo de este texto, es una conducta que solo podría realizar un agente que se encuentre en dominio de un mercado y utilice tal posición para abusar de aquél, es decir, lo que justamente todo el dispositivo legal en cuestión persigue.

Para dar respuesta a la segunda pregunta, tengamos en cuenta que las características para la realización del acaparamiento, aunadas a aquellas que propician evidenciar la presencia de abuso de dominio, exigen que para configurar la infracción que el bien almacenado no tenga sustitutos por el lado de la oferta y/o que el mercado debe tener características que impidan el ingreso de nuevos competidores. Estas pautas o reglas caen de maduras, en tanto que no existir, sería imposible escasear el bien, y por lo tanto, generar la figura del acaparamiento.

Si bien la situación anterior tendrá que ser verificada en cada caso concreto, notamos desde ya lo difícil que es configurar el acaparamiento en los distintos mercados. En el mercado de la prensa escrita, que no cuenta con barreras de entrada de tipo legal, es prácticamente imposible sostener que pueda existir acaparamiento, al menos, en su acepción económica.

“Para que un bien pueda ser acaparado se requiere que la oferta no pueda aumentar rápidamente en el tiempo en respuesta al aumento de los precios que produce el acaparamiento y, además, que no tenga sustitutos próximos. Por otra parte la cantidad demandada, debe disminuir menos que proporcionalmente ante los aumentos del precio -es decir, debe ser una demanda inelástica- ya que de otra forma el acaparador no podrá vender sus inventarios con Beneficio para sí.

Estas condiciones han hecho que, históricamente, sólo se hayan acaparado sólo cierto tipo de bienes, como productos agrícolas por ejemplo, que cumplían con estas características.”⁸¹

De esta forma, podemos concluir, de manera temprana, que el mercado de prensa, no puede darse acaparamiento, al menos entendido desde su acepción económica (la que recogió en un primer momento el Código Penal y ahora el ámbito competencial).

2.3 Acaparamiento en su acepción constitucional

La Constitución de 1993 recoge expresamente el término “acaparamiento”. Así, el segundo párrafo del artículo 61 (el mismo que regula en su primer párrafo la libre competencia) señala 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 ni de particulares.”

El término acaparamiento que aparece en la Constitución no puede referirse a su acepción económica pues dicha figura, como ya lo hemos resaltado en este capítulo, no podría aplicarse a los medios de comunicación. ¿Es, acaso la intención del constituyente regular algo imposible de darse en la práctica? Por supuesto que no.

El dispositivo constitucional en mención hereda lo plasmado en el artículo 134º de la Constitución de 1979. Ni una palabra más, ni una menos. El texto del 79 fue la primera vez que utilizó el término “acaparamiento” en nuestro sistema legal.

⁸¹ Eco-Finanzas. Op Cit. s/p.

Alberto Ruiz – Eldredge, constituyente de la antigua Constitución, en una interpretación que es pacífica para los doctrinarios de la época, señala que lo expresado en el artículo buscaba

“la necesidad del acceso y la participación, en pro de un auténtico libre flujo de información, que no deje a unos pocos como sujetos activos y a inmensas mayorías como sujetos pasivos de la expresión y de la comunicación (...), que tampoco mantenga la situación (...) de dueños de los medios o grupos sociales muy bien informados (...) y a otros (...) grupos sociales e inmensas mayorías convertidos en meros oyentes o lectores de mensajes que muchas veces olvidan las necesidades de su propio país (...)"⁸²

De esta forma, la intención de la normativa constitucional no está, ni estuvo, relacionada con la acepción económica de “acaparamiento”; sino que más bien hace referencia a una segunda acepción de la misma palabra: apropiarse u obtener en todo o en gran parte un género de cosas. Dichos en otros términos, el término “acaparamiento” en el ámbito constitucional está ligada a la palabra concentración⁸³ en su sentido más amplio.⁸⁴

Al revisar los diarios de debates de la Constitución de 1993, encontramos una discusión breve sobre el artículo en cuestión, pero que evidencia claramente que la intención del legislador era replicar el texto de la Constitución de 1979. De esta forma, se aprecia como el presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento en su momento señala que “este

⁸² RUIZ – ELDREDGE, Alberto (1980). *La Constitución comentada 1979*. Lima: Atlántida, p. 72

⁸³ No debe entenderse el término “concentración” como el proceso que implica el crecimiento de una empresa por fusión o adquisición de control. El significado que debe tomarse es el que da la Real Academia el cual es “apropiarse u obtener en todo o en gran parte un género de cosas”. Nos referimos, más que a una acepción ligada al mercado, a un significado más coloquial.

⁸⁴ Como vemos existen al menos hasta dos tipos de acepciones de la palabra “acaparamiento”. La primera, relacionada al campo económico, se refiere a la del agente que almacena, guarda, acapara bienes para escasear el mercado, y luego venderlos a precios elevados (especulación de precios). La otra acepción, referida a concentración, es decir, cuando un agente del mercado concentra poder en un determinado mercado. El ordenamiento jurídico peruano ha recogido ambas acepciones.

artículo está exactamente igual al texto de la actual Constitución⁸⁵ (refiriéndose a la entonces vigente Carta Magna del 79). Asimismo es interesante como en la discusión de la Comisión dos intervenciones refuerzan nuestra tesis: la primera, en la que el Dr. Chirinos Soto resalta la importancia del término “no pueden” en vez de incorporar el enunciado “no deben”, en vista que el primero “es más fuerte”⁸⁶. La segunda, la de la Dra. Martha Chávez, que solicita dejar constancia expresa de que el texto en cuestión “no implica que otras actividades sí puedan ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento (...) porque ya hemos aprobado normas en las cuales (...) se prohíbe todo aquello que distorsione el mercado”⁸⁷. Es decir, los padres de la patria tenían bien claro los alcances de esta prohibición constitucional.

Ahora, que en el mismo dispositivo constitucional, artículo 61 de la Carta Magna vigente, se regulen el principio de libre competencia y la prohibición de acaparamiento (en su acepción constitucional) para el caso de los medios de comunicación, no es una simple coincidencia. Es recoger en el mismo artículo los alcances de un derecho fundamental y su correspondiente restricción.

Como lo hemos señalado, la prohibición de monopolios legales o del abuso de dominio no son restricciones al ejercicio de la libre competencia, por el contrario, ayudan a maximizar su alcance. La restricción de tal derecho, como lo ha planteado nuestro constituyente, se da solo en el campo de los medios de comunicación. La explicación de esto está, en primer lugar, que ningún derecho fundamental es absoluto. Estos pueden encontrar limitaciones a su ejercicio, siempre que estas se den a favor de otro bien constitucional. Y como corolario de lo anterior tenemos que, en segundo lugar, la restricción anotada es en beneficio de la libertad de expresión, derecho fundamental considerado piedra angular de la democracia⁸⁸.

⁸⁵ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO (1993). “Debate Constitucional 1993”. Tomo IV. Redacción, diseño, diagramación y edición: Diario de los Debates. Lima, p. 1978

⁸⁶ Ídem

⁸⁷ Ídem

⁸⁸ Al respecto se sugiere remitirse a lo esbozado en el primer capítulo de esta tesis donde se profundiza las particularidades especiales del derecho a libertad de expresión (Apartado titulado “Los medios de comunicación y su relación con la libertad de expresión”).

En un principio, teniendo en cuenta que los Estados eran quienes acaparaban los medios de comunicación, especialmente los gobiernos dictatoriales y/o militares⁸⁹, la interpretación de este artículo estaba dirigido a señalar una actitud pasiva por parte del Estado, es decir, que no debería entrometerse en las relaciones que se generan dentro del mercado de medios de comunicación y ser solo un mero observador.

“En un primer momento, se consideró que con la finalidad de proteger la libertad de expresión de los ciudadanos, la actuación del Estado debía ser estrictamente negativa, esto es, se estimaba que mientras el Estado menos se entrometiera en el ejercicio de este derecho se estaría dotando de mayor tutela a la libertad de expresión. Sin ninguna duda, una perspectiva en este sentido contaba con fundamentos que la validaban en la medida que, desde una perspectiva histórica, un balance sobre la actuación del Estado permitía interpretar que este en muchas ocasiones había buscado restringir indebidamente la libertad de expresión con la finalidad de reducir el control que sobre él pudiera ejercerse a través de esta garantía y de la diseminación de información entre el público. A esta primera posición pertenece la teoría del “orador de la esquina de la calle”, según la cual bastaba que el Estado dejara que los ciudadanos se apropiaran de cualquier espacio público para manifestar su opinión para entender correctamente tutelada la libertad de expresión.”⁹⁰

Sin embargo, los tiempos han cambiado y esta libertad amplia a favor de los privados ha terminado por generar que unas pocas empresas privadas terminen acaparando los medios. Si la razón de impedir la concentración de los medios en manos del Estado era que una sola persona vulneraba la pluralidad de información (y por ende la libertad de expresión de todos los ciudadanos), entonces, no existe diferencia en prohibirle a una persona, aunque esta vez del ámbito privado, acaparar todo el mercado.

⁸⁹ Como se recuerda, en 1974, el Estado confiscó a su favor los medios de comunicación de entonces, razón por la cual uno de los propósitos directos de los constituyentes de la Constitución del 79 era evitar que la estatización de los medios volviese a repetirse.

