

La concentración de los medios de comunicación y el derecho humano a la libertad de expresión

*Bruno Adriano Delgado Taboada**

Introducción: La concentración mediática como problema en Latinoamérica

La concentración de los medios de comunicación es un fenómeno universal y es uno de los problemas jurídicos más trascendentes del siglo XXI. La problemática descrita no es ajena a los países latinoamericanos, en los que resulta de vital importancia desarrollar mecanismos institucionales que impidan que los privados o el Estado puedan concentrar el poder mediático. Los peligros para el sistema democrático no sólo se miden con respecto al menoscabo del pluralismo informativo, sino que también por cuánta capacidad tienen los medios de comunicación para definir la agenda pública de un país y así determinar sobre qué se discute y a qué la sociedad toma importancia.

Asimismo, la problemática jurídica resulta muy compleja y ha derivado en un debate con respecto a la pertinencia o no de crear o mantener regulaciones que den respuesta a esta situación de

* Abogado Titulado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Título de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dirección Postal: LIMA 27. Teléfono celular: 999404185. Correo electrónico: bruno.1dt@gmail.com.

hecho. De este modo, la discusión se ha centrado principalmente en dos posturas contrapuestas. La primera postura sostiene que la concentración mediática no constituye en sí misma un problema y que, además, la intervención del Estado legislando o regulando supondría un riesgo para la libertad de expresión. La segunda postura sostiene que toda concentración mediática es, en sí misma, un atentado contra la democracia y contra el pluralismo informativo, por lo que es necesario que se regule esta materia.

Hasta el momento, la discusión ha girado en torno a posiciones sobre el “deber ser” y no se ha analizado cuáles son los mecanismos institucionales más idóneos para garantizar y promover el pluralismo informativo. Así pues, resulta necesario pasar de la discusión de si es pertinente regular o no a la discusión sobre cómo regular.

Otro aspecto que resulta problemático jurídicamente es la complejidad de establecer una ley, regulación o control que permita contrarrestar idóneamente todos los actos de concentración mediática. Así pues, los países latinoamericanos se han enfocado en regular cuotas máximas permisibles respecto de las concesiones del espectro radioeléctrico en radio y televisión, dejando de lado las concentraciones en prensa escrita, medios que no dependen del espacio radioeléctrico y, la más peligrosa de todas las concentraciones: la propiedad cruzada de medios de comunicación.

Finalmente, cabe mencionar que, en el Perú, el debate sobre la concentración de medios se ha materializado en la demanda de amparo que interpuso un grupo de periodistas contra el grupo El Comercio por la adquisición del grupo Epena. La judicialización de este conflicto es una evidente consecuencia de la insuficiencia de la regulación vigente para resolver el problema. Consecuentemente, resulta importante preguntarnos si

la judicialización es la respuesta más idónea para solucionar estos conflictos o si, por otro lado, el desarrollo legislativo constituiría una mejor solución para estos casos en el futuro.

Así pues, debido a la complejidad de la discusión y debido a que la problemática de la concentración de medios es una tendencia en el mundo, compete principalmente a los abogados investigar sobre la temática en cuestión para encontrar respuestas, soluciones y desarrollar propuestas. El objeto del presente artículo es contribuir a este fin, sirviendo como un espacio para fomentar la discusión sobre cuál es la forma más idónea de abordar la problemática de la concentración mediática en Latinoamérica¹.

1. El origen y la naturaleza jurídica del pluralismo informativo en Latinoamérica

No existe una posición uniforme sobre cuál es la naturaleza jurídica del pluralismo informativo. Por el contrario, según de qué postura se trate, su relación con otros derechos fundamentales puede entenderse como de pertenencia o de yuxtaposición. Así pues, para hablar del pluralismo informativo, necesariamente tenemos que remitirnos, en un primer momento, al derecho fundamental a la libertad de expresión.

Las teorías filosóficas que desarrollan los fundamentos del derecho a la libertad de expresión se pueden diferenciar en dos grupos: las teorías consecuencialistas y las teorías no

1 Cf. Delgado, Bruno. “La concentración de los medios de comunicación y los alcances del segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana en la prensa escrita”. En *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No. 12, 2016.

consecuencialistas². Las teorías consecuencialistas son aquellas que fundamentan el carácter moralmente correcto de sus proposiciones en tanto su aplicación trae consecuencias positivas. Por otro lado, las teorías no consecuencialistas son aquellas que se basan en que su aplicación representa un fin positivo en sí mismo.

Ahora bien, entre las teorías consecuencialistas tenemos la llamada teoría democrático-política que, obviando las diferencias que existen entre sus principales exponentes, postula que el principal fundamento del derecho a la libertad de expresión es que éste garantiza los presupuestos necesarios para la vigencia del sistema democrático, como lo es la formación de la opinión pública libre. Por otro lado, entre las teorías no consecuencialistas destacamos las teorías humanistas, las cuales postulan que el fundamento principal del derecho a la libertad de expresión está en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad y su autodeterminación. Finalmente, tenemos las teorías integradoras que intentan recoger de algún modo el aporte de ambas posturas pero con sus propias particularidades³.