⁹⁰ FARFAN SOUZA, Ronnie (2015). 2015 “La regulación de la concentración de la propiedad de medios de comunicación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 91, p. 145

“Una evolución en la concepción de los mecanismos de tutela ha dejado claro hoy que no basta con que el Estado proteja este derecho a través de una actuación negativa, esto es, liberando a los ciudadanos de regulaciones o restricciones sobre el ejercicio de su derecho sino que por el contrario se admite hoy que para ejercer la libertad de expresión se requiere que el Estado asegure la existencia de canales idóneos a través de los cuales se pueda ejercer este derecho y que remueva todo obstáculo que impida su desarrollo. Así las cosas, no cabe duda de que hoy, en el marco de una actuación positiva, al Estado le corresponde llevar a cabo todas las acciones que resulten necesarias para habilitar y mantener abiertos todos las vías o plataformas a través de las cuales los ciudadanos puedan expresar su opinión.”⁹¹

En igual sentido, David Lobatón se expresa al señalar que

“el manejo de la información en pocas manos o empresas es tan perjudicial como la concentración pública y política de sesgo autoritario. Cada vez está más claro que el libre mercado no es suficiente para lograr que los consumidores sean, también, ciudadanos debidamente informados, por lo que todo sistema democrático requiere introducir ciertas dosis de regulación y control estatal –no gubernamental- que eviten distorsiones tales como monopolios, oligopolios o posiciones de dominio.”⁹²

La jurisprudencia de la Corte IDH respalda esta posición al señalar que

“[I]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.”⁹³

“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

⁹¹ Ibíd., p. 146

⁹² LOBATÓN PALACIOS, David (2016). “Estándares interamericanos sobre pluralidad de información y concentración de medios”. *¿Puede acapararse la libertad? Libertad de expresión y concentración de medios en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 130.

⁹³ Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, párr. 143

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”⁹⁴

“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”⁹⁵

Regresando al tema de la acepción constitucional de “acaparamiento” relativo a la palabra “concentración” tenemos que la Ley Nº 28278, Ley de Radio y Televisión, en su artículo 22º utiliza tal noción:

“La radio y la televisión no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares. Se considerará acaparamiento para efectos de la presente Ley el que una persona natural o jurídica, sea titular de más del 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. 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”. (Resaltado nuestro).

Como se aprecia, el término “acaparamiento” no está ligado al almacenaje de bienes, sino más bien a adueñarse del mayor porcentaje posible de un mercado. El propio Tribunal Constitucional, en la STC Exp. Nº 00015-2010-PI, lo ha entendido así al señalar que:

⁹⁴ Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, párr. 145

⁹⁵ Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comité de Derechos Humanos. Observación general No. 34, párr. 40.

“A juicio del Tribunal Constitucional, la regulación prevista en el segundo párrafo del artículo 22º de la Ley de Radio y Televisión, en lo que a la radiodifusión televisiva respecta, resulta compatible con el contenido normativo del referido artículo 61 de la Constitución, 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 domino del máximo legalmente permitido, y permitiendo la optimización de la calidad del servicio de radiodifusión brindado a los consumidores y usuarios.” (Resaltado nuestro)

Teniendo claro, entonces, los alcances del término acaparamiento, especialmente su acepción relativa a “concentración”, en el siguiente capítulo abordaremos de lleno el caso de la compra del grupo Epensa, y por el cual, El Comercio aparentemente habría acaparado el mercado de medios de prensa escrita.

CASO EPENSA

En este último capítulo abordamos el tema concerniente al Caso Epensa, con la intención de trasladar a un caso concreto los distintos conceptos que hemos descrito y analizado en los capítulos anteriores.

Empezaremos explicando los hechos del caso, para luego analizar si la concentración que tiene actualmente el Grupo El Comercio en el mercado de prensa escrita configura una situación de “acaparamiento”. Finalmente, propondremos una solución al caso que podría ser tomada en cuenta por los jueces constitucionales que están abocados a la causa.

3.1 Hechos del Caso: ¿Acaparamiento o no?

Epensa (Empresa Periodística Nacional S.A.), una de las tres empresas más importantes del mercado de prensa escrita en el medio local, y su empresa de soporte logístico Alfa Beta Sistemas (Alfa-Beta Sistemas S.A.C.) compartían el mismo accionariado, el cual se componía de la siguiente manera:

Accionista	Participación en el capital social
Enrique AgoisPaulsen	34%
Marcia Mindreau Navarrete de Agois	20%
Olga Banchero de Salazar	20%
Luis AgoisBanchero	11%
Rossana AgoisBanchero	5%
María AgoisBanchero	5%
Carlos AgoisBanchero	5%

A mediados de 2013, los esposos Enrique Agois y Marcia Mindreau deciden poner a la venta sus respectivas acciones. En el mes de julio de ese año, los hermanos Agois Banchero (el resto de accionistas) ejercen el derecho de adquisición preferente y compran las acciones en venta correspondientes a Alfa Beta Sistemas (en su condición de Sociedad Anónima Cerrada⁹⁶).

Posteriormente, el 21 de agosto de 2013 la Empresa Editora El Comercio compra el 54% de acciones puestas en venta por Agois y Mindreau correspondiente a Epensa. Ese mismo día, la empresa Servicios Especiales de Edición (empresa vinculada a El Comercio) compra a su vez el 54% de Alfa Beta Sistemas, es decir, las acciones que fueron previamente adquiridas por los hermanos Agois Banchero.

Con esta operación el Grupo El Comercio se adueña del Grupo Epensa, asumiendo el dominio del 77.86% del mercado de venta de diarios. De esta forma, las publicaciones “El Comercio”, “Perú 21”, “Gestión”, “Trome”, “Depor” (de propiedad de El Comercio), y ahora “Correo”, “Ajá” y “El Bocón” (de propiedad de Epensa) vienen siendo comercializados por un mismo grupo. Esta situación conlleva una altísima concentración en la venta y comercialización de periódicos que sería contraria al orden constitucional y que afectaría seriamente el mercado de medios impresos en el Perú.

3.2 La palabra de El Comercio

El Grupo El Comercio, como parte de su descargo ante las críticas realizadas luego de confirmarse la operación bajo comento, ha presentado a través de las editoriales del diario decano⁹⁷ dos argumentos en su defensa: El primero, que el Grupo La República, principal

⁹⁶ Art. 237 de La Ley General de Sociedades.- “El accionista que se proponga transferir total o parcialmente sus acciones a otro accionista o a terceros debe comunicarlo a la sociedad mediante carta dirigida al gerente general, quien lo pondrá en conocimiento de los demás accionistas dentro de los diez días siguientes, para que dentro del plazo de treinta días puedan ejercer el derecho de adquisición preferente a prorrata de su participación en el capital. (...)"

⁹⁷ Han sido varias las notas publicadas por el diario El Comercio desde el nacimiento de la operación bajo comentario. Las dos editoriales dedicadas al tema han sido “Su derecho a elegir” (publicada el 24 de octubre del 2013, cuando justamente empezaron las críticas por parte del grupo La República) y “Aquí le dejamos la respuesta, señor presidente” (publicada el 5 de enero del 2014, en clara alusión a la intervención del Presidente de la República Ollanta Humala quien sostiene en sus apariciones públicas,

opositor de la operación, viene generando una campaña en contra de ellos a partir de un discurso exento de fundamentación y más bien propio de un “mal perdedor”. El segundo, que en la operación existió una división entre la línea editorial de Epensa y la línea encargada de la impresión y comercialización, siendo esta última la única comprada por El Comercio, lo cual garantizaría la línea independiente de los diarios adquiridos a Epensa.

Sobre el primero, las editoriales de “El Comercio” nos han explicado que el primer grupo interesado en comprar Epensa fue La República, y al no haber podido lograr su objetivo, comenta desde una posición de “mal perdedor”; pues de haber procedido la compra no existiría esta campaña informativa relativa a la concentración de medios. Al respecto hay un punto importante que aclarar y que El Comercio omite deliberadamente. De haberse consumado la operación entre La República y Epensa, el primero hubiera obtenido el 44.94% de los medios de prensa escrita, cifra aún inferior a la posición que El Comercio mantenía hasta antes de la operación (49.30%). Es decir, la compra de Epensa por parte del Grupo La República no hubiera supuesto una concentración de medios del grado que actualmente se tiene.

Sobre el segundo, debemos decir que se trata del mejor argumento de El Comercio, o al menos el más novedoso, para saltar las acusaciones de acaparamiento y posible vulneración de la pluralidad informativa. Vemos que en ninguna de sus editoriales El Comercio niega que el porcentaje de participación sea pequeño. Sino más bien trata de señalarnos que tener están gran parte del mercado de los medios de prensa no va afectar la pluralidad informativa. Justamente, al indicarnos que existe una división entre la línea editorial de Epensa y su división de comercialización se apunta hacia ello. Pero, ¿en qué consiste esta división?

El 22 de agosto de 2013, fecha en la que El Comercio brinda los detalles de la operación a la Superintendencia de Mercado de Valores, el grupo del diario decano comunica la existencia de un acuerdo con la familia Agois Banchero (grupo minoritario de accionistas de Epensa y Alfa Beta Sistema), y por el cual el control de la línea editorial, que incluye la generación y edición de contenidos, estaría a cargo de los mencionados Agois, mientras que línea de comercialización en dirección de los Miro Quesada.

Nos preguntamos, ¿acaso la división entre la línea de negocio “contenidos” y “comercialización” garantiza la independencia de la primera? La respuesta es no. El área de cada vez que le preguntan sobre la materia, que sí existe acaparamiento por parte del Grupo El Comercio.

comercialización, en toda empresa, no limita su ejercicio a vender el producto, sino a señalar con detalle qué debe resaltar el producto para ser vendido. De esta forma, la gerencia de comercialización, distribución y/o ventas más que sugerir, es la encargada de decidir qué debe venderse. En pocas palabras, tiene poder para seleccionar qué información dar y cuál no. Además, la mencionada línea de comercialización va hacer operada por los accionistas mayoritarios quienes en directorio bien pueden ejercer la voz decisoria. Esta división en la asunción de tareas más parece, entonces, un consejo de un especialista en la materia para lograr que el diario decano sorteó con éxito las acusaciones que se están dando.