En ese sentido, el derecho fundamental a la libertad de expresión puede entenderse desde dos dimensiones. La primera, individual subjetiva, fundada en la dignidad humana, que se ejerce principalmente como un derecho de primera generación, es decir, se presume que el sujeto goza de las potencialidades suficientes para el ejercicio del mismo y, por tanto, se satisface mediante la no intervención⁴. La segunda, puede ser entendida

2 Cf. Marciani, Beatriz. “La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: Un análisis crítico de sus fundamentos”. En *Pensamiento Constitucional* N° 11, 2005.

3 Cf. Ídem.

4 Cf. Landa, César. *Constitución y Fuentes de Derecho*, Editorial Palestra Editores S.A.C., Lima, 2006, pág. 16.

como un derecho difuso que supone la habilitación de canales libres de información plural que permitan la formación de la opinión pública libre en democracia.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoce ambas dimensiones antes descritas al señalar que el derecho fundamental a la libertad de expresión tiene un ámbito subjetivo y un ámbito colectivo: el primero supone el derecho a expresar libremente el pensamiento y el segundo supone el derecho colectivo a recibir información y conocer el pensamiento ajeno⁵. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha determinado que el derecho fundamental a la libertad de expresión supone únicamente el ámbito subjetivo al que hace referencia la CIDH, mientras que lo que entendemos por ámbito colectivo forma parte del derecho fundamental a la libertad de información⁶. De todos modos, esta es únicamente una disquisición teórica, pues en el fondo, independientemente de que se trate de dos dimensiones de un derecho o de dos derechos distintos, ambas posiciones coinciden sustancialmente en que ambos ámbitos deben ser protegidos.

Cabe agregar que también existe una posición que señala que el pluralismo informativo puede entenderse como un derecho fundamental independiente. Dicha postura se sustenta en que el Estado tiene la obligación de proteger y promover el pluralismo informativo y que a toda obligación estatal le corresponde un derecho fundamental, por lo que, se puede decir que el Estado tiene la competencia de tutelar el derecho a la pluralidad informativa⁷.

5 CF. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas), pág. 59.

6 Cf. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N° 00905-2001-AA/TC de fecha 14 de agosto de 2002, fundamento 9.

7 Cf. Landa, César. "La inconstitucionalidad de la concentración de la prensa

Finalmente, podemos contemplar que la naturaleza jurídica del pluralismo informativo y su origen pueden entenderse en tres sentidos distintos. Según la CIDH, como una manifestación del derecho humano a la libertad de expresión, en su dimensión colectiva. Según el Tribunal Constitucional peruano, como una manifestación del derecho fundamental a la libertad informativa. Según Landa y otros autores, el pluralismo informativo puede entenderse como un derecho autónomo. No obstante, independientemente de las precisiones conceptuales, todas las posiciones comparten la importancia de resguardar el pluralismo informativo como condición para el aseguramiento de una sociedad democrática.

2. Las teorías que fundamentan la necesidad de promover y proteger el pluralismo informativo

Existen diversas teorías que fundamentan la protección del pluralismo informativo en las sociedades democráticas. El objeto de la presente sección es exponer cuáles son las tres teorías más difundidas al respecto en el debate académico internacional.

La primera teoría es el enfoque de la *agenda setting*, cuya definición más precisa se puede resumir en lo siguiente: “La teoría de *agenda setting* hace referencia al proceso de transferencia que se da desde la agenda de los medios a la agenda del público y a la agenda política. Analiza la influencia de los medios en la ‘fijación’ de los problemas o *issues*, tanto en las audiencias del público como en las agendas políticas”⁸. La segunda teoría es

escrita”. En Portal Jurídico IUS 360°, 2014. Consultado el 11 de julio de 2015
URL: <http://www.ius360.com/publico/constitucional/la-inconstitucionalidad-de-la-concentracion-de-la-prensa-escrita/>.

8 Zukernik, Eduardo. Observador de medios de comunicación en América Latina: prensa, ciudadanía y democracia en Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

el enfoque del *network society*, que puede entenderse como el estudio del surgimiento de una nueva estructura social basada en la información, en la cual el poder de la mass media puede ser determinante para la construcción de la cotidianeidad social. En ese sentido, se advierte que el poder de los medios de comunicación puede determinar paradigmas culturales, e incluso, contribuir a desarrollar desigualdades sociales, basadas en el acceso, control y manejo de la información como fuente de poder⁹.

La tercera teoría, es el enfoque de la *public sphere*, cuya definición más idónea se puede resumir en lo siguiente: “Resumiendo, el enfoque de la esfera pública es útil para analizar a) el grado de participación de los distintos sectores sociales en el debate público; b) de qué manera los medios llegan a los distintos públicos; c) en qué medida existen grupos sociales que intervienen en espacios discursivos paralelos donde circulan contradiscursos”¹⁰. Al respecto, la esfera pública está compuesta por espacios no geográficos en los que se desarrolla la opinión pública.

En ese sentido, las tres teorías descritas permiten identificar cuales son los problemas que se desprenden de las estructuras de concentración mediática. Al respecto, podemos emplear estas teorías individualmente o de forma conjunta para fundamentar la creación de instrumentos jurídicos con la finalidad de promover y proteger el pluralismo informativo. A pesar de que son aproximaciones distintas al problema, todas aportan elementos de juicio suficientes para entender cómo la concentración del poder mediático puede menoscabar la formación de una opinión pública libre.

1a ed. Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2008, pág. 162.

9 Cf. *Ibidem*, págs. 164-165.

10 Cf. *Ibidem*, págs. 165-167.

3. El contenido jurídico del pluralismo informativo

Hay un relativo consenso en la doctrina internacional respecto del contenido jurídico del pluralismo informativo. Así pues, hay claridad sobre qué elementos contiene el pluralismo informativo y sobre qué situaciones deberán impedirse en aras de garantizar su observancia.

Podemos hablar de dos dimensiones complementarias del pluralismo informativo: el pluralismo informativo externo e interno¹¹. El pluralismo informativo externo supone la creación de un sistema que garantice la libre concurrencia de información plural y, de este modo, disciplinar la concentración de los medios de comunicación, sometiéndolos a un control democrático¹². Por otro lado, el pluralismo informativo interno supone la garantía de que, en el interior de los medios de comunicación, se exprese una diversidad de opiniones políticas¹³.

Si bien es cierto que el contenido jurídico del pluralismo informativo se puede resumir en los elementos antes descritos, existen posturas que plantean un margen de protección más amplio. Así pues, hay autores que plantean que circunscribir el pluralismo informativo a una dimensión interna y externa puede ser limitante y debería extenderse a los siguientes aspectos que deberían garantizarse en conjunto:

11 Cf. Lovatón, David. “El equilibrio interamericano entre la pluralidad de información y concentración de medios” en *Revista Derecho PUCP* N° 73, 2014, pág. 140.

12 Cf. Rodríguez, José. *El control de los medios de comunicación*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, págs. 7-8.

13 Cf. Llamazares, María. *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Editorial Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 146.

- i. pluralismo informativo como libertad del profesional informador,
- ii. pluralismo informativo como efecto de la diversidad de medios de comunicación,
- iii. pluralismo informativo como pluralidad social en la información y
- iv. pluralismo informativo como tratamiento objetivo e imparcial de la información¹⁴.

No obstante, la posición aceptada universalmente es la que distingue el pluralismo informativo externo del pluralismo informativo interno.

Sabiendo cual es el contenido jurídico del pluralismo informativo, cabe preguntarnos: ¿qué medidas públicas corresponden a cada tipo de pluralismo informativo? La mejor forma de clarificar la diferencia entre ambos es plantear ejemplos. En el caso del Perú, un buen ejemplo de medida que busca tutelar el pluralismo informativo externo son las cuotas límite de mercado que se pueden adquirir en radio (20 % del mercado) y televisión (30 % del mercado), reguladas en la Ley de Radio y Televisión¹⁵. Por otro lado, un buen ejemplo de medida que tiene por objeto tutelar el pluralismo informativo interno es la franja electoral, regulada en la Ley de Partidos Políticos¹⁶ de la República del Perú¹⁷.

14 Cf. Rallo, Artemi. *Pluralismo informativo y constitución*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 41-60.

15 Cf. Congreso de la República del Perú. Ley N° 28278. Publicada el 16 de julio de 2004 en el *Diario Oficial El Peruano*.

16 Cf. Congreso de la República del Perú. Ley N° 28094. Publicada el 1 de noviembre de 2003 en el *Diario Oficial El Peruano*.

17 Delgado, Bruno. "La concentración de los medios de comunicación y los alcances

Ambos aspectos del pluralismo informativo se han regulado de diversas formas en los países latinoamericanos. Al respecto, pasaremos a explorar las características de la legislación comparada, para luego analizar sus aciertos y desaciertos, con la finalidad de verificar qué regulación es la más idónea a efectos de proteger y promover el pluralismo informativo. En ese sentido, haremos un énfasis especial en la regulación que promueve la protección del pluralismo informativo externo por su idoneidad para contravenir los actos de concentración mediática. No obstante, como trataremos a continuación, la regulación legal de los Estados americanos con respecto a las concentraciones de medios de comunicación, no responden exclusivamente al principio de libre configuración legal estatal; sino que, más bien, existe una obligación internacional de proteger y promover el pluralismo informativo de conformidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), sus instrumentos normativos internacionales y su jurisprudencia. A partir de la existencia de ésta obligación jurídica internacional que vincula a los Estados parte a la protección y promoción del pluralismo informativo es que resulta pertinente verificar si los marcos regulatorios de los Estados en cuestión cumplen con dicho mandato jurídico internacional y en qué grado.