3.2.1 Otros argumentos a favor de *El Comercio*

La discusión planteada también ha traído otros argumentos a favor de la posible situación de acaparamiento. Repasemos los brindados por tres destacados profesores y abogados: Aníbal Quiroga, Alfredo Bullard y Óscar Súmar.

Aníbal Quiroga discute el uso del término acaparamiento en la discusión mediática. Al respecto señala que:

“El acaparamiento es un concepto económico que solo puede existir respecto de los bienes tangibles cuyo número o existencia puedan ser objeto de apoderamiento interesado de quien altera las reglas del mercado, en un universo determinable, cuantificable, medible y finito. Así la Ley de Radio y Televisión, en su artículo 22, define expresamente el acaparamiento en radio y TV cuando un titular tenga más del 30% de las frecuencias disponibles técnicamente en una misma banda de frecuencia para la TV y del 20% para la radiodifusión sonora. Por su parte, el artículo 11 en esta misma norma legal define al espacio radioeléctrico como un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la nación. Y ello es así porque, como la propia ley lo reconoce, dicho espacio en TV y radio es limitado, limitable y finito”⁹⁸

Quiroga trae a colación esta diferencia entre medios finitos e infinitos para precisar que solo los primeros son capaces de ser objeto de acaparamiento. A su entender,

⁹⁸ Quiroga, Aníbal. “No se puede leer la Constitución como si fuera el Código Civil”. *Gaceta Constitucional*. Octubre 2013, Tomo 70, p. 296

“los medios de comunicación escrita no podrían ser objeto de acaparamiento, desde que la oferta de estos –al ser un derecho fundamental su fundación, sin permisos ni autorizaciones previas- no podría ser objeto de aprovechamiento singular, ni ser apropiada por un solo titular, ya que siempre habrá la posibilidad de que se oferten tantos medios de comunicación escrita como voluntades en hacerlo existan en nuestra sociedad”.⁹⁹

En esa misma línea de ideas Alfredo Bullard sostiene que

“cuando se controla o estatizan los medios de producción, [se] genera serios problemas para que la demanda encuentre la oferta. En ese escenario se utiliza la palabra “acaparamiento” para intentar echarle la culpa a alguien de por qué había escasez en el mercado. Las restricciones a la competencia no surgen por el “acaparamiento”, sino por las barreras de acceso al mercado, y es en esa línea que debemos leer la Constitución. No es tanto que alguien acapare medios, sino que no permita que quien quiera expresarse lo haga. Eso resulta claro en la televisión abierta y la radio, en los que acaparar el 100% del espectro impediría a terceros entrar a esos mercados. En el caso de la prensa escrita, ese tema no está para nada claro.”¹⁰⁰

Por su parte, Oscar Sumar sostiene que la compra de Epensa por El Comercio no necesariamente amenaza la pluralidad de la información:

“Ante ello, cabe decir que el pluralismo en la información no solo se puede garantizar mediante la prensa escrita, sino que existen muchos sustitutos a dicho medio de información. Las personas pueden escuchar la radio, ver la televisión o buscar noticias en Internet, incluso actualmente ya contamos con periódicos 100% online”.¹⁰¹

Asimismo Súmar sostiene que

⁹⁹ Ídem

¹⁰⁰ Bullard, Alfredo. “Es un recurso de mal perdedor”. *Correo* (Lima, Perú). Publicado el 15 de septiembre del 2013. Consulta: 1 de agosto de 2015. <http://diariocorreo.pe/politica/alfredo-bullard-sobre-criticas-a-fusion-de-e-79295/>

¹⁰¹ Sumar, Oscar. “La prensa escrita no es el único canal para enterarnos de lo que pasa en el Perú”. *Gaceta Constitucional*. Octubre 2013, Tomo 70, p. 299

“cabe destacar que nuestra Constitución no prohíbe el monopolio, sino el abuso de la posición de dominio o los monopolios legales. Eso es precisamente lo que combate Indecopi: el abuso de posición de dominio; es decir, cuando una empresa domina un mercado y aprovecha dicho dominio para restringir la competencia. El Comercio no está siendo acusado de tener y menos de abusar de una posición de domino (en el sentido técnico), sino solo de ser “muy grande” (...) Si vamos a sancionar a las empresas por ser grandes, vamos a desincentivar la competencia”.¹⁰²

Con respecto a la posición del Doctor Quiroga debemos coincidir en que si utilizamos la acepción económica de acaparamiento, es muy difícil que se dé su aplicación. (Este tema ya lo hemos ampliado en el capítulo anterior). No obstante, y aquí nuestra discrepancia con él, el término acaparamiento también tiene una noción constitucional, distinta a la económica. De esta forma, mientras la noción económica del acaparamiento es una especie del género especulación, y por lo cual debiera darse el almacenamiento de bienes escasos; la noción constitucional es relativa a la concentración de un determinado mercado en manos de unos pocos. ¿Cualquier tipo de mercado está prohibido por la Constitución? No. Solo el mercado relativo a los medios de comunicación. Pero, ¿por qué este mercado? Por la naturaleza de su producto: la información. En una sociedad democrática, para que este tenga vigencia, no solo debe garantizarse la libre difusión de todos los pensamientos, sino que exista una pluralidad de información que nos permita contar con opiniones diversas que enriquezcan la nuestra. (Este tema ha sido expuesto ampliamente en los capítulos anteriores). En ese sentido, mal hace Quiroga al basar su argumentación solo bajo la concepción económica de acaparamiento. Es cierto que en prensa no existe un límite legal establecido, como sí existe en Radio y Televisión, pero esto no niega la existencia de un posible acaparamiento en algún momento o durante un tiempo importante.

En lo que se refiere a la postura del Doctor Bullard, estamos de acuerdo en que el mercado de prensa posee pocas barreras de entradas (más allá de las necesarias para operar). Y la explicación de esto la encontramos en la importancia para el sistema democrático de incentivar que cualquier persona pueda accionar un medio de comunicación. Sin embargo, la falta de barreras de ingreso no significa la imposibilidad de que se den concentraciones en el mercado. El Comercio y el mercado de prensa es un claro ejemplo. De nada sirve que en

¹⁰² Ídem

cualquier momento puedan ingresar periódicos o revistas al mercado si es que están no tienen ni por asomo la capacidad de distribución que los medios tradicionales. El argumento del internet tampoco es adecuado. Los periódicos virtuales no son sino, en la mayoría de los casos, una réplica de sus plataformas físicas, y las redes sociales soportan mensajes del momento, y del humor, de sus redactores, teniendo marcada distancia con el deber de veracidad que tienen los medios de prensa escrita. (Este tema también ha sido desarrollado en el primer capítulo).

De la misma forma, Súmar se equivoca al creer que este es un tema de abuso de posición de dominio. Definitivamente no lo es. Lo cual no significa que no pueda darse dicho abuso en el tiempo. Puede ser que, por ejemplo, el Grupo El Comercio ordenó a una empresa auspiciadora a que solo contrate con ellos y no con la competencia. No obstante, como afirma el profesor Súmar, este es un tema que resolverá Indecopi. El tema que nos ataña en esta discusión es el acaparamiento en términos constitucionales, no el abuso de posición de dominio.

3.3 Solución de la controversia

Habiendo dejado en claro el contenido y desarrollo de las figuras jurídicas y derechos fundamentales que involucran este caso a lo largo del presente trabajo, esbozamos a continuación una solución del conflicto, basada en la necesidad de determinar cuál es el límite que debe sobrepasarse para entender que el mercado de prensa se encuentra acaparado.

Una primera medición, por llamarlo de algún modo, que nos ayuda a determinar cuando el mercado de prensa se acapara es a través de márgenes pre establecidos por la ley. Un ejemplo de ello es, a estas alturas de la tesis, la ya regularmente citada Ley de Radio y Televisión. De esta forma el artículo 22º de la Ley N° 28278 indica que

“(...) Se considerará acaparamiento para efectos de la presente Ley el que una persona natural o jurídica, sea titular de más del 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.”.

Para el caso de prensa, como ya se ha comentado, no existe dispositivo similar. No obstante, el texto constitucional es claro y los jueces que analicen la causa¹⁰³ no pueden dejar de impartir una decisión a falta de regulación de carácter legal, menos aun cuando se encuentra en riesgo derechos fundamentales.

Sobre lo anterior Baldo Kresalja afirma que

“A diferencia de lo que ocurre con los servicios de radiodifusión, no existe para la prensa escrita norma que especifique qué se considera exclusividad, monopolio o acaparamiento, pero ello no significa que esas situaciones no puedan ocurrir en la realidad y que les alcance la prohibición del artículo 61 de la Constitución, lo que deberá analizarse en cada caso concreto, teniendo presente que dicho artículo no necesita para su aplicación de desarrollo legislativo, pues la norma tiene eficacia directa por lo que no puede alegarse la inexistencia de una norma de desarrollo para aplicarla.”¹⁰⁴

En ese sentido, existe una segunda forma de determinar cuándo un mercado está acaparado o concentrado. Nos referimos a las técnicas de análisis competencial reguladas en el Decreto Legislativo N° 1034 y desarrolladas extensamente por la jurisprudencia de Indecopi.

Acotamos que si bien hemos establecido con anterioridad que un análisis de abuso de dominio no es necesario para el presente en caso, en tanto el término en cuestión no está referido a acaparamiento en su noción económica, sino más bien en su versión constitucional, no podemos dejar de olvidar que tales técnicas sirven también para determinar y analizar un mercado concentrado. De esta forma, su aplicación es útil para el presente objetivo.

3.3.1 Análisis del acaparamiento o concentración del mercado de prensa

¹⁰³ Con fecha 18 de noviembre de 2013 un grupo de periodistas, mayormente identificados por su labor en La República, ha presentado una demanda de amparo solicitando la nulidad del contrato entre El Comercio y Epensa. El Cuarto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima sigue sin resolver la causa hasta la fecha.