4. La obligación internacional de proteger y promover el pluralismo informativo de conformidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia del derecho humano a la libertad de expresión

El derecho humano a la libertad de expresión ha sido ampliamente reconocido y desarrollado por el SIDH. Tal es así,

del segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana en la prensa escrita”. En *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No. 12, 2016.

que este derecho ha sido reconocido en múltiples instrumentos internacionales. Así pues, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 reconoce en su artículo 4° que “toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”¹⁸. Asimismo, el artículo 13° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH) establece que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”¹⁹. Además, se ha determinado que la importancia del derecho humano a la libertad de expresión no se agota en su esfera jurídica subjetiva como derecho de primera generación, sino que se reconoce como garantía indispensable de la vigencia del sistema democrático de gobierno; consecuentemente, se estipula en el artículo 4° de la Carta Democrática Interamericana que: “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia y la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”²⁰. La CADH no se limita a restringir las vulneraciones directas al derecho a la libertad de expresión, sino que extiende sus alcances a vulneraciones indirectas a este derecho: “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles

18 Conferencia Internacional Americana. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá, Colombia, 1948.

19 Organización de los Estados Americanos. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

20 Organización de los Estados Americanos. Carta Democrática Interamericana. Lima, Perú, 11 de setiembre de 2001.

oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y circulación de ideas y opiniones”²¹. Inclusive, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos suscribió un instrumento jurídico internacional vinculante que versa exclusivamente sobre principios del derecho humano a la libertad de expresión: La Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión. Así pues, consideramos pertinente señalar algunos principios que se recogieron en dicha Declaración:

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.
 2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- (...)
12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno

21 Ídem.

ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos (...)²².

En ese sentido, podemos concluir de una interpretación sistemática de los instrumentos jurídicos internacionales antes citados que el derecho a la libertad de expresión comprende el derecho a la libertad de información, que, a su vez, supone que los Estados miembros de la OEA están obligados jurídicamente a establecer leyes antimonopólicas respecto de los medios de comunicación para evitar la restricción de la pluralidad y diversidad en la información. No observar esta disposición jurídica supone una vulneración al derecho a la información de los ciudadanos, el cual forma parte del derecho humano a la libertad de expresión. La claridad de las disposiciones recogidas en los instrumentos internacionales antes descritos no deja lugar a dudas respecto a la interpretación de los mismos; sin embargo, es importante nutrir nuestro análisis jurídico con la jurisprudencia de la CIDH, para efectos de tener una comprensión más amplia de los alcances de las directrices del SIDH.

El primer elemento de desarrollo conceptual que debe entenderse respecto de la jurisprudencia de la CIDH en materia del derecho humano a la libertad de expresión es la existencia de una dimensión individual y una dimensión social de dicho derecho. Así pues, se ha reconocido que: “En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el

22 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión. Aprobada en octubre del año 2000.

derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social (...)”²³. En ese sentido, la distinción entre ambas dimensiones del derecho reside en que la dimensión individual supone lo siguiente:

Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la 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. En ese sentido, 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 a expresarse libremente²⁴.

Mientras que, por otro lado, la dimensión social del derecho a la libertad de expresión supone lo siguiente:

Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos 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 propia²⁵.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001, pág. 28.

24 Ídem.

25 *Ibidem*, págs. 28-29.

Asimismo, la CIDH reconoce que ambas dimensiones poseen igual importancia para dar efectividad al derecho a la libertad de expresión: “La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13° de la Convención”²⁶. Adicionalmente, la CIDH reitera que la libertad de expresión es tanto un derecho como una garantía del sistema democrático: “La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada”²⁷.

El segundo elemento conceptual que la CIDH ha desarrollado respecto del derecho humano a la libertad de expresión es, además de las dimensiones que explican su contenido, la llamada triple función de la libertad de expresión. La primera es la realización individual de la persona en libertad, sin la cual, se estaría negando el derecho a pensar por cuenta propia y a expresar este pensamiento a terceros²⁸. La segunda es la relación de interdependencia que la libertad de expresión tiene con el sistema democrático, en la medida en que ésta asegura las condiciones para la circulación libre y plural de ideas, opiniones e información, a fin de que la ciudadanía pueda formar una opinión pública libre en democracia²⁹. La tercera es la naturaleza instrumental que este derecho tiene con respecto al ejercicio de otros derechos humanos, así pues, su vigencia es esencial para el ejercicio de los derechos a la participación política, a la

26 *Ibíd.*, pág. 29.

27 *Ídem*

28 Cf. Lovatón, David. “El equilibrio interamericano entre la pluralidad de información y concentración de medios” en *Revista Derecho PUCP* N° 73, 2014, pág. 137.

29 *Ídem*.

libertad religiosa, a la educación, a la identidad cultural, entre otros derechos³⁰.

El tercer elemento conceptual que la CIDH ha desarrollado respecto del derecho humano a la libertad de expresión es su especial vinculación con la existencia del sistema democrático. Así pues, la CIDH ha establecido que:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre³¹.

El cuarto elemento conceptual que la CIDH ha desarrollado respecto del derecho humano a la libertad de expresión es la especial importancia de la vigencia de dicho derecho en el marco de una campaña electoral. Así pues, la CIDH ha expresado que:

La Corte considera importante resaltar que, en el marco de un campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan

30 Ídem.

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85. Emitida el 13 de Noviembre de 1985, pág. 21.

en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión³².

El quinto elemento es el reconocimiento del pluralismo informativo como parte del derecho humano a la libertad de expresión. Así pues, la Relatoría Para la Libertad de Expresión de la OEA ha señalado:

Diversidad y pluralismo. El hemisferio asiste a un debate sobre la necesidad de garantizar la diversidad y el pluralismo en la comunicación sin interferir en los discursos protegidos por la libertad de expresión. Nos referimos de este modo a que las personas tengan la capacidad de acceder a medios para expresarse libremente, pero también que tengan acceso a una diversidad de fuentes de información y opinión. En ese sentido, debe hacer más de veinte años que el SIDH viene construyendo y reafirmando estándares en dos sentidos: a) los Estados tienen la obligación de garantizar la existencia de medios de comunicación libres independientes y plurales; b) los monopolios u oligopolios en la propiedad o control de los medios de comunicación conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la libertad de información. Cuando la omisión del Estado conduce a la existencia de monopolios u oligopolios o impide el libre flujo de las ideas, da lugar a una forma de restricción indirecta. Los Estados tienen la obligación de intervenir ante la concentración excesiva, bajo los medios autorizados por la propia Convención y adecuar el funcionamiento de los medios de comunicación social que

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004, pág. 61.

utilizan frecuencias a los requerimientos de la libertad de expresión (...)³³.

Consecuentemente, los Estados miembros de la OEA mantienen una obligación internacional de: 1. garantizar la existencia de medios de comunicación libres independientes y plurales e 2. Intervenir ante la concentración excesiva de los medios de comunicación para evitar monopolios u oligopolios y promover el pluralismo informativo.

A manera de colofón de esta sección, cabe decir que la más reciente jurisprudencia de la Corte IDH ha confirmado el sentido de las obligaciones internacionales antes desarrolladas que son aplicables a los Estados adscritos al SIDH. Así pues, la Corte IDH se ha pronunciado siguiendo esta línea interpretativa en el Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, convirtiendo lo expuesto en mandato aplicable a los Estados adscritos al SIDH. Así pues, a través de la referida sentencia, la Corte IDH ha desarrollado e integrado tres puntos en materia de pluralismo informativo, medios de comunicación, libertad de expresión y democracia³⁴:

- (i) se consagra el pluralismo como elemento correlativo de la libertad de expresión y la tolerancia sin los cuáles no puede existir una sociedad democrática,
- (ii) se establece que la pluralidad de medios e informativa es una garantía y deber del Estado para permitir el acceso universal y sin discriminación a los medios de comunicación y

33 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2014. Aprobado el 9 de marzo de 2015, pág. 30.

34 Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C N° 293, párr. 141-143.

(iii) se reconoce que la libertad de expresión también puede ser afectada sin intervención estatal o ante la ausencia de ésta, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en los medios de comunicación se configuran mecanismos que impiden la libre circulación de ideas y opiniones.

Por último, la Corte IDH, a través de esta sentencia, determinó que los Estados adscritos al SIDH “están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias ‘para hacer efectivos’ los derechos y principios establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano, para lo cual deberán establecer leyes y políticas públicas que garanticen el pluralismo de medios o informativo en las distintas áreas comunicacionales, tales como, por ejemplo, la prensa, radio y televisión”³⁵. Consecuentemente, la Corte IDH reconoce literalmente que los Estados están obligados internacionalmente a promover el pluralismo informativo mediante el establecimiento de leyes y políticas públicas en la prensa, radio y televisión³⁶.

5. Experiencia internacional comparada respecto del pluralismo informativo

Tal y como ya hemos visto anteriormente, el SIDH promueve que los Estados parte cumplan con proteger el pluralismo informativo en sus respectivas jurisdicciones. En ese sentido, pasaremos a analizar en qué medida y de qué forma los países latinoamericanos vienen promoviendo el pluralismo informativo.

35 Corte IDH. Caso Granier y otros vs. Venezuela, párr. 145.

36 Delgado, Bruno. “La concentración de los medios de comunicación y los alcances del segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana en la prensa escrita”. En *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No. 12, 2016.

Podemos sacar algunas conclusiones de la experiencia latinoamericana. Así pues, algunos países de la región han desarrollado propuestas legislativas para hacer frente a los fenómenos de concentración mediática y otros han omitido hacerlo. Consecuentemente, tenemos diferentes grados de protección del pluralismo informativo externo, así como diversas fórmulas para alcanzar este objetivo aplicadas por cada uno de los Estados en cuestión.

El único país estudiado cuya normativa interna es absolutamente neutra respecto a la concentración mediática es Venezuela. También tenemos países que, si bien no son absolutamente neutros, tienen una protección muy pobre o insuficiente del pluralismo informativo. Entre estos podemos identificar países con protección constitucional expresa o indirecta del pluralismo informativo pero sin desarrollo legal (Brasil y Chile) y países sin protección constitucional pero con desarrollo legal expreso o indirecto que promueve el pluralismo informativo (Uruguay y Argentina).