¹⁰⁴ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. (2016). “Nadie puede negar”. *¿Puede acapararse la libertad? Libertad de expresión y concentración de medios en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 421-422.

Las técnicas a las que haremos referencia son: definición de mercado relevante, y; determinación de posición de dominio.¹⁰⁵

a) Definición del mercado relevante

“El mercado relevante es un concepto fundamental es la legislación reguladora de la libre competencia pues es a partir de este concepto que se analiza la estructura de los mercados y se determina cuántas empresas tienen poder sustancial dentro de un mercado específico o mantienen una posición dominante en el mismo”¹⁰⁶

Económicamente las cuotas de mercado se determinan en función de un mercado relevante. Un mercado relevante está constituido por un mercado de producto relevante y un mercado geográfico¹⁰⁷. El primero hace referencia al producto materia de la controversia y sus sustitutos desde el punto de vista de la demanda. El segundo hace referencia a la ubicación de las fuentes alternativas de aprovisamiento.

La determinación del mercado relevante se realiza definiendo el mercado de producto y el mercado geográfico. El mercado de producto relevante incluye todos los bienes que desde el punto de vista del consumidor son sustituibles por sus características, precios

¹⁰⁵ La mayoría de referencias conceptuales de este apartado han sido extraídas del Material de Estudio del curso “Temas de Derecho de la Competencia y Derechos Intelectuales” de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú y elaborado por el profesor del curso Dr. Hebert Tassano Velaochaga.

¹⁰⁶ FLINT, Pinkas (2002). Tratado de defensa de la libre competencia. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 211.

¹⁰⁷ El artículo 6 del Decreto Legislativo 1034, ya señalado con anterioridad en la presente tesis, señala que “el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico (...) El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. (...) El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.”

o su uso (bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares). La delimitación del mercado geográfico relevante considera el área territorial donde se encuentran las fuentes o proveedores alternativos a los cuales el comprador o cliente podría acudir bajo las mismas o similares condiciones del mercado¹⁰⁸

- Mercado de producto

A propósito de la delimitación del mercado de producto, la Comisión de la Comunidad Europea (citada por Pinkas Flint) define Mercado Relevante como el que “comprende la totalidad de productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”.¹⁰⁹

A primera impresión, se podría sostener que los sustitutos naturales de la prensa son la radio, la TV y las páginas web que soportan servicios informativos. Todos ellos, en apariencia, son soporte ávidos para comunicar hechos noticiosos al igual que la prensa. Justamente así lo sostiene la posición contraria a la existencia de una concentración de medios.

La presente tesis discrepa de lo anterior. Si bien a lo largo de este trabajo hemos dado detalles de porqué no existen sustitutos para la prensa, a continuación realizamos una lista de nuestros principales argumentos:

En primer lugar, la prensa, específicamente los periódicos, han consolidado una experiencia acerca del tratamiento y manejo de los hechos noticiosos que los demás medios carecen. Esto se refleja en la calidad de contenido de los distintos medios descritos. Esta mayor experiencia es gracias a que los periódicos (existentes desde la proliferación de la imprenta a mediados del siglo XVI) han sido el primer gran medio de comunicación de masas, mucho antes de que existiese la radio¹¹⁰, la TV¹¹¹, y por supuesto, la Internet¹¹².

¹⁰⁸ Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC, fundamento 105

¹⁰⁹ FLINT, Pinkas. Ob. Cit., p. 212

¹¹⁰ La primera patente de radio se dio en 1897

¹¹¹ La primera transmisión exitosa se realizó en 1924

¹¹² Los orígenes del internet datan de 1969

En segundo lugar, la prensa se constituye como el pilar de la información organizada. A diferencia de la radio y la TV en cuyas programaciones reinan los temas ligados al entretenimiento, la prensa sigue siendo un bastión de información. Esto puede comprobarse, por un lado, en la relación de hechos noticiosos que encontramos en los distintos medios. Si bien la prensa, los periódicos propiamente, no están ajenos a las noticias del corazón o espectáculos, estas no sobrepasan su página o sección correspondiente. Todo lo contrario a lo que sucede hoy en día en la TV, donde todos los programas cruzan su programación a partir de un hecho que realice alguien del ambiente de la farándula local. Los hechos noticiosos, tanto en radio como TV, se encuentran resignados a sus minoritarios segmentos informativos. Pero por otro lado, la prensa es un pilar de la información, porque sus críticas y análisis constituyen el punto de partida de las demás plataformas. Un ejemplo de esto se da en la Internet, donde las páginas web y/o redes sociales de los principales diarios nacionales contienen enunciados que son una réplica de sus versiones físicas o un adelanto de lo que se profundizara en su soporte gráfico.

En tercer lugar, la prensa realiza un mayor análisis de los hechos noticiosos que las publicaciones informativas en la web; debido a que los periódicos realizan una cobertura amplia de la noticia, la misma que incluso, permite un seguimiento de la noticia durante más de un día. En la web, la información es meramente descriptiva y se presenta de manera abreviada, en tanto su presentación en pantalla no puede soportar “sábanas” de información.

En cuarto lugar, la calidad del emisor de la información en la prensa es muy distinta a la de los otros medios, específicamente, con la Internet. De esta forma, el emisor de la noticia web no es la mayoría de casos un profesional de la información. El emisor puede ser cualquier persona. (De ahí la proliferación de bloggers, youtubers, etc). En pocas palabras, no es necesario ser un periodista, y menos un experto en la materia, para tener cabida en la Internet. En ese sentido, si bien la web ha democratizado la participación en las redes, no significa que haya mejorado la calidad de la información o el análisis de los hechos noticiosos. Por el contrario, Internet, al ser una plataforma que condensa todo tipo de información, “bombardeando” al lector de todo tipo de hechos, logrando más desinformar que informar.

Finalmente, otro indicador de importancia lo da la capacidad de la prensa de llegar a lugares donde la tecnología, específicamente, la Internet, no llega o resulta muy onerosa. (Es el caso de los centros poblados alejados de las grandes ciudades). De igual forma, muchos espacios de concurrencia pública (como los taxis, quioscos, supermercados) a pesar de pertenecer a una ciudad que goza de los beneficios de la era digital, solo comparten

información a través de las portadas de los periódicos que ofrecen, siendo esta una herramienta de fácil acceso a cualquier persona.

Incluso, bajo el supuesto negado de que algunos de los medios mencionados sean sustitutos de la prensa, no significa que debamos afirmar de manera automática que el mercado relevante es más extenso. Y es que los sustitutos serán tales en la medida que estos sean lo suficientemente estrechos o completos. Paredes y Tarsijan traen a colación un ejemplo de lo anterior:

“Cuando se fusionaron los emisores de las tarjetas Visa y Master Card, en Chile, el argumento de los solicitantes del permiso señalaba que el mercado debía definirse ampliamente, considerando no sólo tarjetas de crédito como Diners, American Express y aquellas emitidas por casas comerciales, sino que también debían considerarse dentro de la definición de mercado otros medios de pago, como cuentas corrientes, billetes y monedas en circulación. (...). El criterio fue que, si bien otras tarjetas e incluso el dinero son sustitutos de las tarjetas de crédito, no son sustitutos lo suficientemente estrechos como para que, desde la perspectiva de la competencia, se consideren un solo bien”.¹¹³

Sobre este tema, la Autoridad Estadounidense de las Comunicaciones (FCC) ya ha resuelto la discusión sobre si la prensa tiene o no sustitutos que permitan entender el mercado de producto como una amplio. De esta forma, la autoridad indicada ha señalado al respecto que:

“Si la sustitución fuese completa, entonces el debilitamiento de los periódicos locales sería contrarrestado por el uso de otros medios. (...). Con sustitución completa los comportamientos cívicos asociados al consumo de medios no se verían afectados por los cambios en la disponibilidad de un medio en particular. Esta vendría a ser la implicancia de la sustitución completa sobre “neutralidad en el comportamiento”. La investigación existente sobre el consumo de medios y la votación sugiere que, aún si existe sustitución, no es completa en este último sentido. Los cambios en la disponibilidad de estaciones de radio y periódicos semanales orientados a la población afroamericana, entre 1994 y 1998, afectan su tendencia a votar (...). Existe evidencia adicional contra la

¹¹³ PAREDES, Ricardo y Jorge TARZIJÁN (2006). “Organización Industrial para la Estrategia Empresarial”. México D.F.: Pearson Education, p. 70.

neutralidad en el comportamiento en otro contexto. Los periódicos nacionales sirven como sustitutos a los locales en el sentido que los mercados con mayor circulación de periódicos nacionales experimentan una mayor caída en la circulación de diarios de circulación local entre los lectores que son el público objetivo de los primeros. La neutralidad en el comportamiento falla en el sentido que en los mercados con mayor aumento en la circulación de diarios nacionales hay una mayor caída en la tendencia a votar en las elecciones locales (no presidenciales) entre la audiencia de estos diarios. Aquí, una vez más, pese a que los consumidores ven los productos como sustitutos, estos no tienen el mismo efecto en el comportamiento cívico.”¹¹⁴

Más allá de los sólidos argumentos propuestos, técnicamente un bien o servicio es distinto de otro “en la medida que la elasticidad cruzada entre ellos sea menor a infinito”¹¹⁵. En ese sentido, cuando intentamos delimitar el mercado de producto, estamos intentando hallar qué productos compiten con cuales. Para lograr ello, debemos analizar el producto en cuestión y luego decidir si el mercado analizado está integrado también por otros productos de características similares de cara a los consumidores. Ello se hace a través del criterio de sustituibilidad de unos productos por otros desde el punto de vista de la demanda y de la oferta. De esta forma tenemos la elasticidad cruzada de la demanda, la cual se establece calculando el cambio porcentual en la cantidad demandada de un producto a consecuencia de un cambio en el precio de otro producto. Su medición se obtiene a partir de la siguiente formula:

$$\eta_{ij} = \frac{\Delta\%Q_i^d}{\Delta\%P_j}$$

Al respecto Paredes y Tarsijan proponen el siguiente ejemplo:

“Si consideramos que el precio de las peras y las manzanas es el mismo, y que luego, producto de un aumento del 1% en el precio de las manzanas, la demanda de peras aumenta en un gran porcentaje (por ello se plantea “infinito”, aunque en la práctica se puede cambiar la palabra infinito por relativamente alto o significativo), entonces se dice que las

¹¹⁴ WALDFOGEL, Joel (2002). “Consumer Substitution Among Media”, Federal Communications Commission. Media Ownership Working Group, p. 40

¹¹⁵ PAREDES, Ricardo y Jorge TARZIJÁN (2006). Ob. Cit., p. 70.

peras y las manzanas pertenecen a un mismo mercado. Ello también significa que, ante una baja en el precio de las peras, la demanda de manzanas caerá fuertemente (en el extremo, en “infinito %”)¹¹⁶

De esta forma, aplicando la teoría a nuestro caso, si asumimos que los periódicos y los demás medios de comunicación tienen el mismo precio, y aumentamos en 1% el precio para el caso de los periódicos, vemos que no existirá un aumento en la demanda de los supuestos medios sustitutos. De igual forma, si bajase en un 1% el precio de los medios sustitutos, tampoco la demanda de periódicos sufriría mayor cambio.

Teniendo en cuenta los conceptos vertidos, podemos señalar que el producto relevante para el caso en concreto es la prensa escrita, pues tal como hemos venido señalando a lo largo de la presente tesis, los periódicos tienen características que otros medios como la televisión, radio o internet carecen y por lo cual se hacen insustituibles o intercambiables.

- Mercado geográfico

“Para delimitar geográficamente un mercado es importante obtener la información sobre flujos de comercio, las correlaciones entre las series de precios entre regiones, así como aquella información que podrían proporcionar las partes involucradas en la investigación”.¹¹⁷

El mercado geográfico relevante en el presente caso es todo el territorio nacional. Decimos esto porque la prensa escrita alcanza a todas las regiones del Perú, y por lo tanto, es factible que el consumidor pueda conseguir este producto en cualquier lugar del país. Asimismo, los medios de prensa tienen sus oficinas diseminadas en todo el territorio nacional, y el precio de los periódicos es similar en todas las regiones.

b) Determinación de posición de dominio

“La determinación de la existencia de posición de dominio busca identificar si en el mercado relevante existe un agente que posee la capacidad para influir en forma sustancial las condiciones de mercado, dado que otros agentes (competidores, proveedores o

¹¹⁶ídem

¹¹⁷ FLINT, Pinkas. Ob. Cit., p. 213.

clientes) no tienen la capacidad para disciplinar su comportamiento. Así, el análisis de identificación de posición de domino evalúa, principalmente, la fortaleza de determinado agente del mercado relevante, respecto del cual se desea evaluar la tenencia de posición de dominio, en relación a la capacidad competitiva de sus competidores actuales y potenciales. De ahí que, el enfoque tradicional de determinación de posición de dominio, evalúe las condiciones estructurales del mercado, a saber el número y el tamaño de sus agentes y sus condiciones de entrada, entre otros.”¹¹⁸

Para la determinación de posición de dominio, existen parámetros que debemos tomar en cuenta en conjunto como las cuotas del mercado, el índice Herfindahl-Hirschmann (HHI) y la existencia de barreras de entrada.

- Cuotas del Mercado

Las cuotas de mercado se pueden medir en: capacidad productiva, volúmenes producidos, ventas, entre otros. Existe una mayor probabilidad de existencia de poder de mercado ante cuotas altas.

“Así, se ha considerado que altas cuotas de mercado (por ejemplo mayores a 50%), sostenidas a lo largo del tiempo (por ejemplo, por tres años) son indicadores importantes de la existencia de una posición dominante. En similar sentido, respecto a las cuotas de mercado de los competidores de la supuesta dominante, se ha considerado que mientras dichas empresas posean cuotas de mercado significativamente más bajas que la investigada, una alta cuota de mercado de esta podría indicar la existencia de posición de dominio.”¹¹⁹

Apreciamos en el cuadro siguiente cuadro como El Comercio durante seis años (2006-2012) obtuvo ingresos por publicidad por el 71.22% del total del universo publicitario en la prensa.

¹¹⁸ Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC, fundamento 208

¹¹⁹ Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC, fundamento 213

**Participación de los principales grupos de la industria de periódicos
en la captación de ingresos por publicidad**

	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: Estudio de la estructura de la prensa escrita en el Perú. Elaborado por Jorge Fernández Baca¹²⁰.

“El grupo más grande, El Comercio, ha venido concentrando más del 70% de los ingresos por publicidad desde 2007, tal como se puede apreciar en el cuadro (...). En segundo lugar se encuentra el diario El Peruano, cuya participación ha venido disminuyendo de 12,5% en 2006 a 7,4% en 2012. En tercer lugar se encuentra el grupo Epensa con alrededor de 6%, seguido muy de cerca por La República, cuya participación se recuperó en 2012 luego de haber caído de 6% a poco más del 3% para pasar a 5,2%. Los otros periódicos han venido teniendo una participación de entre 2 y 4%.”¹²¹

Si a esto le sumamos la cuota de Epensa, que se añade directamente a El Comercio, tenemos que este último tiene hoy en día un 77.34% de la participación en la captación de ingresos por publicidad. De esta forma, al tener una cuota mayor al 50% en este rubro y sostenida durante más de tres años, podemos señalar, bajo este índice, la existencia de un mercado acaparado.

¹²⁰ FERNANDEZ BACA, Jorge (2013). Documento de discusión DD/14/01. Estudio de la estructura del mercado de la prensa escrita en el Perú. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

¹²¹ Ibíd. p. 24.

- Índice Herfindahl-Hirschmann (HHI)

“Este índice tiene como características su disminución conforme se incrementa el número de competidores y se incrementa cuanto más aumenta la desigualdad entre ellos.”¹²² El HHI se calcula sumando las cuotas de mercado de cada una de las empresas concurrente elevadas al cuadrado.

$$H = \sum_{i=1}^n S_i^2$$

De esta forma, es posible que se den las siguientes variaciones¹²³:

- Si HHI es menor a 1000 = Desconcentrado
- Si HHI está entre 1000 y 1800 = Moderadamente concentrado
- Si HHI es mayor a 1800 = Altamente concentrado

Regresando al caso tenemos que el HHI en el año 2012¹²⁴, antes de la adquisición de Epensa, era de la siguiente manera:

Epensa: 29%
 El Comercio: 49%
 La Republica: 17%
 Chicos Lima: 3%
 Chicos regionales: 2%

$$HHI = 29^2 + 49^2 + 17^2 + 3^2 + 2^2 = 3544$$

De esta forma vemos que el mercado de prensa, desde ante de la compra de Epensa por parte de El Comercio, se encontraba ya altamente concentrado. Luego de la compra, como

¹²²FLINT, Pinkas (2002). Tratado de defensa de la libre competencia. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 222.

¹²³Horizontal Merger Guidelines.U.S.Department of Justice and the Federal Trade Commission.

¹²⁴ Todas las cifras relativas al caso Epensa son recogidas del Estudio de la estructura de la prensa escrita en el Perú elaborado por Jorge Fernández Baca ya citado con anterioridad.

se ve a continuación, el HHI ha aumentado en un 80%. En ese sentido, el HHI en el año 2013, luego de la adquisición de Epensa, es de la siguiente manera:

El Comercio + Epensa: 78%

La Republica: 17%

Chicos Lima: 3%

Chicos Regionales: 2%

$$HHI = 78^2 + 17^2 + 3^2 + 2^2 = 6386$$

En ese sentido, bajo la percepción de este índice, no queda dudas que el mercado de prensa en el Perú está altamente concentrado.

- Existencia de barreras de entrada

A lo largo de este trabajo hemos establecido que no existen barreras de entrada de corte legal que se puedan imponer a los medios de prensa escrita. No obstante las barreras de entrada también pueden presentarse a nivel económico y estratégico.

Las barreras económicas o estructurales

“proceden de las características fundamentales del sector de que se trate, tales como la tecnología, los costos y la demanda. (...) son el resultado de la diferenciación de los productos, de las ventajas absolutas de costo de las empresas instaladas y de las economías de escala”.¹²⁵

Dentro de las barreras económicas podemos encontrar el desarrollo de redes de distribución y los costos hundidos.

Respecto a la redes de distribución, Indecopi señaló en la Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC que

¹²⁵ ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia. Madrid: Editorial Mundi-Prensa, 1995, p. 16.

“La fortaleza del grupo Backus relacionada a la tenencia de una red de distribución con los alcances y características señaladas podría ser considerada como una barrera a la entrada al mercado relevante por su impacto sobre la decisión de ingreso de nuevos agentes debido a (i) el riesgo de enfrentar a una empresa con una red de distribución desarrollada; y (ii) la necesidad de desarrollar una red de distribución, con los costos y el tiempo involucrados, a efectos de ser un competidor efectivo del agente establecido.”¹²⁶

Sobre el tema de los costos hundidos, en el caso citado de XXX, se consideran tales los equipos para la elaboración, siempre que sean específicos para una actividad y no tengan usos alternativos en otras industrias, y los gastos de publicidad.

Por otra parte, las barreras estratégicas o de comportamiento “son aquellas voluntarias e intencionalmente exigidas por el propio comportamiento de las empresas para reducir o impedir que se produzca la entrada de un competidor”¹²⁷.