Por otro lado, entre los países estudiados hay algunos que tienen una protección relativamente idónea del pluralismo informativo por cuanto mantienen desarrollo legal y constitucional en ese sentido (Perú, Paraguay, México, Ecuador, Colombia y Bolivia).

No obstante, para efectos de analizar la efectividad de los ordenamientos jurídicos estudiados, respecto de la protección del pluralismo informativo, es preciso enfocarnos en la comparación de sus normas infra constitucionales (por cuanto el control de constitucionalidad judicial concentrado o difuso en defensa del pluralismo informativo aún no se ha hecho efectivo en la práctica). Así pues, respecto de los países con desarrollo legal podemos identificar cuatro respuestas diferentes al fenómeno

de la concentración mediática. La primera es el control de las concesiones del espacio radioeléctrico regulando su adquisición, prohibiendo sus transferencias y estableciendo límites máximos permisibles (Perú, Uruguay, Paraguay y Argentina). La segunda es establecer la obligación para las empresas titulares de concesiones del espacio radioeléctrico de dispersar la propiedad de acciones en un número mínimo de personas (Colombia). La tercera es reservar porciones del espacio radioeléctrico estableciendo cuotas para el Estado, para el sector privado y para comunidades y/o organizaciones especiales de la sociedad civil (Ecuador y Bolivia). La cuarta es establecer una autoridad nacional con el propósito especial de controlar los actos de concentración mediática estableciendo prohibiciones y dándole poderes suficientes para aplicar medidas que contravengan la concentración mediática, sea cruzada o no, tales como ordenar la desincorporación de activos, derechos y/o partes sociales (México).

Pasaremos a exponer los problemas que suponen todas las alternativas regulatorias antes descritas. La primera respuesta se limita a contravenir los actos de concentración mediática exclusivamente en los medios de comunicación que requieren uso de espacio radioeléctrico, siendo que sus disposiciones serían inútiles respecto de concentraciones en prensa escrita, medios de comunicación que utilicen tecnología satelital u otras tecnologías y concentraciones cruzadas de propiedad por fusiones o adquisiciones. La segunda respuesta no soluciona el problema por cuanto es muy fácil de defraudar: la regulación no impide que se repartan proporciones de acciones ínfimas entre muchas personas naturales y jurídicas para cumplir con la norma, mientras que un solo grupo o persona natural o jurídica conserva un porcentaje de acciones que lo mantengan en control efectivo de la empresa. La tercera respuesta no es una solución idónea al problema: no se combate la concentración de los medios de comunicación, tan

sólo se establece que uno de los grupos concentradores será el Estado. Además, al igual que en el caso de la primera respuesta, se limita a contravenir actos de concentración mediática exclusivamente de los medios de comunicación que requieren uso del espacio radioeléctrico, siendo aplicables todas las críticas que hicimos a la primera respuesta. De las respuestas estudiadas, la cuarta es la respuesta más completa y más idónea para contravenir los actos de concentración mediática; sin embargo, considero que las medidas establecidas respecto de concentración cruzada de medios de comunicación deberían extenderse también a la prensa escrita. Cabe señalar que la regulación mexicana es *ex post*, por lo tanto, no se establecen medidas para prevenir los actos de concentración mediática propiamente, sino, más bien, se establecen remedios para corregir situaciones en las que se detectan supuestos de concentración excesiva de medios de comunicación. Consecuentemente, si bien es una regulación efectiva, se sanciona el resultado no deseado y no una conducta infractora.

Podemos concluir que, de los países estudiados, el modelo más efectivo para combatir los actos de concentración mediática es el mexicano. Tomando en consideración que la naturaleza de la ley mexicana es propiamente la de un control *ex post*, cabe indicar que hay también experiencias efectivas de regulación *ex ante* como el caso del Reino Unido, que exponemos a continuación.

En el Reino Unido se regulan los controles de fusiones y adquisiciones de una forma muy distinta a la de otros países. Al igual que en la mayoría de países del mundo, mediante el control de fusiones y adquisiciones se busca recolectar data de las empresas fiscalizadas y analizarla para determinar si una fusión o adquisición es lesiva al mercado y/o a los consumidores, sujetándose a estrictos criterios de mercado que giran en torno

a la protección de la libre competencia. Sin embargo, hay un control de fusiones especial, al que se le llama *public interest interventions*. Estos casos representan supuestos excepcionales en los que no se aplican las normas convencionales vinculadas a la protección de la libre competencia, sino que permiten la intervención del Secretario de Estado en materias vinculadas a seguridad nacional y pública, fusiones de empresas de prensa escrita u otros medios de comunicación y fusiones en las que peligre la estabilidad del sistema financiero³⁷. Cabe destacar que los criterios que se utilizan en los supuestos excepcionales mencionados son criterios especiales referidos al interés público que se busca proteger, excluyéndose los criterios vinculados a la libre competencia. En ese sentido, en el caso de las fusiones de empresas de prensa escrita y otros medios de comunicación, el Secretario de Estado no tendrá una intervención arbitraria, sino todo lo contrario: la Competition and Markets Authority evaluará el caso y emitirá un informe basado en criterios de libre competencia y enviará el caso a la Office of Communications que se encargará de desarrollar el llamado *public interest test*, también conocido como *test of plurality*. El referido test es un estudio técnico que mide la afectación que tendría la fusión o la adquisición al pluralismo informativo y considerará, entre otras cosas, el porcentaje de información que controlaría la empresa concentradora, las cuotas de mercado que controlaría el concentrador –considerando propiedad cruzada de medios de comunicación– y el control que el grupo económico mantiene sobre la o las empresas vinculadas³⁸. De este modo, el Secretario de Estado tendría una decisión informada por un estudio de la CMA y otro estudio de la OFCOM, los cuales contienen sus