Tomando en cuenta lo anterior, podemos establecer que sí existen barreras de corte económico y estratégico en el caso Epensa. Afirmamos esto pues por definición la industria de la prensa presenta una economía de escala¹²⁸ y “altos costos fijos y hundidos, y bajos costos marginales, tal como ha sido comprobado en los estudios de Picard y Grisold”¹²⁹. Si bien es cierto que por un lado, no contamos con los gastos de publicidad de El Comercio, y que también es posible que sus equipos para la elaboración de periódicos puedan ser reutilizados para otras industrias gráficas que nos impiden afirmar categóricamente la presencia de fuertes costos hundidos, por otra parte no queda duda de la existencia de una red de distribución altamente especializada y establecida en todo el país.

¹²⁶ Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC, fundamento 241.

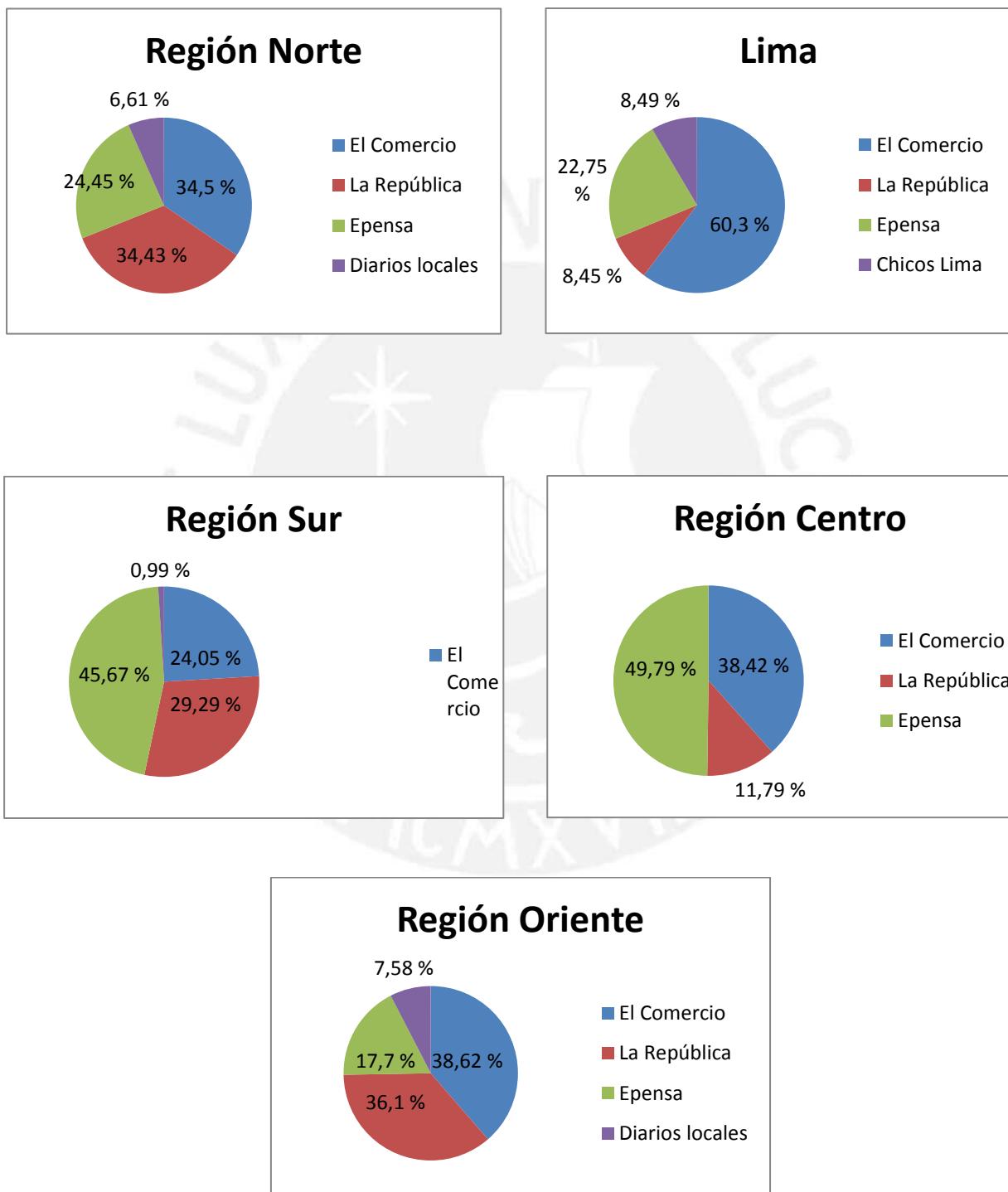
¹²⁷ FLINT, P. 227

¹²⁸ Lam y Rojas sostienen que “las economías de escala son alcanzadas cuando el costo promedio disminuye mientras el número de unidades producidas aumenta o se mantiene. Los costos fijos y variables de producir un ejemplar de un periódico son relativamente altos, pero el costo total cae dramáticamente en la medida que más ejemplares son impresos”. (LAM, Antonio y Carlos ROJAS. La Economía de la industria de los medios de comunicación: una revisión bibliográfica”, Marzo 2009, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, p. 7).

¹²⁹ FERNANDEZ BACA, Jorge. Ob. Cit., p. 7

Si apreciamos los siguientes gráficos podemos observar que El Comercio mantiene una participación en las distintas regiones (Centro, Norte, Lima, Sur y Oriente) que oscila entre el 24.05% y 60.30%.

Participación de los tres grandes grupos en las ventas de diarios por regiones



La red de distribución a la cual hacemos referencia sí representa una barrera a un nuevo competidor, pues de querer ingresar al mercado y poder competir, deberá por lo menos establecer una red similar, lo cual resulta un alto costo en dinero y tiempo.

Si a ello le sumamos el hecho de que los ingresos por venta de periódicos son mínimos, como hemos tenido oportunidad de señalar en la primera parte de la tesis, es notorio el desincentivo que pueda haber para un competidor que desee ingresar al mercado de prensa.

En lo que se refiere a las barreras estratégicas no hay que olvidar la fortaleza del Grupo El Comercio. No solo es un grupo con poder en el mercado de medios en general (además de la prensa escrita hay que añadirle su participación en la parrilla televisiva) sino también en otros sectores económicos importantes. Esto le permite a El Comercio incrementar, si lo requiere, las barreras de acceso a los competidores competenciales. Un claro ejemplo de esto es, justamente, en el comportamiento de El Comercio pre y post operación de la compra de Epensa. Tal como el propio diario decano lo ha manifestado¹³⁰, el grupo que iba a comprar las acciones de Epensa era La República. Al enterarse de esta situación, y con el afán de evitar una competencia más justa con el diario de la familia Mohme, el Comercio toma contacto inmediato con los hermanos Agois Banchero y realiza una oferte insuperable; mientras que a la par cuestionaba por su canal de cable que el dinero con el que contaba La Republica para la compra de Epensa provenía del gobierno de turno ecuatoriano. Asimismo, luego de producida la compra, y para evitar un revuelo de los medios al respecto, difunde por sus canales televisivos la “cortina de humo” de que el grupo RPP iba hacer comprado por inversionistas españoles¹³¹.

En conclusión, sí existe un mercado acaparado o centrado de los medios de prensa en el Perú.

3.4 ¿Es factible la anulación de la compra de Epensa?

¹³⁰ EL COMERCIO. *La historia de la operación entre El Comercio y Epensa*. 5 de enero de 2014. http://elcomercio.pe/politica/gobierno/historia-operacion-entre-comercio-epensa_1-noticia-1682597 (Consultado el 1 de agosto de 2015)

¹³¹ LA REPÚBLICA. *El 78% del mercado de diarios quedaría en una sola mano con la compra de Epensa por El Comercio*. 1 de septiembre de 2013. <http://larepublica.pe/01-09-2013/el-78-del-mercado-de-diarios-quedaria-en-una-sola-mano-con-la-compra-de-epensa-por-el-comercio> (Consultado el 1 de agosto de 2015)

Creemos correcto la interposición de la demanda de amparo contra el grupo El Comercio. El amparo, como se sabe, es un proceso constitucional que puede emprenderse en salvaguarda de un derecho fundamental, en este caso, la libertad de expresión. Asimismo, las cualidades propias de este derecho, pilar de la democracia tal como lo ha señalado la Corte IDH, facultan a que sea protegido por un mecanismo procesal tutelar y sumarísimo como son los procesos constitucionales de la libertad.

De esta forma, recordemos, la Corte IDH ha dicho que la libertad de expresión es “una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”. En ese mismo sentido, la Relatoría para la Libertad de Expresión ha indicado que “la carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia”.

Como vemos, la importancia que tiene en el Sistema Interamericano la libertad de expresión es tal que podemos hablar de un derecho fundamental con prerrogativas mayores a otros derechos fundamentales. De ahí la existencia de estándares de libertad de expresión que la Corte IDH ha venido creado a partir de su jurisprudencia.¹³²

De esta forma, una vez demostrada la existencia de acaparamiento de los medios de comunicación por parte del Grupo El Comercio el siguiente paso inevitable es preguntarnos si el juez constitucional debe anular o no la compra de acciones. Si dudas, es un tema complejo. No solo porque cada una de las partes ha concretizado su derecho a la libertad de empresa al vender y adquirir acciones, sino también porque estamos ante un caso inédito en nuestro país.

Nos toca, entonces, como parte del ejercicio académico de esta tesis conocer si es factible o no la anulación de la compra de Epena. Realizaremos un análisis que nos permita absolver nuestra duda, a sabiendas incluso que la realidad es más rica que el Derecho, y que no necesariamente lo planteado o regulado en una norma o técnica jurisprudencial cumplirá con satisfacer completamente los intereses de las partes en juego. Este análisis es, qué duda cabe, nuestra propuesta de cómo deben solucionar los jueces constitucionales el caso presentado.