37 Cf. Competition & Markets Authority, *Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure*, Editorial de la Corona Inglesa, Londres, 2014.

38 Cf. Office of Communications, *Ofcom guidance for the public interest test for media mergers*. Editorial de la Corona Inglesa, Londres, 2004.

respectivas recomendaciones; no obstante, el Secretario de Estado tendrá libertad para ponderar y valorar los aportes de estas entidades en su decisión final –que determinará si procede o no la concentración–³⁹.

Conclusión: La regulación como solución a la problemática de la concentración mediática

A lo largo del presente trabajo, hemos podido observar diversas formas en que países Latinoamericanos confrontan la problemática universal de la concentración de los medios de comunicación. Asimismo, hemos podido constatar que hay diversos grados y formas de protección del pluralismo informativo, sea mediante las constituciones o el desarrollo legislativo (y en algún caso reglamentario). Al respecto, no todos los países estudiados tienen regulación expresa o idónea que incida sobre la temática expuesta, ni tampoco todos establecen protecciones especiales en su Constitución; sin embargo, todos están sujetos a la CADH y, por tanto, los ciudadanos de estos países estarían habilitados para interponer recursos constitucionales ante el juez constitucional competente para proteger el pluralismo informativo (como manifestación de la dimensión colectiva del derecho a la libertad de expresión) ante actos de concentración de medios de comunicación que puedan menoscabarlo; y en caso el Estado haga caso omiso de los reclamos o no responda de forma satisfactoria, se podrá elevar el mismo a la CIDH a través de los procedimientos del SIDH.

39 Delgado, Bruno. “La concentración de los medios de comunicación y los alcances del segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana en la prensa escrita”. *En Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No. 12, 2016.

En ese sentido, cabe hacernos la pregunta: si podemos judicializar estos casos a través de procesos constitucionales, ¿por qué sería necesario aprobar una ley especial? Pues porque la judicialización, si bien muchas veces por inexistencia o deficiencia de la ley resulta siendo la única solución factible, no es la vía más idónea para garantizar una adecuada protección y promoción del pluralismo informativo. Esto es así en cuanto a que, de por sí, es muy complicado para un juez constitucional declarar la nulidad de una operación comercial de adquisición o fusión empresarial, que genere una concentración mediática excesiva, si hay poca claridad en los hechos y poca precisión respecto del concepto de pluralismo informativo que se busca proteger.

Así pues, podemos exponer al menos tres razones por las cuales la judicialización no sería tan efectiva como una ley idónea que encause la voluntad estatal de proteger y promover el pluralismo informativo. En primer lugar, la falta de claridad en la información de la que se dispone respecto a los hechos y las dificultades, respecto de la comprensión del pluralismo informativo –dado que en muchas jurisdicciones el concepto nunca ha sido positivizado– podría terminar generando una abstención de parte del juzgador frente a operaciones de concentración de medios de comunicación o que se efectúen decisiones arbitrarias que no respondan a criterios comunes de interpretación y que generen inseguridad jurídica. En segundo lugar, la falta de precisión para determinar remedios adecuados frente a las operaciones de concentración de medios podrían llevar a los jueces a fallar únicamente declarando la nulidad de las operaciones o su viabilidad; así pues, no habría posibilidad de desarrollar soluciones intermedias como admitir la fusión sujeta a ciertos criterios o cumplimiento de condiciones –debido a la falta de información o a la falta de capacidad técnica para procesar la información–. En tercer lugar, las dificultades antes

mencionadas no permitirían a los jueces tener certeza sobre cuál es la proporción de concentración de mercado a cuya operación cabría imponer como remedio una prohibición, una admisión sujeta a criterios o cumplimiento de condiciones, o una admisión sin observaciones⁴⁰.

Así pues, sin norma expresa, los jueces optarán por controlar las operaciones de fusiones y adquisiciones únicamente cuando el menoscabo del pluralismo informativo sea manifiesto y evidente. Ante este escenario, no alcanzaríamos ni una protección y fomento adecuado del pluralismo informativo ni un escenario de seguridad jurídica. Consecuentemente, podemos concluir que la regulación, es pues, la mejor solución a efectos de proteger y promover el pluralismo informativo, porque a través de esta se puede determinar con claridad qué remedios serán aplicables y en qué supuestos se deberá aplicar cada uno de ellos. No obstante, como ya hemos visto en la sección anterior, no cualquier regulación será una solución satisfactoria.