¹³² Un estándar, por ejemplo, es el denominado “mayor umbral de tolerancia” y por el cual los funcionarios y figuras públicas deben tener una mayor tolerancia que el resto de personas hacia las críticas u opiniones que se den en torno a ellos.

En la medida que existe una medida (anular la compra de Epensa) que pone en juego a por lo menos dos derechos fundamentales (la libertad de empresa por un lado y la libertad de expresión por otro) es necesario que apliquemos un test tripartido encausado en justificado la pertinencia o no de tal medida. Este test, como bien saben los constitucionalistas, recibe el nombre de test de proporcionalidad.

“El objeto del test de proporcionalidad sería el establecimiento de una relación de preferencia condicionada por las circunstancias de un caso en particular, la misma que actuaría, al final de cuentas, como una premisa mayor que da respuesta al caso planteado. De este modo, el test de proporcionalidad operaría para reducir los márgenes de discrecionalidad en la delimitación del contenido de los derechos fundamentales considerados como principios, estableciendo como consecuencia, una “jerarquía axiológica móvil” entre principios en conflicto.”¹³³

El test de proporcionalidad tiene tres análisis o subprincipios: idoneidad o adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

“Una medida resultará idónea para lograr un fin cuando razonablemente pueda inferirse que de su puesta en práctica resultan ventajas tangibles a favor del derecho o principio que está siendo alentado o promovido. (...)

Una medida resultará indispensable (juicio de necesidad) y en consecuencia se debe proseguir con el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, si es que del análisis fáctico del caso, resulta que no hay medios alternativos o los que eventualmente aparecen como tales, resultan sin embargo menos ventajosos o eficaces con relación a la promoción del bien constitucional en cuestión. La necesidad de la medida está relacionada entonces, con: a) la existencia de otros medios, y; b) la posibilidad de que tales medios puedan ser mejor calificados respecto de su nivel de eficacia en la promoción del fin constitucional. (...)

¹³³ Grandez, Pedro. (2010). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano. Lima: Palestra. p. 9

[L]a ponderación consiste en una operación de confrontación de expectativas que se fundan en disposiciones iusfundamentales que prima facie promueven acciones contradictorias. Para establecer racionalmente cuáles expectativas tienen respaldo a partir de la norma fundamental, ALEXY propone tres pasos: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro”. La suerte de la ponderación depende de que sea factible dar estos tres pasos siguiendo algún plan racional.”¹³⁴

Solo si se cumplen las tres etapas del test una medida es constitucionalmente válida, y por ende, factible de realizar. En consecuencia, si uno de los análisis no llegase a superarse, el test debe ser culminado.

El análisis de adecuación o idoneidad, como su nombre nos lo indica, está encaminado a evaluar si la medida en cuestión es idónea o adecuada para cumplir con el objetivo que se plantea. Estamos, entonces, ante una relación medio – fin. Esta finalidad debe responder a la protección de un bien constitucional.

“De acuerdo con [el subprincipio de idoneidad], toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser apta o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos este subprincipio supone la legitimidad constitucional del objetivo y, la suficiencia de la medida utilizada”¹³⁵

De esta forma, tenemos que la medida (anular la compra de Epensa) cumple con el análisis en cuestión. La medida tiene como finalidad proteger la libertad de expresión y el pluralismo informativo, que como ya hemos dicho reiteradamente, son derechos fundamentales

¹³⁴ Grandez, Pedro. Op Cit., pp. 10-11

¹³⁵ STC Exp. N° 00034-2004-Pl, f.j. 63a

pilares de la Democracia. Asimismo, la medida está encaminada a cumplir un mandato de la Constitución: prohibir el acaparamiento en los medios de comunicación. Pasemos al otro nivel.

El análisis de necesidad se enfoca en saber si la medida adoptada es la menos gravosa para el cumplimiento del fin, es decir, si existen otras alternativas que pueden ser tomadas en cuenta y afecten en menor medida el derecho en contraposición (en este caso, la libertad de empresa). Se trata, entonces, de una relación medio – medio.

“Para que una medida restrictiva de un derecho fundamental, no supere el subprincipio de necesidad, debe ser evidente la existencia de una medida alternativa que, restringiendo en menor medida el derecho fundamental concernido, permite alcanzar con cuando menos igual idoneidad el fin constitucionalmente válido perseguido”¹³⁶

Vemos, entonces, que la medida de anular la compra de acciones de Epensa es la más gravosa de todas, en tanto, de proceder así, estaríamos cercenando al completo el ejercicio, en el caso en concreto, de la libertad de expresión realizado por las partes contractuales. Bastará conocer una medida alternativa que cumpla con la idoneidad correspondiente, para evitar proseguir con el presente test.

Esa medida, a nuestro entender, es la nulidad parcial de la compra. Si el problema radica en el acaparamiento, y este a su vez se suscita porque El Comercio ha tomado el control de Epensa, entonces, limitemos la compra de acciones del diario decano hasta el máximo que le permita no convertirse en el accionista principal del negocio de la familia Agois.

De esta manera, en vez que El Comercio compre el 54% de las acciones de Epensa, solo se le permita comprar el 19%, pues de adquirir más, igualaría al hasta entonces mayor accionista minoritario de la empresa (Olga Banchero de Salazar). Con esta solución El Comercio no tomaría el control de Epensa. El 35% de acciones restantes debieran ser devueltas, y en caso se insista por parte de los Agois la venta a tercero ajenos a la familia accionista, podrían ser vendidos siempre y cuando este tercero no sea un agente que con su compra acapare el mercado. Al existir, entonces otra medida menos gravosa, la nulidad total del contrato no es constitucional, y por ende, tampoco factible.

¹³⁶ STC Exp. N° 00032-2010-Pl, f.j. 93

En esa línea de ideas, nuestra propuesta es la nulidad parcial. Realizando sobre ella un examen de proporcionalidad, tenemos que cumpliría los análisis de proporcionalidad efectuados hasta el momento ya es idónea para el fin y se presenta como una medida menos gravosa. Incluso, pasaría con éxito el tercer nivel referido a la ponderación, en tanto el peso del derecho a la libertad de expresión (lo que defiende la medida propuesta) se impone sobre otros derechos como los de índole económico o empresarial, al ser un auténtico pilar del sistema democrático.

Cesar Landa avala un ejercicio como el propuesto es este trabajo. El destacado constitucionalista señala que

“para dar solución a estos problemas constitucionales en donde sobre la base del ejercicio de la libertad de empresa y libertad de contratación se pone en peligro la libertad de expresión y la pluralidad informativa, entre otros derechos, es necesario interpretar dichos actos laborales o mercantiles bajo la nueva técnica de la interpretación constitucional de las medidas limitativas de derechos constitucionales, utilizando el test de proporcionalidad”.¹³⁷

No obstante, a diferencia de la presente Tesis, Landa solo aborda el test de proporcionalidad en lo que se refiere al “enfrentamiento” de los derechos mercantiles con la libertad de expresión en abstracto, y no utiliza el examen para evaluar una medida como la que proponemos.

De esta forma, Landa, señala que el subprincipio de adecuación en una controversia que involucre los derechos fundamentales, estaría superado en tanto

“el fin perseguido es constitucionalmente legítimo, puesto que se refiere a los derechos fundamentales propios del “mercado de las ideas”, que estarían siendo vulnerados en la medida que la concentración de la prensa escrita afecta la pluralidad informativa”¹³⁸

¹³⁷ LANDA ARROYO, César (2016). “El artículo 61 de la Constitución y la concentración de los medios de comunicación”. *¿Puede acapararse la libertad? Libertad de expresión y concentración de medios en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 367-368.

¹³⁸ Ibid, p. 368

De igual forma, el subprincipio de necesidad, para Landa, estaría resuelto. Y es que si bien no existe una legislación en la materia que establezca topes para la prensa escrita, un criterio que puede utilizarse es el índice de Herfindahl-Hirschmann – HHI. Landa señala que “con dicho test se puede medir el nivel de acaparamiento de la prensa escrita a través de su cuota de mercado y controlar a través de dichos índices las concentraciones indebidas”.¹³⁹ Dicho test ha sido realizado detalladamente en la presente tesis, demostrando alta concentración del mercado de medios de prensa.

Finalmente, y coincidiendo con nosotros, Landa apunta a que análisis del principio de proporcionalidad en sentido estricto también se superaría en tanto el peso abstracto de la libertad de expresión y el pluralismo informativo es superior al de la propiedad y libertad contractual. Así, Landa señala que la libertad de expresión “tiene una posición preferente sobre otros derechos como los patrimoniales”.¹⁴⁰

¹³⁹ Ibid, p. 369

¹⁴⁰ Ibid, p. 370

CONCLUSIONES

Prensa: Realidad y Derecho

1. La “revolución” de los medios de comunicación tiene su origen en la masificación del mensaje que se transmite. Los medios de comunicación masivos son principalmente la radio, la televisión, la Internet y la prensa.
2. La prensa, a diferencia de otros medios de comunicación, tiene un carácter “perverso” en tanto no son los receptores de los periódicos quienes solventan el negocio, sino los anunciantes (relación económica directa) y los poderes políticos, económicos y sociales interesados en ser apoyados.
3. Los medios de comunicación concretizan el ejercicio de la libertad de expresión, posibilitando la exposición de todas las ideas y opiniones. De ahí que se diga que la libertad de expresión es un pilar de la democracia y un derecho fundamental con prerrogativas especiales frente a otros.