De las opciones legislativas analizadas en el presente trabajo, consideramos que son igualmente válidos, satisfactorios e idóneos tanto el modelo mexicano como el modelo del Reino Unido. Personalmente, considero que la opción más tuitiva de los derechos fundamentales sería la regulación del Reino Unido.

Hay tres motivos que me llevan a preferir la opción legislativa del Reino Unido. El primero es que al ser una regulación *ex ante*, previene la situación de concentración mediática antes de que esta ocurra, evitando así que la afectación al pluralismo informativo llegue a ocurrir en un principio. El segundo es que, al

40 Delgado, Bruno. “La concentración de los medios de comunicación y los alcances del segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana en la prensa escrita”. En *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No. 12, 2016.

ser una regulación *ex ante*, supone necesariamente la prohibición, sanción y remedio de conductas prohibidas; por otro lado, una regulación *ex post* castiga el resultado, independientemente de que se haya incurrido en un acto prohibido o no. El tercero es que puede haber actos legítimos que lleven a los medios de comunicación a gozar de posiciones de dominio, por ejemplo, si un medio de comunicación crea nuevos productos y/o mejora la calidad de sus productos informativos y, de este modo, logra construir una posición de dominio en un mercado informativo, no se habría incurrido en una conducta prohibida. Así pues, si se alcanza una posición de dominio por el sólo hecho de actuar eficientemente, sería difícil legitimar mediante la ley una orden que restrinja los derechos económicos del medio de comunicación (como la desincorporación de activos y/o derechos que consagra la legislación mexicana). Por otro lado, si el medio de comunicación alcanza su posición de dominio comprando competidores, efectuando fusiones o ejecutando acuerdos, en esos supuestos, la posición de dominio adquirida debería ser combatida mediante un control de fusiones y adquisiciones antes que los acuerdos lleguen a ser eficaces. Asimismo, considero que el control de fusiones y adquisiciones puede ser complementado con normativa que regule cuotas máximas permisibles para la entrega en concesión de las frecuencias del espacio radioeléctrico.

En virtud a lo antes expuesto, considero que la alternativa más idónea es aprobar una ley que establezca un control de fusiones y adquisiciones especial por razones de interés público, inspirada en la regulación del Reino Unido. Así pues, las empresas de medios de comunicación que opten por realizar operaciones de fusiones o adquisiciones deberían informar previamente de sus intenciones a la autoridad administrativa competente. De este modo, a través de la implementación del control de fusiones y adquisiciones se recolectaría la data suficiente para realizar

un test de pluralidad que determine si la operación cuestionada es lesiva o no al pluralismo informativo y en qué proporción. En función a los resultados del test, la ley debería determinar los remedios aplicables, que podrían ser: la admisión sin condiciones, la admisión con condiciones y la prohibición de la operación. De este modo, la autoridad administrativa a la que se le asigne esta función (que podría ser una autoridad especial de comunicaciones o la autoridad de competencia) determinará qué remedio es aplicable al caso concreto, tomando en consideración los resultados del test de pluralidad. Evidentemente, la resolución de la autoridad administrativa podrá ser impugnada por la vía administrativa y/o judicial, pero los efectos de su decisión se mantendrán salvo hasta el momento en que se declare su nulidad –de ser el caso–.

No obstante, esta solución sólo sería aplicable a los casos de concentración mediática posteriores a la aprobación de esta normativa –dado la imposibilidad de aplicación retroactiva de la ley–. Así pues, ¿qué se puede hacer frente a las concentraciones que se hubieran dado antes de la aprobación de leyes especiales?

Frente al vacío o defecto de la Ley, la única alternativa posible sería la judicialización de la controversia a través de procesos constitucionales. Esto es exactamente lo que ocurrió con el caso de la adquisición de Epena por parte del grupo El Comercio. Un grupo de 8 periodistas interpuso una demanda de amparo contra el grupo El Comercio por esta adquisición, solicitando que se declare la nulidad de la compra de acciones por implicar una vulneración a la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana y por menoscabar el pluralismo informativo y el derecho a la libertad informativa. Así pues, la judicialización de la controversia se mantendría como una opción idónea para contravenir actos de concentración mediática ante el defecto o inexistencia de Ley. Del mismo

modo, ante el incumplimiento de los Estados de proteger el pluralismo informativo, que fuera reclamado por los ciudadanos con legítimo derecho accionar en estos casos, los ciudadanos de los países miembros de la OEA podrán elevar su reclamo ante la CIDH siguiendo los procedimientos del SIDH, de ser el caso.

Sea que se opte por la opción legislativa que sea, la determinación de los supuestos y los remedios aplicables para la protección y promoción del pluralismo informativo nos permitirán aproximarnos un poco más al ideal de una sociedad democrática en la que la formación de una opinión pública libre sea la base una ciudadanía que conoce y ejerce sus derechos⁴¹.

41 Delgado, Bruno. “La concentración de los medios de comunicación y los alcances del segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana en la prensa escrita”. En *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No. 12, 2016.