Acaparamiento

4. El término acaparamiento tiene distintas nociones: una económica relativa a la especulación, y otra de índole constitucional ligada a la concentración. En nuestro ordenamiento, en la actualidad, solo se encuentra regulado en la Constitución y en la Ley de Radio y Televisión.
5. El diario de debates de la Constitución de 1993 permite dejar claro que la prohibición de acaparamiento en el mercado de los medios de comunicación buscaba, al igual que en la Constitución de 1979, ser un limitante a la libre competencia y a la vez una salvaguarda a que el Cuarto Poder no quede en manos de unos pocos.

Caso Epensa

6. En el caso en cuestión el amparo es la vía correcta para salvaguardar el derecho fundamental a la libertad de expresión que se ve comprometido con la compra de las acciones de Epensa por parte del grupo El Comercio.
7. Dentro del análisis de concentración de mercado debemos tener en cuenta que el producto prensa no cuenta con sustitutos estrechos o completos, en tanto no existe otro medio idóneo a la prensa que cumpla con su finalidad social, política y económica.
8. Las cifras de venta de El Comercio junto con las de Epensa, así como la captación de publicidad de ambos, permiten afirmar un alto índice de concentración en el mercado de medios de prensa. Esta situación permite identificar a su vez la existencia de barreras de entrada para nuevos competidores, lo cual, asegura un alto nivel de concentración del mercado, originando un acaparamiento prohibido constitucionalmente.
9. El juez constitucional encargado de resolver la controversia debiera optar por la nulidad parcial de la compra de acciones de Epensa. Esta medida, la nulidad parcial, cumpliría el test de proporcionalidad al ser una medida idónea en salvaguarda de la libertad de expresión, menos gravosa para la libertad de empresa y correctamente ponderada con lo señalado por la Corte IDH y las prerrogativas que se le concede a la libertad de expresión como pilar del sistema democrático.

BIBLIOGRAFÍA

ANTICONA, Giovanni

2014 "Regulación de medios en América Latina". *Quehacer*. Lima, No. 194, pp. 36-43.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar

1995 *Principios constitucionales de la libertad de empresa: libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Madrid: Marcial Pons.

ARREYES, Vanessa y Gastón BECERRA

2013 "Los medios de comunicación de masas y las noticias como objeto de estudio de las sociología en la perspectiva del constructivismo operativo de NiklasLuhman". *Mad.* Santiago de Chile, No. 28, pp. 47-60

AVILES, Víctor

1998 *Orden Público Económico y Derecho Penal*. Santiago de Chile: Cono Sur.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo

2013 "Los medios de comunicación deben evitar que se manipule a la opinión pública". *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 70, p. 293

BECERRA, Martin

2009 *Los dueños de la palabra: acceso, estructura y concentración de los medios en América Latina del Siglo XXI*. Buenos Aires: Prometeo

BERMUDEZ TAPIA, Manuel.

2013 "El control de la dirección de medios de expresión escritos en Argentina". *RAE Jurisprudencia*. Lima, Año V. No. 64, pp. 8-10

BERMUDEZ TAPIA, Lelly

2013 "La referencia político constitucional del control de medios y su incidencia en la democracia". *Rae Jurisprudencia*. Lima, Año V. No. 64, pp. 3-4

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo

1997 “¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema: las prácticas predadoras y el abuso de posición de dominio”. *Themis*. Lima, No. 36, pp. 65-89

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo.

2012 “Regulación constitucional de los monopolios y protección de la libre competencia”. *La Constitución comentada*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 69-87

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO

1993 Debate Constitucional 1993. Tomo IV. Lima: Diario de Debates

DOMINGUEZ GOYA, Emilia

2012 *Medios de comunicación masiva*. México D.F.: Red Tercer Milenio

DOLORIER TORRES, Javier

1994 “Orden Público Económico, Orden Público Laboral y los límites de la autonomía colectiva”. *Themis*. Lima, No 27, pp. 205-216.

FARFÁN SOUSA, Ronnie

2013 “Las libertades informativas gozan de una tutela diferente” *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 70, pp. 297

FARFAN SOUZA, Ronnie

2015 “La regulación de la concentración de la propiedad de medios de comunicación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 91, pp. 143-150

FERMANDOIS, Arturo

2001 *Derecho constitucional económico: garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*. Tomo I. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile.

FLINT, Pinkas.

2002 *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del Decreto Legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

FREIDENBERG, Flavia

2004 *Los medios de comunicación de masas: ¿también son actores?* Salamanca: Universidad de Salamanca

GALÁN FAJARDO, Elena; Ángel L. RUBIO MORAGA y José Carlos RUEDA LAFFOND

2014 *Historia de los medios de comunicación*. Madrid: Alianza Editorial

GRAIÑO KNOBEL, Santiago

2013 *Medios de comunicación: un mercado intrínsecamente perverso*. Consulta: 24 de abril de 2014. <https://www.bbvaopenmind.com/medios-de-comunicacion-un-mercado-intrinsecamente-perverso/>

GUARAMAYO PARRA, Narciso

2009 ¿Qué es la especulación y el acaparamiento? Consulta: 28 de febrero de 2015. <http://nguaramato.blogspot.pe/2009/03/que-es-la-especulacion-y-el.html>

GUTIERREZ CAMACHO, Walter.

2012 "Constitución económica, iniciativa privada y economía social de mercado". *La Constitución comentada*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 13-26

KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y César OCHOA CARDICH

2012 *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

KRESALJA ROSELLÓ, Baldo.

2016 Nadie puede negar. *¿Puede acapararse la libertad? Libertad de expresión y concentración de medios en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 379 - 431

MANKIW, N. Gregory

2012 *Principios de Economía*. México D.F.: Editorial Progreso

MCLUHAN, Marshall

1964 *Understanding Media*. New York: McGraw-Hill

MICHEL, Guillermo

1990 Para leer a los medios, prensa, radio, cine y TV. México D.F.: Editorial Trillas

LAM, Antonio y Carlos ROJAS.

2009 La Economía de la industria de los medios de la comunicación: una revisión bibliográfica. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales

LANDA ARROYO, César

2016 El artículo 61 de la Constitución y la concentración de los medios de comunicación. *¿Puede acapararse la libertad? Libertad de expresión y concentración de medios en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 341-375.

LASSWELL, Harold

1998 "The structure and function of communication in society" *The communication of ideas*. New York: Harper and Brothers, pp. 216-230

LOBATÓN PALACIOS, David

2016 Estándares interamericanos sobre pluralidad de información y concentración de medios. *¿Puede acapararse la libertad? Libertad de expresión y concentración de medios en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 95-139

LUHMAN, Niklas

2007 La realidad de los medios de masas. México D.F.: Universidad Iberoamericana / Anthropos

OCAMPO VÁSQUEZ, Fernando

1995 "La posición de dominio en el mercado: entre el uso y el abuso". *Ius Et Veritas*. Lima, Año 5, No. 10, pp. 305-315

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

2003 Informe Anual de la Relatoría para la libertad de expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Consulta: 1 de agosto de 2014. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202003.pdf>

PAREDES, Ricardo y Jorge TARSIJAN

2006 Organización Industrial para la Estrategia Empresarial. México D.F.: Pearson Educación

PAZO PINEDA, Oscar

2013 "Mercado de ideas y pluralismo informativo: apuntes sobre la inconstitucionalidad de la concentración de medios de comunicación". *RAE Jurisprudencia*. Lima, Año V. No 64, pp. 5-7

PEREIRA CHUMBE, Roberto

2013 "Un caso probable de abuso de derecho". *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 70, p. 294

PEREIRA FREDES, Esteban

2008 "Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización". *Derecho y Humanidades*. Santiago de Chile, No. 13, pp. 157-171.

PORTO, Ricardo y Claudio SCHIFER

2010 *Libertad de expresión y derecho a la información en las constituciones de América*. Buenos Aires: Educa.

QUIROGA LEÓN, Aníbal

2013 "No se puede leer la Constitución como si fuera el Código Civil". *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 70, pp. 295-296

RAMONET, Ignacio

2013 "Medios de comunicación: ¿un poder al servicio de intereses privados?" *Medios, Poder y Contrapoder. De la concentración monopólica a la democratización de la información*. Buenos Aires: Biblos, pp. 47-66

RAMONET, Ignacio

2013 "La explosión del periodismo en la era digital" *Medios, Poder y Contrapoder. De la concentración monopólica a la democratización de la información*. Buenos Aires: Biblos, pp. 81-95

ROJAS LEO, Juan Francisco

2005 "El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional". *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Lima, Año I, No. 1, pp. 83-110

ROJAS LEO, Juan Francisco.

2012 "Promoción de la competencia y prohibición de monopolios". *La Constitución comentada*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 88-97

RUIZ-ELDREDGE, Alberto

1980 *La Constitución comentada 1979*. Lima: Atlántida

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos

2013 "La prensa escrita no es el único canal para enterarnos que es lo que pasa en el Perú". *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 70, pp. 299

SERRANO, Pascual

2013 "Democracia y libertad de prensa" *Medios, Poder y Contrapoder. De la concentración monopólica a la democratización de la información*. Buenos Aires: Biblos, pp. 67-78

Sumar ALBUJAR, Oscar

2013 "La prensa escrita no es el único canal para enterarnos que es lo que pasa en el Perú". *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 70, pp. 298

TORRES CALERO, Miguel Ángel

1969 *De la especulación al acaparamiento*. Bogotá: Mercedes

TRINIDAD BRETONES, María

2008 *Los medios de comunicación de masas: desarrollo y tipos*. Barcelona: Universitat de Barcelona

WILLIAMS, Raymond

1992 *Historia de la Comunicación*. Vol. 2. Barcelona: Bosch

ZAGREBELSKY, Gustavo.

2011 *Contra la ética de la verdad*. Madrid: Trotta